



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

20^a EDIÇÃO



UnB

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

20.^a Edição

copyright © 2021 por RED | UnB

Editoração e Revisão
Equipe Editorial

Diagramação e Capa
Lamparina Design

Apoio:



34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 20 (2021) – Brasília: RED UnB,</p> <p>Semestral ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

CONSELHO EDITORIAL

EDITORES-CHEFES

Matheus de Souza Depieri
Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

EDITORES

Asafe Ribeiro de Campos
Gabriel Antonio Batalha Lima
Gabriel Figueira Andrade
Gabriel Pedroza Martins Hernandes
Gustavo José de Deus Souza Gomes

EDITORES-ASSISTENTES

Clara Lazar Libório	Maria Luiza Mesquita e Silva
Diego Matos Alves	Mariana Melo Botelho
Emanuele Trindade Lima de Carvalho	Marina Raisa Correia e Castro Figueroa
Felipe Vieira Pontes	Matheus Lopes Dezan
Fernanda Passos Oppermann Izuka	Pedro Gualda Garrido Trajano
Gabriel Pedro Mendes Nunes da Silva Cruz	Pedro Henrique Ache Buturi
Gabriel Ribeiro Mendes Assuncao	Rafael Luis Müller Santos
Giovanna Carvalho Thé Carpaneda	Raiane dos Santos Matos
Isabela Medeiros Gurgel de Faria	Renan Freitas Rodrigues da Silva
Isabella Maria Farias Carvalho	Sandryelle Cristina Alves da Silva
Letícia de Amorim Santos	Sofia de Medeiros Vergara
Luiz Felipe Gallotti Rodrigues	Tayná Frota de Araújo
Maria Letícia Sousa Borges	

CONSELHO CONSULTIVO

PROFESSORES CONSELHEIROS

Claudia Rosane Roesler
Diego Herrera Moraes
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

PARECERISTAS

Abhner Youssif Mota Arabi
Adegmar José Ferreira
Adriana Castelo Branco de Siqueira
Alexandre Araújo Costa
Alexandre Satyro
Amanda Flávio de Oliveira
Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos
Ana Cláudia Redecker
Ana Paula Zavarize Carvalhal
Anayara Fantinel Pedroso
Angelo Gamba Prata de Carvalho
Artur Antonio da Rocha
Camilli Meira
Christiane Heloísa Kalb
Christine Oliveira Peter da Silva
Clara Maria Roman Borges
Cláudia Luiz Lourenço
Cláudia Paiva Carvalho
Cristóvão José dos Santos Júnior
Danielle Cevallos Soares
Danilo Porfírio de Castro Vieira
Dauray Cesar Fabríz
Debora Bonat
Denison Melo de Aguiar
Dimas Macedo
Duciran Van Marsen Farena
Eduardo Lima de Matos
Elisa Costa Cruz
Eneida Desiree Salgado
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Felipe Braga Albuquerque
Fernanda de Carvalho Lage
Fernando César Costa Xavier
Flávio Jaime de Moraes Jardim
Francisco Pereira Costa
Francisco Sérgio Silva Rocha
Frederico Gonçalves Cezar
Gabriela Maia Rebouças
Gláucia Maria de Araujo Ribeiro
Graziela Tavares de Souza Reis
Gustavo Silveira Siqueira
Jadson Correia de Oliveira
Layde Lana Borges da Silva
Leandro Oliveira Gobbo
Leonardo Augusto Marinho Marques
Leonio José Alves da Silva
Loiane Prado Verbicaro
Mamede Said Maia Filho
Marcio Renan Hamel
Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz
Marcos Vinicius Lustosa Queiroz
Marcus Faro de Castro
Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos
Mariane Camargo D'Oliveira
Marlon Tomazette
Mateus Rocha Tomaz
Maurinice Evaristo Wenceslau
Miriam Coutinho de Faria Alves
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Paula Pessoa Pereira
Paulla Christianne da Costa Newton
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Henrique Blair de Oliveira
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Priscilla Cardoso Rodrigues
Raianne Liberal Coutinho
Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch
Rubens Beçak
Talita Tatiana Dias Rampin
Vinicius Pinheiro Marques

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	14
<i>Mathheus de Souza Depieri e Pedro Henrique de Moura Gonet Branco</i>	
A IMPORTÂNCIA DAS REVISTAS DISCENTES.....	16
<i>Bruno Meyerhof Salama</i>	
REGULAÇÃO ESTATAL E ECONOMIA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE DA ADPF N. 449/DF.....	20
<i>Luiz Fux</i>	
O QUANTO DE CONSTITUCIONALISMO POPULAR HÁ NO POPULISMO? UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL.....	52
<i>Alberto Luiz Hanemann Bastos, Erick Kiyoshi Nakamura</i>	
O AUTORITARISMO ANUNCIADO: UMA ANÁLISE DE DISCURSO DO PRESIDENTE JAIR BOLSONARO.....	80
<i>Alessandra Brustolin</i>	
A ANÁLISE DE DISCURSO COMO INSTRUMENTO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	106
<i>Arthur Telles Borghi</i>	
O COMPLIANCE LABORAL NO BRASIL E OS DIREITOS INESPECÍFICOS DO TRABALHADOR.....	122
<i>Caio José Arruda Amarante de Oliveira, Sérgio Cabral dos Reis</i>	
(RE) CONSTRUINDO AS MASCULINIDADES: A LEI MARIA DA PENHA E A DISCUSSÃO SOBRE AS CONFIGURAÇÕES MASCULINAS.....	144
<i>Guilherme Baggio Costa, Andréa Regina de Moraes Benedetti, Sônia Maria dos Santos Marques</i>	

**IMPEACHMENT DE MINISTROS DO STF: ENTRE
O CONTROLE E A COOPTAÇÃO INSTITUCIONAL..... 172**
Guilherme Balbi

**REFLETINDO O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
UM ESTUDO SOBRE O CASO *BAR BODEGA* (1996)
E A LEI Nº 13.964/2019..... 224**
Jeissyane Furtado da Silva, Emanuelle de Araújo Teles, Layne Medeiros de Souza

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NOVOS ENTENDIMENTOS
JURISPRUDENCIAIS APÓS O HC 379.269/MS E
A SUPERAÇÃO DA TEMÁTICA DO DESACATO..... 252**
Jorge Luis Chaves de Assunção Lima

**A LINGUAGEM JURÍDICA COMO INSTRUMENTO
DE PODER: UMA ANÁLISE DISCURSIVA
E SOCIAL DO “JURIDIQUÊS” 276**
Layz Moraes de Paula

**A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL CONTRA A MULHER
E A ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA..... 306**
Manoela Assunção Santos Figueira

**A CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO EM
EMPRESAS ESTATAIS POR INSTRUMENTO OUTRO QUE
NÃO LEI: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TST E
DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVOS..... 334**
Roger Vitorio Oliveira Sousa

**PRÁTICAS DECISÓRIAS E POSSIBILIDADES DO PLENÁRIO
VIRTUAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 374**
Wagner Vinicius de Oliveira

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica a 20ª edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED | UnB), referente ao segundo semestre de 2021.

Este trabalho é fruto do esforço da nossa excepcional equipe, formada, atualmente, por trinta e dois estudantes de graduação da Universidade de Brasília, quatro professores conselheiros e mais de 70 professores pareceristas, que mantêm vivo o propósito último da RED | UnB: estimular a pesquisa científica e permitir que a comunidade jurídica tenha acesso às discussões mais relevantes para o aperfeiçoamento acadêmico-profissional de cada um.

Esta edição marca, ainda, o fim do processo de reformulação da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, iniciado em 2019. Enquanto periódico gerido exclusivamente por estudantes de graduação, tivemos a felicidade de poder desenvolver projetos com alto impacto e destaque nacional e internacional. Os resultados são fruto de trabalho árduo dos diversos alunos que integram e integraram o nosso Conselho Editorial e que provam o poder e a capacidade dos graduandos que se empenham na realização de projetos de pesquisa e extensão.

Apesar dos muitos desafios enfrentados – e dos muitos que virão – temos a convicção de que, com o apoio da equipe altamente qualificada de pareceristas, professores conselheiros e apoiadores, temos a capacidade de ir muito além e contribuir para a inserção definitiva dos periódicos estudantis na academia nacional e internacional.

Vale destacar que a RED | UnB não está sozinha na missão de fomentar a pesquisa estudantil. Exemplo disso foi a iniciativa de diversas revistas discentes que, neste ano de 2021, uniram-se para criar a Associação Brasileira das Revistas de Estudantes (ABRE), associação presidida pela RED | UnB que se propõe a congregar os projetos estudantis do Brasil para fortalecer o movimento de fomento à pesquisa e editoração discente. Projetos como a ABRE possuem o condão de se tornar plataformas de compartilhamento de conhecimento sobre boas práticas editoriais e de criação de iniciativas conjunta que fortalecerão o pilar da pesquisa na realidade universitária brasileira. Esse conjunto de ações que

os estudantes têm protagonizado trazem cada vez mais esperança para o fortalecimento da pesquisa nas universidades brasileiras.

Temos a alegria, nesse contexto, de oferecer à comunidade acadêmica os doze artigos aprovados pelo método do *double-blind peer review* para publicação nesta 20ª edição da RED | UnB. Entre graduandos, bacharéis, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, nossos autores e co-autores vêm dos seguintes institutos de ensino: UCAM, UENP, UEPB, UESPI, UFAC, UFF, UFPR, UFRJ, UFSC, UNIOESTE e USP

O leitor encontrará textos que contemplam diferentes esferas do Direito, entre elas temas relacionados às áreas constitucional, penal, trabalhista, civil, administrativo, bem como à filosofia do direito e à retórica, todos com o aval de professores que se destacam nas suas respectivas áreas de atuação.

Além dos textos submetidos à avaliação do *double-blind peer review*, esta edição apresenta aos leitores o discurso proferido pelo Professor Bruno Meyerhof Salama quando da inauguração da Associação Brasileira de Revistas Estudantis e um artigo inédito oferecido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, que dissertou sobre a regulação estatal e a economia compartilhada à luz da ADPF n. 449.

Deixamos registrados nossos agradecimentos aos professores conselheiros da Revista, pelos ensinamentos, aos membros do Conselho Consultivo, pela avaliação dos artigos submetidos, e aos nossos Editores e Editores-Assistentes, sem os quais não seria possível desenvolver o minucioso trabalho exigido para a publicação de um periódico científico.

Com nossos votos de saúde e de uma boa e frutífera leitura,

Matheus de Souza Depieri

Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

A IMPORTÂNCIA DAS REVISTAS DISCENTES¹

Bruno Meyerhof Salama²

Há quinze anos, eu voltava ao Brasil depois de fazer doutorado no Estados Unidos e começava a lecionar direito na Fundação Getúlio Vargas em São Paulo.

Uma coisa me chamava a atenção. Nos Estados Unidos, toda faculdade de direito tinha – tem ainda – uma série de revistas gerenciadas por alunos. Os professores escrevem. Os alunos leem e selecionam textos, editam os textos e os publicam. De vez em quando, os alunos também escrevem. Esse é um dos meios pelos quais os alunos americanos se envolvem com a pesquisa.

Voltando ao ano de 2006, eu logo vi que o modelo americano não seria replicável no Brasil. O direito, nos Estados Unidos, é uma pós-graduação. Quem começa a estudar direito nos Estados Unidos geralmente tem uns 25 anos mais ou menos. E este aluno já estudou alguma outra coisa antes. Às vezes, na área de humanas – ciência política, letras, história, filosofia, etc. E muitas outras vezes, algo completamente diferente: engenharia, biologia, física, o que for.

Mas esta é uma singularidade americana. Não é assim, pelo que sei, em nenhum outro país do mundo. Então, volto agora àquela época de professor recém-doutor, eu logo percebi que a idade e a bagagem do aluno de direito americano – e, por tabela, sua maturidade – seria diferente. O contexto era outro.

Mas eu pensava que talvez fosse possível fazer algo brasileiro – eu nunca achei que a cópia institucional sem adaptações possa

1 Discurso proferido em 22 de setembro de 2021 por ocasião da inauguração da Associação Brasileira de Revistas Estudantis (ABRE), iniciativa da qual a RED|UnB é membro-fundadora e presidente.

2 Professor na Universidade of California em Berkeley onde leciona *Law and Economics, Monetary Law and Regulation, Law and Technology*, entre outras disciplinas. Senior Global Fellow da FGV Direito SP. Mestre e doutor em Direito pela University of California Berkeley e mestre em economia pela FGV/EESP e bacharel em direito pela USP. Fundador de Salama Silva Filho Advogados.

funcionar – que em alguma medida se inspirasse no que eu havia vivido, visto e admirado.

A ideia que propus ao grêmio estudantil foi a de criar uma revista discente para publicar os melhores textos dos alunos, e, com sorte, os melhores textos dos melhores alunos.

À época, na FGV Direito em SP, a ideia prosperou. E, em reconhecimento do meu empenho pela criação de revista discente, os alunos me convidaram a fazer um pequeno discurso em um modesto evento de lançamento por eles organizado.

Eu agora encontrei aquele discurso. Eu o proferi há exatamente 9 anos e 10 meses. Relendo, pensei que o texto envelheceu bem. Por isso, o que eu gostaria de fazer aqui é reler o texto.

Vai assim:

Por que criar-se uma revista de alunos? A pergunta é inescapável. Já não existem no Brasil revistas jurídicas em número suficiente?

Eu vejo três excelentes motivos para que a iniciativa que agora se inaugura seja mais do que justificável.

O primeiro é que os artigos vão sinalizar algo sobre o nível de maturidade e desenvolvimento intelectual dos autores. E, no caso desses autores em particular, há algo importante: será possível inferir algo sobre as faculdades que os estão formando.

Soa um pouco frio, mas, nesta vida, também é preciso ser prático.

Como se mede o sucesso de uma instituição de ensino?

Pela qualidade do corpo docente, é claro, lembrarão os professores, talvez com algum cabotinismo nada inusual. Mas isto não é tudo!

Podemos pensar assim: se uma instituição de ensino tem sucesso, então seus alunos hão de ser capazes produzir coisas boas e úteis.

Poder-se-ia objetar: talvez, dos alunos graduação não se deva, nem se possa, cobrar ou esperar muito. São apenas alunos!

Mas é preciso parabenizar aqueles jovens que se aventuram a pôr no papel suas primeiras linhas – e, mais do que isso, será bom lê-los!

Lê-los para saber algo sobre cada um deles. E também para inferir, um pouco pelo menos, algo sobre as instituições de onde vêm. Este é o meu primeiro ponto.

Há um segundo motivo pelo qual a revista discente é bem-vinda: seu aspecto pedagógico.

Publicando, o aluno pode aperfeiçoar aquela que talvez seja a mais importante técnica para um profissional do direito: a comunicação escrita.

É bacana saudar cada aluno, dar-lhe os parabéns, dar-lhe um incentivo, um tapinha nas costas ou um abraço apertado. Mas a conquista do conhecimento – e, mais do que isto, a conquista da habilidade de expressar-se por escrito – é um longo percurso. Leva anos.

É preciso perseverar, claro: nada substitui o esforço individual. Mas às instituições, cabe criar os meios que facilitem a vida do jovem. A revista discente pode ser um pedaço pequeno desta gigante tarefa.

Na área das humanas, nós escrevemos. O que é escrever?

Escrever é pensar. É a mesma coisa. Quem escreve um texto está tentando convencer, persuadir, explicar, organizar. Por isso, escrever é também a arte de refinar as ideias. Perdão pela repetição: quem escreve está pensando!

O projeto civilizacional brasileiro – cujos contornos, obviamente, estarão sempre em disputa – requer pessoas pensando. E não apenas pensando, mas expondo, discutindo, controvertendo e, em uma palavra, publicando.

É chover no molhado, mas não custa dizer o óbvio: este é um requisito da democracia.

Mas reconhecer este fato não basta. Escrever e pensar de forma organizada sobre temas jurídicos é uma técnica. E como qualquer outra técnica, esta também precisa ser ensinada e treinada. Nisso, uma revista discente pode ajudar.

Há, por fim, um terceiro motivo pelo qual uma revista discente é bem-vinda. Para entendê-lo, podemos começar perguntando: será que devemos dar ouvido aos alunos?

Não se pode cair na esparrela de achar que experiência, traquejo e bagagem não importem. Mas, sem cair em exageros, é possível reconhecer que os alunos de direito ocupam um lugar interessante.

Eles transitam em um território curioso que fica na fronteira entre o pertencer e o não pertencer ao mundo jurídico. Se estão na função privada – isso é, se têm clientes – os têm na qualidade de estagiários. Se

estão na função pública, são auxiliares. Se estão nos bancos da faculdade, são estudantes.

Em suma, se por um lado os alunos de direito ainda são meros aprendizes, por outro já estão no caminho institucionalizado da profissionalização. Por isso, o que lhes falta em experiência e bagagem, pode lhes sobrar em engajamento e vontade.

Tenho esperança de que nenhum destes atributos estará faltando em nenhum dos números desta revista. Felicito-os a todos.

REGULAÇÃO ESTATAL E ECONOMIA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE DA ADPF N. 449/DF

Luiz Fux¹

Resumo: O presente artigo se propõe a examinar os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões no *framework* da economia compartilhada. Para tanto, parte-se da análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449/DF, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE, que estabelecia a proibição do uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas. Nesse sentido, o artigo se divide em três capítulos, cada qual destinado a analisar um dos fundamentos invocados à ocasião para justificar referida medida restritiva: a (i) proteção dos agentes tradicionais do mercado de transporte de passageiros em face dos novos concorrentes; a (ii) proteção do consumidor; e a (iii) proteção da ordem urbanística e do tráfego. Ao contrastar tais justificativas ao estatuto constitucional das liberdades fundamentais e elencar aspectos empíricos relacionados aos serviços de transporte privado por meio de aplicativos, demonstra-se que pretensões proibitivas – como a esboçada na Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE – não se sustentam sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Regulatório; Economia Compartilhada.

1 Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Professor Livre-Docente em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

Abstract: This article aims to examine the limits of state regulatory power regarding the competitive environment and the exercise of professions within the framework of the so-called sharing economy. For this purpose, it analyzes the ADPF n° 449/DF, in which the Brazilian Supreme Court declared the unconstitutionality of a municipal law that prohibited the use of private cars, registered or not in applications, for the transport of individuals (Lei n° 10,553/2016 of the Municipality of Fortaleza/CE). The work is divided into three chapters, through which it seeks to examine the main arguments put forward in favor of this restrictive measure: *(i)* the protection of the traditional players of passenger transport market vis-à-vis the new entrants; *(ii)* the consumer protection; and *(iii)* the protection of urban and traffic planning. By contrasting such justifications with the constitutional status of fundamental freedoms and by listing empirical aspects related to private transport services through applications, the article's purpose is to demonstrate that prohibitive measures such as contained in the above mentioned municipal law are not sheltered by the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Constitutional Law; Law and Regulation; Sharing Economy.

INTRODUÇÃO

O advento dos serviços de transporte remunerado de passageiros mediante a utilização de veículos particulares cadastrados em aplicativo de plataforma digital desafiou a manutenção do *status quo* no Brasil e no mundo. De fato, seja pela veloz ascensão dessa atividade, por seu elevado potencial de concorrência, pelas inevitáveis lacunas de regulação, por preocupações relativas à segurança, ou pelas divergências quanto à natureza da relação jurídica entre os motoristas e as plataformas: fato é que tal inovação disruptiva enfrentou forte resistência de autoridades públicas e, principalmente, de prestadores de serviços congêneres regulados pelo Estado.²

Deveras, nesse cenário de incertezas e de conflitos, não demorou muito até que fossem proferidas ordens judiciais determinando a suspensão parcial ou total dessas atividades (tal como observado no Brasil³, na Espanha⁴ e na Índia⁵) e, em certos casos, ordenando inclusive a prisão de executivos das plataformas digitais (como ocorreu com a Uber, na França⁶). No mesmo sentido, esses serviços chegaram a ser proibidos na Colômbia⁷ e em cidades da Dinamarca, da Austrália, da Hungria, da

2 AZEVEDO, Paulo et. al. Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva. **Série Estudos de Caso**. São Paulo: Insper, 2016, p. 3-4. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber_dilema_inovacao_disruptiva_port.pdf.

3 ROVER, Tadeu. Liminar suspende serviços do aplicativo Uber em todo o Brasil. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 29/04/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-29/liminar-suspende-servicos-aplicativo-uber-todo-brasil>.

4 CANO, Rosa. Uber cierra su servicio en España. **El País**. Publicado em: 31/12/2014. Disponível em: https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561_752162.html.

5 BARRY, Ellen; RAJ, Suhasini. Uber banned in India's capital after rape accusation. **The New York Times**. Publicado em: 8/12/2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/12/09/world/asia/new-delhi-bans-uber-after-driver-is-accused-of-rape.html>.

6 GRODEN, Claire. Two Uber executives arrested in France. **Time**. Publicado em: 29/06/2015. Disponível em: <https://time.com/3940092/uber-executives-arrested>.

7 SUTTO, Giovanna. Desta vez, adeus Colômbia: por que a Uber está sendo banida por alguns países. **Infomoney**. Publicado em: 28/01/2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/desta-vez-adeus-colombia-por-que-a-uber-esta-sendo-banida-por-alguns-paises>.

Bulgária, da China, da França, da Itália, da Finlândia, da Alemanha, da Holanda, da Inglaterra e dos Estados Unidos.⁸

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a examinar os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões neste *framework* da economia compartilhada. Para tanto, parte-se da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449/DF⁹, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE, que estabelecia a proibição do uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas.

Naquela ocasião, discutiu-se se seria possível ao Estado proibir ou restringir arbitrariamente o exercício de atividade econômica por particulares, considerando os princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho (art. 1º, IV), da liberdade profissional (art. 5º, XIII) e da livre concorrência (art. 170, caput). Especificamente quanto ao transporte individual urbano de passageiros por intermédio de plataformas digitais, ponderou-se, ainda, se aludida proibição violaria os princípios da defesa do consumidor (art. 170, V) e da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII).¹⁰

Nesse sentido, são apresentados a seguir os principais fundamentos em que o Tribunal se arvorou para concluir pela procedência da ADPF nº 449/DF. Em cada um dos três capítulos que se seguem, será analisada uma das justificativas apresentadas naquela oportunidade para sustentar a defesa da norma proibitiva do serviço em questão, quais sejam: a (i) proteção dos agentes tradicionais do mercado de transporte de passagei-

8 ORTON, Toby. 7 lugares ao redor do mundo onde Uber é proibido. **Oyster**. Publicado em: 18/07/2018. Disponível em: <https://www.oyster.com/pt/articles/where-is-uber-banned-around-the-world>.

9 Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 02.09.2019.

10 Quanto à dimensão material do referido diploma. Vale pontuar que, quanto aos argumentos acerca da inconstitucionalidade formal, cuja análise foge ao escopo do presente artigo, discutiu-se acerca competência dos Municípios para regular a atividade de transporte particular individual de passageiros. Nesse sentido, também se concluiu, à ocasião, pela inconstitucionalidade formal da lei impugnada, por afronta ao artigo 22, incisos IX, XI e XVI, da Constituição.

ros em face dos novos concorrentes; a (ii) proteção do consumidor; e a (iii) proteção da ordem urbanística e do tráfego. Após se contrastar tais justificativas ao estatuto constitucional das liberdades fundamentais e se elencar aspectos empíricos relacionados aos serviços de transporte privado por meio de aplicativos, passa-se, por fim, a uma breve conclusão, em que se resume a decisão e seus respectivos fundamentos.

1. A PROTEÇÃO DOS AGENTES TRADICIONAIS DO MERCADO DE TRANSPORTE EM FACE DOS NOVOS CONCORRENTES

Ao apreciar a constitucionalidade material da Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza, a Corte assentou, já como ponto de partida, o vanguardismo da Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à consagração do mandamento da liberdade de iniciativa (artigos 1º, IV, e 170, *caput*, da CF). De fato, ao prever de forma expressa o direito a um ambiente de mercado competitivo, a Carta Magna brasileira distingue-se da maioria das Constituições em vigor no mundo¹¹ – inclusive da Constituição dos Estados Unidos da América de 1789, precursora do constitucionalismo liberal.

Nesse cenário, a definição dos limites governamentais regulatórios em relação à ordem econômica assume um papel de particular importância. Não se pode reduzir essa cláusula fundamental – que recebeu o destaque de fundamento da República Federativa do Brasil na Constituição e que não encontra paralelo na ampla maioria dos textos constitucionais de outras nações – a mero capricho retórico do constituinte brasileiro, afastando-se ou restringindo-se injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas.

11 Consoante a base de dados *Comparative Constitutions Project*, um dos maiores acervos de informações sobre textos constitucionais de diferentes países, organizado pelos Professores Tom Ginsburg (*University of Chicago*) e Zachary Elkins (*University of Texas*), apenas 21% (vinte e um por cento) das Constituições hoje em vigor ao redor do mundo preveem expressamente algum tipo de direito a um ambiente de mercado competitivo (disponível em: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>).

Deveras, foi justamente a necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado o que conduziu ao surgimento do constitucionalismo moderno. Em um contexto histórico, a concentração do poder de decisão sobre atividades produtivas nas mãos do monarca e da elite que lhe era servil sempre representou efetivo meio de controle dos súditos, conquanto conduzisse ao empobrecimento da sociedade. A rigidez regulatória concentrava em uma elite de mestres artesãos, localizados no topo da hierarquia imposta, a prerrogativa de monopólio dos meios de produção, bem como a de estabelecer salários, preços e padrões de qualidade.

Nesse ambiente hostil à competição e à inovação, tornava-se mais fácil controlar as massas e assegurar a manutenção da nobreza dirigente no poder. Paradoxalmente, esse sistema era justificado na proteção ao trabalho, em que pese o notório óbice ao progresso e à distribuição das riquezas.

A respeito do tema, os professores Daron Acemoglu (*Massachusetts Institute of Technology*) e James Robinson (*Harvard University*) prelecionam que a inexistência de limites ao poder do soberano para a regência da economia e das profissões conduz a um círculo vicioso de totalitarismo político e acentuação da miséria, responsável pelo fracasso de diversas sociedades ao longo da história, desde o império romano até os dias atuais.¹²

Deveras, o grande salto de progresso da humanidade, que nos permitiu gozar de padrões de vida nunca antes experimentados, somente foi possível com o advento do constitucionalismo – no caso inglês, ante a derrocada da dinastia absolutista dos Stuart e a imposição, pela revolução gloriosa, de uma monarquia constitucional, foram criadas as instituições que conduziram à revolução industrial. Nesse sentido, o enriquecimento dos mais pobres é resultado direto de uma economia mais produtiva, ao passo que são condições fundamentais para tanto a ausência de intervenções arbitrárias por parte dos governantes e a garantia da liberdade de organização econômica. Foi pela falta desses componentes, concluem Acemoglu e Robinson, que não houve qualquer melhoria significativa de

12 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Traduzido por Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 143-144.

padrões de vida da humanidade entre as revoluções neolítica, ainda na pré-história, e industrial, no fim do Século XVIII.¹³

A explicação para essa correlação entre inexistência de limites institucionais ao poder regulatório e fracasso econômico é abundante na literatura econômica. O ganhador do prêmio Nobel de economia George Stigler já ensinava, em seu clássico “The theory of economic regulation”, que “com seu poder de proibir ou compelir, de retirar ou conceder dinheiro, o Estado, de forma seletiva, pode e efetivamente ajuda ou prejudica um vasto número de indústrias.”¹⁴ Como observou o aclamado economista, o processo político pelo qual as regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores aos que conseguiriam em um ambiente de livre competição. Segundo ele, um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado. Nessa hipótese, os benefícios da medida restritiva costumam se concentrar em um pequeno grupo, ao passo que os custos são dispersos por toda a sociedade, diminuindo a resistência política.¹⁵

Estabelecido, pois, que o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, cumpre definir a quem compete, em última instância, a fiscalização da observância dos limites do poder regulador, pois limites definidos e implementados pelo próprio ente limitado desafiam a ideia de Estado de Direito, dando azo ao surgimento de instância hegemônica de poder.

Consoante a clássica formulação de Friedrich Hayek, “o *Rule of Law* exige que a discricionariedade administrativa na ação coercitiva seja sempre sujeita a escrutínio por uma Corte independente.”¹⁶ No Brasil, a Constituição estabeleceu o sistema de freios e contrapesos, segundo o

13 Idem.

14 STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971, p. 3.

15 Ibidem, p. 5.

16 HAYEK, Friedrich. The Political Ideal of the Rule of Law. **National Bank of Egypt fiftieth anniversary commemoration lectures**. Cairo: National Bank of Egypt, 1955, p. 45.

qual compete ao Poder Judiciário invalidar os atos normativos que simplesmente proíbam ou estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. Nesse sentido, em mais de uma oportunidade o Supremo Tribunal Federal já afastou limitações arbitrárias ao exercício de atividades profissionais, a exemplo de quando julgou inconstitucional a exigência legal de diploma de curso de ensino superior para o exercício da atividade de jornalista.¹⁷

De fato, uma característica essencial do sistema constitucional de proteção de liberdades é sua prevalência *prima facie*, na medida em que as restrições governamentais devem ser reservadas a situações excepcioná-líssimas e devidamente justificadas. Cuida-se de consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF, pois esta, como já afirmou o Tribunal Constitucional Federal alemão, concebe o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade.¹⁸

Para o professor e jurista alemão Robert Alexy (*Kiel University*), o princípio da liberdade jurídica assume a qualidade de regra mestra do sistema normativo e “exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível.”¹⁹ Sendo a liberdade um *topoi*, extraído da dignidade humana e da configuração do sistema jurídico, é imperioso inferir, sob pena de torná-la estéril, que eventuais restrições devem ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequarem-se ao teste da proporcionalidade.

Adotando um raciocínio semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão assentou que “o indivíduo deve admitir restrições à sua liberdade de ação, estabelecidas pelo legislador para proteção e fomento do convívio social nos limites do razoável de acordo com a situação fática; mas deve a autonomia da pessoa restar mantida.”²⁰

Nesse sentido, Robert Alexy ensina que “essa fórmula, na qual claramente se vislumbra a máxima da proporcionalidade, não apenas diz que

17 RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13.11.2009.

18 ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 45, 187.

19 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177.

20 ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 30, 1 [20].

a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível somente diante da presença de razões suficientes.”²¹ Outra não é a conclusão dos professores Volker Epping (*Leibniz University Hannover*) e Christian Hillgruber (*University of Bonn*), que, analisando o artigo 2º da Constituição alemã, defendem que a garantia de liberdade da ação humana “expressa-se antes de tudo em uma estrita aplicação do princípio da proporcionalidade, com aumentado ônus de justificação por parte do Estado para intervenções.”²²

É esse ônus de justificação elevado, por óbvio, não é atendido com o recurso a argumentos de cariz meramente retórico. É dizer: a restrição à liberdade deve encontrar suporte em elementos empíricos que indiquem a sua necessidade e adequação para atingir o objetivo constitucionalmente legítimo. Portanto, consubstancia ônus do proponente da medida o seu embasamento com informações, como, por exemplo, pesquisas de campo, estatísticas, levantamentos históricos e *etc.*, que a justifiquem e demonstrem sua eficácia.

Todavia, visto que constatações empíricas dependem de análises, mais ou menos controversas, sobre dados cuja abrangência e confiabilidade podem variar, surge questão de vital importância: qual é o grau exigido de segurança dos argumentos de justificação para legitimar uma determinada intervenção estatal na liberdade?

Com efeito, cuida-se de uma exigência de caráter dinâmico, pois o seu rigor será variável consoante a gravidade da restrição proposta à liberdade. É o que Robert Alexy denomina como lei epistêmica do sopesamento: “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.”²³

À luz destas premissas, o STF averiguou se a lei impugnada na ADPF nº 449/DF, que proibia o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas”, configurava limitação proporcional ou desproporcional às liberdades

21 ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 357-358.

22 EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. **Grundgesetz: Kommentar**. 2. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 29.

23 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 617.

de iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF) e de profissão (artigo 5º, inciso XIII, da CF).

Neste ponto vale pontuar que o escrutínio realizado pela Corte não abrangeu todos os tipos de regulações possíveis do mercado de transporte de passageiros – a exemplo de questões como padrões mínimos de segurança, deveres de informação, requisitos objetivos de qualificação para motoristas e *etc.* Naquela oportunidade, o âmbito estrito de análise dizia respeito à possibilidade de restrição oligopolística desse mercado – ou seja, da limitação da quantidade de prestadores de serviço a um grupo autorizado pelo governo, vedando-se o exercício da profissão a todos os demais particulares.

O transporte remunerado privado individual de passageiros guarda relação muito próxima com o serviço prestado pelos táxis, cujo licenciamento, no Brasil, funciona como a delegação de um privilégio a certos particulares, os quais passam a deter a exclusividade de exploração do serviço de transporte de passageiros. Os detentores de licenças, por sua vez, podem cedê-las para a exploração de terceiros, os verdadeiros motoristas, mediante remuneração, as denominadas diárias. Isto gera uma restrição artificial do mercado e cria uma renda extraordinária para os detentores de licenças, cujo valor deriva precisamente da possibilidade de transacionar esse título. Trata-se, assim, de ativo que não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas apenas ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental.

Aludido mecanismo tem como única consequência a transferência involuntária de recursos de consumidores e trabalhadores para um grupo específico, formado por aqueles agraciados com o número restrito de licenças. Portanto, há enorme resistência de grupos organizados à abertura do mercado para novos entrantes – é dizer, novos trabalhadores, iniciantes ou migrantes de setores em crise, em busca de oportunidades de gerar valor para a sociedade mediante recompensa financeira.

Considerando que o desemprego no país, à época, havia alcançado o patamar recorde de 13,7% (treze vírgula sete por cento), afetando 14.200.000 (catorze milhões e duzentas mil) pessoas²⁴, é de se louvar a

24 SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Desemprego fica em 13,7% no 1º trimestre de 2017 e atinge 14,2 milhões. **G1 Economia**. Publicado em: 28/04/2017.

abertura de mercado que represente absorção de mão-de-obra e considerar qualquer medida em sentido contrário afrontosa ao princípio constitucional da busca pelo pleno emprego, previsto no artigo 170, inciso VIII, da CF.

É importante perceber que os verdadeiros prejudicados são os que têm a perder com a desvalorização das licenças de permissão de táxis, motoristas ou não, isto é, aqueles que sempre se opuseram à ampliação da quantidade de licenças, para impedir a entrada de novos motoristas e assegurar rendas supracompetitivas, conforme esclarece importante estudo do Insper, segundo o qual, antes do início da operação da Uber, o valor estimado de uma licença de permissão de táxi era de aproximadamente R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) na cidade do Rio de Janeiro e de R\$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta mil reais) na cidade de São Paulo. No entanto, o aumento da concorrência causado pela Uber tem a capacidade potencial de ampliar a oferta do serviço até atingir o ponto de saturação, em que não haverá mais valor na limitação de novos entrantes no mercado, e de eliminar o valor da licença de permissão de táxi. Eis o tamanho da resistência à expansão da Uber.²⁵

Este cenário representa a existência de evidente captura regulatória dos órgãos públicos para proibir o esvaziamento do valor da licença de permissão de táxi em virtude da abertura de mercado, ainda que represente dano aos consumidores e trabalhadores que pretendem ingressar no setor. Nesse sentido, a norma restritiva da atividade de transporte individual analisada à ocasião consiste em odiosa forma de transferência de recursos dos consumidores para os detentores de licenças de permissão de táxi, diante da diminuição das opções de escolha daqueles em favor destes.

É preciso ter em mente que mesmo os detentores de licença de permissão de táxi que exercem a atividade profissional e não a delegam a terceiros não fazem jus a qualquer proteção legal ou administrativa em face da concorrência, independentemente de virem a experimentar um

Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-137-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>.

25 AZEVEDO, Paulo et. al. Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva. **Série Estudos de Caso**. São Paulo: Insper, 2016, p. 7-8. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber_dilema_inovacao_disruptiva_port.pdf.

decrécimo de renda a partir do ingresso de novos agentes no mercado, em decorrência do efeito natural da lei da oferta e da demanda, embora existam evidências empíricas no sentido de que esse decréscimo de renda não ocorreu de fato nas principais cidades brasileiras. Não obstante, o aumento da concorrência impõe um novo paradigma aos antigos agentes, como a necessidade de prestação de um serviço melhor e mais barato para se manter no mercado, sob pena de serem compelidos a migrar para outra atividade, na qual possam produzir maior valor para a sociedade.

Essa é a sistemática de defesa da concorrência, benéfica para os consumidores, para a coletividade e também para os trabalhadores, pois a competição, sempre saudável, os torna mais produtivos. Por isso mesmo é a sistemática protegida por diversas normas constitucionais protetivas de liberdades básicas e da concorrência, conforme preveem os artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e inciso XIII; 170, *caput* e inciso IV; e 173, § 4º, da CF.

Portanto, não pode o Estado impedir a entrada de novos agentes no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais, sob pena de insanável violação aos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF) e da livre iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF). Esta é a *ratio* que informou a edição da Súmula Vinculante nº 49 do STF, segundo a qual “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Afinal, o propósito do Direito antitruste, de caráter constitucional, é justamente proteger os novos entrantes em face de ações concertadas dos *players* tradicionais, e não o inverso, haja vista que o artigo 173, § 4º, da CF prevê que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

De fato, quando uma lei restringe mercados de forma artificial, está, na realidade, favorecendo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, o que ocorre pela fixação de tarifas manifestamente superiores ao preço de mercado e se verifica pelo fato de que os novos concorrentes têm conseguido se estabelecer no mercado de transporte individual de passageiros com serviços de qualidade superior a preços semelhantes ou inferiores. E tudo isto

decorre da atividade de grupos de pressão junto aos Poderes Legislativo e Executivo, em todas as esferas da Federação, na tentativa de capturar o regulador e aumentar os seus ganhos financeiros.

À luz dos já referidos ensinamentos de George Stigler, o ambiente por excelência do denominado *rent-seeking*, concretizado na captura do poder político pelos detentores de poder econômico, tem lugar quando os ganhos de determinada medida se concentram em uma classe, ao passo que os seus custos são dispersos pela coletividade, reduzindo os incentivos para que haja resistência pelas vias tradicionais de participação. Nesses casos de disfuncionalidade das instituições democráticas, o Poder Judiciário deve intervir para garantir a plena efetividade das liberdades constitucionalmente asseguradas.²⁶

Neste sentido, a teoria da escolha pública (*public choice theory*) concede o aporte teórico necessário a identificar a estrutura de incentivos a que estão sujeitos legisladores e demais servidores e funcionários públicos, nem sempre pautados pelo interesse público diante da captura regulatória, assim compreendida a manipulação do processo decisório coletivo em favor de determinados grupos de interesse, mais organizados, em detrimento de toda a sociedade²⁷, resultando, muitas vezes, no já conhecido vício do desvio de poder, seja legislativo ou administrativo²⁸.

E para evitar a captura regulatória, a transparência surge como elemento de vital importância, na medida em que cria um ambiente propício à consistência regulatória, pois obriga os agentes decisórios a explicitar, com maior rigor analítico, os motivos causadores e as finalidades perseguidas pela intervenção estatal em determinado setor da economia, sob pena de torná-la suspeita e autorizar o escrutínio de sua validade jurídica.

Vale notar que, no caso da ADPF 449, a própria Câmara Municipal de Fortaleza/CE justificou a norma impugnada com base na “necessidade de proteção quanto ao sistema e aos profissionais do setor”, tornando cris-

26 STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971, p. 5.

27 BÓ, Ernesto. Regulatory capture: a review. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 22, n. 2, 2006, p. 203-225.

28 TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1, 1993, p. 62-68; MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, n. 172, 1988, p. 1-19.

talina a finalidade da lei, qual seja: preservar a renda e a restrição de mercado em favor de determinados agentes profissionais. Sendo assim, evidenciada a captura regulatória, concluiu-se que o Poder Judiciário legitima-se a rever a medida suspeita, enquanto instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime servil a privilégios de grupos organizados.

A propósito, não caberia a alegação, nessa hipótese, de que a revisão judicial comprometeria o princípio da separação dos Poderes, pois o argumento de que a expertise dos órgãos reguladores, em contraposição à formação generalista dos magistrados, garantiria àqueles um amplo campo de atuação infenso ao controle jurisdicional já não resiste à análise mais atenta das nuances que envolvem essa especial aplicação dos *checks and balances*.

Nesse sentido se inclina a recentíssima teoria regulatória do *enforcement*, a qual define o critério da eficiência como norte para a distribuição de métodos para efetivação de padrões socialmente desejáveis de conduta entre os atores privados, o Poder Judiciário e o governo, como ensina o professor de economia Andrei Shleifer (*Harvard University*), para quem a disciplina de mercado pode controlar com sucesso a desordem (habilidade dos agentes privados causarem danos a outros) e evitar a anarquia Hobbesiana, revelando-se a melhor abordagem porque produz os menores custos sociais em relação à ditadura (habilidade do governo e seus agentes de impor os custos sociais aos agentes privados).²⁹

De fato, a teoria do *enforcement* aduz inexistir justificativa para a regulação quando implicar em restrição de entrada no mercado por meio de licenciamento estatal, pois, segundo o professor Andrei Shleifer, a efetividade da disciplina de mercado é um argumento poderoso, haja vista que as empresas entrantes são pequenas e as falhas na prestação de serviços de qualidade são detectadas e penalizadas pelos consumidores, de modo que não é claro o motivo pelo qual a qualidade dos empreendedores ou de suas empresas deveria ser regulada já na fase de entrada no mercado.³⁰

29 SHLEIFER, Andrei. Understanding Regulation. **European Financial Management**, v. 11, n. 4, 2005, p. 443-444.

30 Ibidem, p. 444.

E o supracitado professor de economia finaliza afirmando que reguladores têm muitas oportunidades para criar regras que não são apenas politicamente motivadas, pois servem, principalmente, para benefício próprio, mediante a criação de oportunidades para a corrupção, das quais o licenciamento e as permissões estatais são grandes exemplos.³¹

Na mesma linha, o renomado jurista Richard Posner assevera que “enquanto há razões teóricas para acreditar-se que a concentração em mercados desregulados está associada a economias de escala e outras eficiências, não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços.”³²

Também o falecido professor Walter Gellhorn (*Columbia University*) também alertava que a limitação do exercício profissional no âmbito da entrada não seria justificável sob o prisma da garantia de qualidade no mercado de consumo, pois só seriam necessárias medidas que oferecessem proteção contra aqueles comprovadamente deficientes em sua capacidade ou integridade, sem que nesse processo fossem criadas limitações artificiais sobre as escolhas de carreiras, oportunidades de trabalho e estímulos para prestar serviços superiores a custos inferiores.³³

Ademais, o descrédito na capacidade de o regulador produzir benefícios sociais com a limitação de ingresso no mercado não se restringe à teoria, pois a hipótese segundo a qual a regulação de entrada seria realizada no interesse dos consumidores também não resiste à análise empírica. Em estudo realizado a partir da colheita de dados de 85 (oitenta e cinco) países, os professores e pesquisadores Simeon Djankov (*University of Michigan*), Rafael La Porta e Florencio Lopez-de-Silanes (ambos *PhD* em economia pela *Harvard University*) e Andrei Shleifer concluíram que a limitação de entrada no mercado promove a corrupção e não gera benefícios aos consumidores.

Outrossim, cabe ressaltar a existência de evidências empíricas no sentido de que o serviço de transporte privado por meio de aplicativos

31 SHLEIFER, Andrei. The Enforcement Theory of Regulation. **The Failure of Judges and the Rise of Regulators**. Cambridge: The MIT Press, 2012, p. 18.

32 POSNER, Richard. The Social Costs of Monopoly and Regulation. **The Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, 1975, p. 807-828.

33 GELLHORN, Walter. The Abuse of Occupational Licensing. **The University of Chicago Law Review**, v. 44, n. 1, 1976, p. 26.

não diminuiu o mercado dos táxis. Com efeito, estudo realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) colheu e analisou dados do Distrito Federal e dos municípios de São Paulo, do Rio de Janeiro e de Belo Horizonte, os quais demonstraram que o surgimento da plataforma Uber na prestação de serviços de transporte individual de passageiros promoveu, na verdade, um alargamento do mercado, na medida em que conquistou consumidores que antes não utilizavam o serviço prestado pelos táxis em seus deslocamentos urbanos, suprindo, assim, uma demanda reprimida.³⁴

Sob essa perspectiva, uma primeira conclusão assentada pela Corte à ocasião foi a de que a medida proibitiva do exercício privado da atividade de transporte por meio de aplicativos *não* pode se fundamentar na tutela dos interesses de agentes tradicionais do mercado – sejam detentores de licença, sejam taxistas em geral –, sob pena de evidente inconstitucionalidade. Deveras, a captura regulatória torna suspeito o critério para a limitação de entrantes no mercado de prestadores de serviço de transporte de passageiros, violando os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade profissional (art. 5º, XIII) e da livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170, caput).

2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O segundo argumento comumente utilizado para justificar a existência de normas proibitivas como a Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE fundamenta-se em uma pretensa proteção do consumidor. Nesse sentido, ao apreciar a constitucionalidade do referido diploma no bojo da ADPF 449, o STF teve a oportunidade de examinar se a proibição de aplicativos que oferecem serviços de transporte de passageiros

34 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta. **Documentos de Trabalho 003/2015**. Brasília: CADE, 2015, p. 24-25. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n03-2015-rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>.

presta-se a corrigir falhas de mercado passíveis de se mostrarem deletérias aos consumidores.

De fato, o entendimento mais consentâneo ao papel das inovações tecnológicas no desenvolvimento da economia compartilhada permite alcançar a conclusão de que a explicação tradicional para a regulação de entrada no mercado de táxis não se apoia nos dias atuais, se é que essa limitação já foi razoável, pois, consoante a teoria regulatória do interesse público, cujo maior expoente é o economista inglês Arthur Pigou (*University of Cambridge*), a regulação de entrada justificar-se-ia pela necessidade do governo filtrar os novos entrantes, a fim de assegurar produtos e serviços de qualidade aos consumidores.

No mercado de táxis, a concessão de licenças de permissão pelo governo seria responsável por fornecer uma pretensa confiança na qualidade dos veículos e motoristas, na previsibilidade do preço e na punição do prestador de serviço em caso de acidentes. Entretanto, a teoria regulatória do *enforcement* assevera que esta proposição foi superada pela experiência prática.

Desafiando a clássica explicação para o licenciamento de táxis, aplicativos de transporte de passageiros conseguem não apenas fornecer tudo o que a regulação tradicional sempre prometeu aos consumidores, mas vai ainda além: (i) impede a adulteração de taxímetros; (ii) permite ao usuário acompanhar o trajeto para impedir que o motorista adote caminho mais longo desnecessariamente; (iii) presta seguro aos passageiros; (iv) compartilha com os consumidores as avaliações de outros usuários; (v) permite a avaliação de usuários, em benefício dos motoristas; e (vi) permite o compartilhamento de corridas entre usuários distintos, barateando o serviço e tornando mais eficiente o sistema de transporte urbano.

A tecnologia, por conseguinte, conseguiu solucionar, em definitivo, problemas classicamente entendidos como “falhas de mercado”, antes justificadores da intervenção estatal regulatória, de modo que tais inovações espontâneas da sociedade proporcionaram novas comodidades à coletividade ao mesmo tempo em que afastaram os inconvenientes que os custos de transação e as assimetrias de informação poderiam causar em um mercado com barreiras de entrada.

Sobre a compreensão dinâmica e evolutiva das falhas de mercado, o professor Ejan Mackaay (*University of Toronto*) ensina que os custos de transação podem evoluir ao longo do tempo, especialmente em razão de avanços na tecnologia do transporte e da comunicação, de modo que uma regra que pode ter feito sentido como modo de correção para custos de transação substanciais no passado deixa de ter justificativa quando esses custos mudam. Assim, regulações de esgoto, água, eletricidade e telecomunicações, que pareciam justificadas enquanto essas indústrias pareciam monopólios naturais, deixaram de ser apropriadas quando avanços técnicos nos fizeram perceber que tais serviços podem muito bem ser oferecidos em caráter competitivo.³⁵

Outrossim, os benefícios gerados aos consumidores são evidenciados não apenas pela crescente utilização dos serviços disponibilizados por essas plataformas digitais, mas também por estudos desenvolvidos por importantes pesquisadores da área, dentre os quais destaca-se o elaborado por economistas das Universidades de Chicago e de Oxford, a fim de estimar o excedente do consumidor (*consumer surplus*) fornecido por uma plataforma de serviços de transporte individual no mercado norte-americano.

O excedente do consumidor consiste na diferença entre o benefício marginal na aquisição de um bem ou serviço e o valor efetivamente pago, observado pela interação entre a curva de demanda e o preço de mercado. Trata-se do bem-estar econômico que os consumidores experimentam ao adquirir algo por valor inferior ao máximo que estariam dispostos a pagar. Calculando a elasticidade da demanda à vista da variação de preços com o recurso a técnicas de econometria e *big data*, o estudo em voga estima que o serviço UberX gerou um excedente aos consumidores de aproximadamente US\$ 6.800.000.000,00 (seis bilhões e oitocentos milhões de dólares) nos Estados Unidos apenas em 2015.³⁶

O estudo ainda estima que o excedente do consumidor é aproximadamente 1.57 vezes superior aos seus gastos efetivamente realizados,

35 MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 11.

36 COHEN, Peter et. al. Using Big Data to Estimate Consumer Surplus: The Case of Uber, **NBER Working Paper No. w22627**, 2016, p. 21. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2837639>.

o que significa dizer que para cada US\$ 1,00 (um dólar) gasto em corrida de UberX, estima-se que o consumidor economiza US\$ 1,57 (um dólar e cinquenta e sete centavos) como excedente. Essas estimativas de excedente do consumidor são elevadas em relação aos prováveis ganhos e perdas sofridas por motoristas de táxi como consequência do ingresso do Uber no mercado.³⁷ Em conclusão, os pesquisadores afirmam que “o valor de excedente do consumidor em um dia, pelas nossas estimativas, é de cerca de US\$ 18 milhões. Se a Uber desaparecesse inesperadamente por um dia, isso é o quanto os consumidores perderiam”.³⁸

Nesses termos, impedir, por ato governamental, o funcionamento da mencionada plataforma, equivaleria a um dano anual bilionário aos consumidores norte-americanos, de modo que, considerando a franca aceitação dos serviços de transporte da espécie entre os consumidores brasileiros, não há motivos para duvidar de que também no nosso país a economia compartilhada tenha proporcionado um desejável excedente do consumidor no mercado de transporte individual de passageiros.

Por fim, sob o prisma da análise de proporcionalidade, a norma que veda o uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas não é necessária e nem adequada para reduzir custos de transação ou assimetrias de informação no mercado. Ao contrário, tal proibição impõe um alto custo social, em termos de preço e qualidade de serviços ao consumidor, de oportunidades de trabalho, de dinamismo da economia e *etc.*, sem produzir benefício em contrapartida.

Conclui-se, destarte, que proibir a operação desse serviço geraria, por consequência, um efeito contrário ao objetivo de defesa do consumidor imposto pelos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da CF, caracterizando um desvirtuamento patente do poder regulatório do Estado em prejuízo dos cidadãos.

37 Ibidem, p. 5.

38 Ibidem, p. 21.

3. A PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA E DO TRÁFEGO

A terceira justificativa comumente utilizada para fundamentar a necessidade de medidas restritivas como a norma impugnada no bojo da ADPF 449 concerne as preocupações de ordem urbanística e de ordenamento do tráfego. Naquele caso, argumentava-se que os reguladores teriam interesse em restringir o mercado de transporte individual para ajustar a oferta e o preço do serviço, a fim de diminuir a quantidade de carros em circulação, priorizar o transporte público e favorecer a compactação das cidades, gerando incentivos para que as pessoas residam o mais próximo possível de seus destinos cotidianos, reduzindo, assim, a expansão urbana.

Todavia, ainda que seja preciso aumentar o preço do deslocamento urbano em transportes individuais por variados objetivos urbanísticos, não se pode argumentar que isso necessariamente deva ocorrer pela restrição de entrada no mercado. Insta rememorar que a CF impôs ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, e artigo 5º, inciso XIII, da CF), respeitado sempre o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF).

A necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial aos consumidores e potenciais prestadores de serviço no setor, sobretudo quando há alternativas praticadas no mundo para o enfrentamento do problema. Aliás, causa perplexidade a invocação do objetivo de melhora do tráfego urbano para proibir precisamente serviços que criam alternativas inovadoras na redução do número de veículos em circulação, como sistemáticas de compartilhamento de corridas entre pessoas desconhecidas, por meio de algoritmos, como, por exemplo, o denominado *Uber pool*.

A opção proibitiva também desconsidera a hipótese de que usuários do serviço dele se valham para não utilizar os seus veículos particulares, o que reduz a necessidade de vagas de estacionamento em áreas de

grande fluxo, influenciando na expansão urbana, além de diminuir o tráfego de motoristas à procura dessas vagas, desafiando, assim, o trânsito.

Ademais, estudo desenvolvido por pesquisadores das Universidades Estadual do Arizona e de Houston averiguou a correlação entre a entrada da Uber no mercado e o congestionamento do trânsito em áreas urbanas dos Estados Unidos, aplicando a técnica de econometria chamada “diferenças em diferenças”, que considera os cenários anteriores e posteriores ao ingresso do fator analisado nos grupos de teste e de controle. Segundo os autores, foram encontradas evidências empíricas de que os serviços de compartilhamento de corridas, como o prestado pela Uber, reduzem significativamente o congestionamento de trânsito após entrar em funcionamento em uma área urbana.³⁹

Outrossim, a prefeitura de Nova Iorque opinou contrariamente a uma proposta de limitação do número de motoristas em circulação por meio de aplicativos, ao afirmar, com base em estudo próprio, que: (i) aplicativos de transporte não parecem causar o congestionamento adicional experimentado no centro comercial da cidade; e (ii) por força de padrões de emissão de poluentes impostos a toda a indústria automotiva, mudanças no setor de veículos sob demanda provavelmente não afetarão a qualidade do ar na cidade de maneira significativa.⁴⁰

Ainda em relação à gestão do trânsito, outro estudo empírico, que também usou a técnica chamada “diferenças em diferenças”, correlaciona o ingresso do aplicativo Uber em mercados da Califórnia a uma significativa e rápida redução no número de homicídios ocorridos com veículos automotores cujos motoristas dirigiam sob a influência de álcool, na medida em que os pesquisadores responsáveis apontam que a insuficiência do número de táxis pode contribuir para que pessoas optem por dirigir seus veículos mesmo após o consumo de bebidas alcoólicas.⁴¹

39 LI, Ziru; HONG, Yili; ZHANG, Zhongju. **Do Ride-Sharing Services Affect Traffic Congestion? An Empirical Study of Uber Entry**, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2838043>.

40 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. City of New York, Office of the Mayor. **For-Hire Vehicle Transportation Study**, 2016. p. 5-6. Disponível em: <https://www1.nyc.gov/assets/operations/downloads/pdf/For-Hire-Vehicle-Transportation-Study.pdf>.

41 GREENWOOD, Brad; WATTAL, Sunil. *Show Me the Way to Go Home: An Empirical Investigation of Ride Sharing and Alcohol Related Motor Vehicle Homicide*,

É importante destacar que esse efeito positivo do funcionamento de aplicativos de compartilhamento de corridas abrange não apenas a quantidade de vidas salvas, mas também os custos economizados na persecução penal e encarceramento de motoristas que tenham causado acidentes enquanto alcoolizados.

Além disso, cabe lembrar que congestionamentos resultam de fatores recorrentes e não recorrentes, sendo que fração substancial destes últimos é composta por acidentes de trânsito. Portanto, se as plataformas de economia compartilhada reduzem a embriaguez ao volante, contribuem, também por essa perspectiva, para a melhor fluidez do trânsito. Mesmo que os serviços de compartilhamento de corridas gerassem um impacto negativo no trânsito e na expansão das cidades, sem apresentar efeitos sociais positivos relacionados à mobilidade urbana, não haveria espaço para o ato normativo proibitivo do exercício de liberdades constitucionalmente asseguradas, ante a existência de alternativas para enfrentar tais questões e que não geram restrição de entrada em mercado profissional.

Os chamados pedágios urbanos, por exemplo, permitem a gestão do tráfego de forma isonômica, conforme proposição clássica do economista Arthur Pigou (*University of Cambridge*) na década de 1920, posteriormente refinada pelo professor de economia William Vickrey (*Columbia University*), agraciado com o prêmio Nobel em 1996, tendo como objetivo a adequação da demanda ao custo marginal social de utilização das vias públicas, por meio da alteração do custo individual de cada viagem. O modelo permite levar em consideração a heterogeneidade de usuários, as características de cada modal, as diferenças regionais e *etc.* Iniciativas do gênero foram adotadas em Cingapura (*Electronic Road Pricing*), na Suécia (*Trängselskatt i Stockholm*) e na Inglaterra (*London Congestion Charge*), dentre outros países.⁴² Uma alternativa seria instituir o rodízio na circulação de automóveis em horários e regiões, como ocorre em São Paulo/SP desde a edição da Lei Municipal nº 12.490/1997.

Fox School of Business Research Paper No. 15-054, 2015, p. 1. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2557612>.

42 VICKREY, William. Congestion Theory and Transport Investment. *The American Economic Review*, v. 59, n. 2, 1969, p. 251-260.

A literatura da teoria econômica da mobilidade urbana oferece ainda inúmeros exemplos de políticas públicas que contribuem para a melhoria do trânsito, de modo que a alteração do zoneamento urbano, o estabelecimento de controle de densidade mínima e a diversificação de uso do solo para favorecer a caminhada e o ciclismo em deslocamentos cotidianos são apontados como ferramentas úteis de gestão do trânsito.⁴³

Consectariamente, a repressão legislativa às iniciativas modernas de ordenamento espontâneo do transporte nega aos indivíduos o direito à mobilidade urbana eficiente, contrariando o mandamento contido no art. 144, § 10, inciso I, da CF. Ademais, desconsidera o potencial impacto positivo das novas tecnologias no trânsito na demanda por vagas de estacionamento em grandes centros e na quantidade de acidentes automobilísticos por ingestão de bebida alcoólica, sem contar os inúmeros e já detalhados benefícios aos consumidores. Ignora, igualmente, medidas alternativas que são recorrentemente apontadas por especialistas para enfrentar os problemas de mobilidade e urbanísticos, as quais, por serem isonômicas, não resultam em restrição arbitrária às já mencionadas liberdades constitucionais de iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF) e profissional (artigo 5º, inciso XIII, da CF). Por isso mesmo, medidas restritivas como a esboçada na Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE carecem de fundamentação racional.

Por fim, cumpre tecer algumas observações quanto ao controle jurisdicional referente ao caso concreto analisado por este artigo. Vale dizer: as liberdades fundamentais consagram os limites substanciais ao poder estatal, legitimando-se o controle jurisdicional sempre que essas liberdades sejam restringidas por intervenções regulatórias arbitrárias.

Considera-se arbitrária, em primeiro lugar, a medida que possua objetivo vedado pela Constituição, como nos casos em que se destinam a favorecer indevidamente grupos de pressão, resultando de evidente captura regulatória. Além disso, é arbitrária a medida que limite liberdades fundamentais, como as de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição) e de exercício profissional (art. 5º, XIII, da Constituição), sem evidências razoáveis de que seja adequada a produzir benefícios sociais cuja conse-

43 BERNICK, Michael; CERVERO, Robert. **Transit Villages in the 21st Century**. New York: McGraw-Hill, 1997.

cução igualmente seja constitucionalmente ordenada. Da mesma forma, deve ser reconhecida como arbitrária a medida quando o regulador ignora alternativas evidentes para a produção do mesmo benefício social e que não produzem os mesmos prejuízos às liberdades fundamentais, falhando no teste de necessidade, reconhecido por esta Corte ao menos desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9.⁴⁴ Por fim, a intervenção regulatória deve ser considerada arbitrária quando houver manifesta e injustificada desproporção entre seus potenciais benefícios e seus potenciais prejuízos a valores constitucionalmente protegidos.

Acerca deste último critério de controle judicial de uma intervenção regulatória arbitrária, é pertinente citar o *leading case* julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja *Michigan vs. Environmental Protection Agency (EPA)*. No voto acompanhado pela maioria, afirmou-se que “não se pode dizer que é racional, muito menos ‘apropriado’, impor bilhões de dólares em custos econômicos em troca de poucos dólares em termos de saúde ou benefícios ambientais (...). A consideração dos custos reflete o entendimento de que a razoabilidade da regulação normalmente requer atenção às vantagens e desvantagens das decisões do regulador.”⁴⁵

Igualmente importante para a definição das balizas do controle judicial de atos regulatórios à luz de liberdades constitucionalmente asseguradas é a conclusão de que o ônus de justificação da medida restritiva compete ao poder público, o qual será atendido quando presentes razões de primeira ordem, assim entendidas as que demonstrarem, com evidências sustentáveis, os potenciais benefícios legítimos da medida, a razoabilidade da sua escolha à vista das alternativas manifestas e a relação de intensidade entre benefícios e restrições a liberdades fundamentais em consonância ao ordenamento constitucional.

Há também o atendimento ao ônus de justificação quando existentes razões de segunda ordem, ou seja, em hipóteses nas quais não seja pos-

44 Rel. Min. Néri da Silveira. Red. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001.

45 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Michigan vs. Environmental Protection Agency (EPA)*, 576 U.S. 743 (2015), Opinion of the Court, p. 7.

sível apresentar razões de primeira ordem por demonstradas incertezas e limitações inerentes ao processo de tomada de decisão no caso concreto.

Assim, no campo das razões de segunda ordem, a incerteza pode decorrer da própria indefinição científica sobre os fatores envolvidos na análise, o que ocorre quando os *experts* falham em definir de forma suficiente os efeitos que determinada solução para o problema de política pública pode gerar, ou se não fornecem elementos suficientes para permitir uma clara comparação entre a medida restritiva e suas alternativas.

O regulador pode se deparar, também, com limites de ordem temporal, de modo que a urgência para o atendimento de um interesse relevante impede a detida análise sobre as consequências da medida restritiva adotada. A limitação pode, ainda, ser de recursos, quando o investimento necessário ao esclarecimento das premissas empíricas que fundamentam a decisão regulatória não seria compensado pelos benefícios de realizar-se a escolha no cenário menos incerto possível.

Por todos esses motivos, concluiu-se que a providência gravíssima de proibição das atividades de plataformas de economia compartilhada no setor de transporte urbano, tal como estabelecida pela Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE, não se sustenta por razão legítima alguma: porquanto a Constituição brasileira não admite, sob pena de franca violação a direitos fundamentais, medidas restritivas de liberdade desprovidas de bases racionais, seja de primeira ou de segunda ordem.

CONCLUSÃO

Ao se contrastar as principais justificativas invocadas para legitimar a Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE – que proibia as atividades de plataformas de economia compartilhada no setor de transporte urbano – ao estatuto constitucional das liberdades fundamentais, ressaí inequívoco que referida providência proibitiva não se sustenta, por razão legítima alguma, sob a égide da Carta Magna de 1988.

Em primeiro lugar, considerando-se que o ato normativo questionado tem por finalidade a proteção dos agentes tradicionais do mercado de transporte de passageiros em face dos novos concorrentes, observa-se inequívoca ofensa à garantia de um ambiente de mercado competitivo – a

qual é expressa nos artigos 1º, inciso IV, 5º, *caput* e inciso XIII, 170, *caput* e inciso IV, e 173, § 4º, da CF. De fato, como inclusive já reconhecido anteriormente pelo STF, cuida-se de critério imprestável para justificar a restrição ao livre exercício das profissões, o que somente pode ocorrer de forma excepcional⁴⁶.

Em segundo lugar, conclui-se que não se sustentam os argumentos relacionados à proteção ao consumidor, porquanto as novas tecnologias, independentemente de intervenção regulatória, lograram solucionar problemas relativos a assimetrias de informação e custos de transação no setor de transportes, sem a indesejada restrição de mercado promovida pela legislação tradicional. Desse modo, é imperioso concluir que a vedação da prestação do serviço por plataformas digitais não é medida *necessária* e nem *adequada*.

Por fim, tampouco as preocupações urbanísticas e de trânsito são passíveis de conferir racionalidade a medidas restritivas como a questionada no bojo ADPF nº 449/DF. Ainda que a norma persiga tais objetivos, esta se mostra desproporcional sob o prisma da *adequação*, mercê de penalizar serviços que contribuem para a melhoria do tráfego e redução de congestionamentos, por oferecerem compartilhamento de corridas, permitirem a não utilização ou não aquisição de veículos próprios por particulares, reduzirem a incidência de acidentes por direção sob influência de álcool e *etc.* Com efeito, trata-se, ainda, de medida *desnecessária*, quando ponderadas alternativas manifestas e menos gravosas a liberdades fundamentais. Sob essa perspectiva, a repressão legislativa às iniciativas modernas de ordenamento espontâneo do transporte nega “ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente”, contrariando o mandamento contido no art. 144, § 10, I, da CF.

Nesse sentido, ao apreciar a ADPF nº 449/DF e concluir pela inconstitucionalidade da Lei Municipal impugnada com base nos fundamentos expostos no presente artigo, o STF teve a oportunidade de esclarecer os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões. Contribuiu, desse modo, para

46 Nesse sentido, confira-se RE nº 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011; e RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009.

prover maior segurança jurídica – aspecto que é salutar não apenas para o desenvolvimento das inovações disruptivas decorrentes da economia compartilhada, mas também para o progresso da iniciativa privada dos mais diversos setores e, conseqüentemente, para o crescimento da economia brasileira como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza.** Traduzido por Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 30, 1 [20].

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 45, 187.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Paulo et. al. Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva. **Série Estudos de Caso.** São Paulo: Insper, 2016. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber_dilema_inovacao_disruptiva_port.pdf.

BARRY, Ellen; RAJ, Suhasini. Uber banned in India's capital after rape accusation. **The New York Times.** Publicado em: 8/12/2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/12/09/world/asia/new-delhi-bans-uber-after-driver-is-accused-of-rape.html>.

BERNICK, Michael; CERVERO, Robert. **Transit Villages in the 21st Century.** New York: McGraw-Hill, 1997.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. **Documentos de Trabalho 001/2015.** Brasília: CADE, 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n01-2015-o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros-regulacao-externalidades-e-equilibrio-urbano.pdf>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta. **Documentos de Trabalho 003/2015.** Brasília: CADE, 2015. Disponível em: [!\[\]\(a0c20551745271d88e99b0e44767ed91_img.jpg\) REDUnB
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-</p></div><div data-bbox=)

-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n03-2015-rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 511.961, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213, divulgado em 12/11/2009 e publicado em 13/11/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>.

BÓ, Ernesto. Regulatory capture: a review. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 22, n. 2, 2006.

CANO, Rosa. Uber cierra su servicio en España. **El País**. Publicado em: 31/12/2014. Disponível em: https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561_752162.html.

COHEN, Peter et. al. Using Big Data to Estimate Consumer Surplus: The Case of Uber, **NBER Working Paper No. w22627**, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2837639>.

DJANKOV, Simeon et. al. The Regulation of Entry. **The Quarterly Journal of Economics**, v. CXVII, n. 1, 2002.

EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. **Grundgesetz: Kommentar**. 2. ed. München: C. H. Beck, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. City of New York, Office of the Mayor. **For-Hire Vehicle Transportation Study**, 2016. Disponível em: <https://www1.nyc.gov/assets/operations/downloads/pdf/For-Hire-Vehicle-Transportation-Study.pdf>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Michigan vs. Environmental Protection Agency (EPA), 576 U.S. 743 (2015), Opinion of the Court.

GELLHORN, Walter. The Abuse of Occupational Licensing. **The University of Chicago Law Review**, v. 44, n. 1, 1976.

GREENWOOD, Brad; WATTAL, Sunil. Show Me the Way to Go Home: An Empirical Investigation of Ride Sharing and Alcohol Related Motor Vehicle Homicide, **Fox School of Business Research Paper No. 15-054**, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2557612>.

GRODEN, Claire. Two Uber executives arrested in France. **Time**. Publicado em: 29/06/2015. Disponível em: <https://time.com/3940092/uber-executives-arrested>.

HAYEK, Friedrich. The Political Ideal of the Rule of Law. **National Bank of Egypt fiftieth anniversary commemoration lectures**. Cairo: National Bank of Egypt, 1955.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, n. 172, 1988.

ORTON, Toby. 7 lugares ao redor do mundo onde Uber é proibido. **Oyster**. Publicado em: 18/07/2018. Disponível em: <https://www.oyster.com/pt/articles/where-is-uber-banned-around-the-world>.

POSNER, Richard. The Social Costs of Monopoly and Regulation. **The Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, 1975.

ROVER, Tadeu. Liminar suspende serviços do aplicativo Uber em todo o Brasil. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 29/04/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-29/liminar-suspende-servicos-aplicativo-uber-todo-brasil>.

SHLEIFER, Andrei. The Enforcement Theory of Regulation. **The Failure of Judges and the Rise of Regulators**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

SHLEIFER, Andrei. Understanding Regulation. **European Financial Management**, v. 11, n. 4, 2005.

SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Desemprego fica em 13,7% no 1º trimestre de 2017 e atinge 14,2 milhões. **G1 Economia**. Publicado em: 28/04/2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-137-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>.

STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971.

SUNDARARAJAN, Arun. **The Sharing Economy**. Cambridge: The MIT Press, 2016.

SUTTO, Giovanna. Desta vez, adeus Colômbia: por que a Uber está sendo banida por alguns países. **Infomoney**. Publicado em: 28/01/2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/desta-vez-a-deus-colombia-por-que-a-uber-esta-sendo-banida-por-alguns-paises>.

TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1, 1993.

VERMEULE, Adrian. **Laws Abnegation**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VICKREY, William. Congestion Theory and Transport Investment. **The American Economic Review**, v. 59, n. 2, 1969.

O QUANTO DE CONSTITUCIONALISMO POPULAR HÁ NO POPULISMO? UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL

HOW MUCH OF POPULAR CONSTITUTIONALISM THERE IS IN POPULISM? AN ANALYSIS BY THE CRITICS OF THE JUDICIAL SUPREMACY

Alberto Luiz Hanemann Bastos¹

Erick Kiyoshi Nakamura²

Data de Submissão: 10/08/2021

Data de Aceite: 09/11/2021

Resumo: Este artigo objetiva, a partir da compreensão do papel corrente do Supremo Tribunal Federal entre o clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito do guardião da Constituição, necessariamente oxigenado pelas críticas doutrinárias contemporâneas, verificar se o enfraquecimento pretendido pelo populismo autoritário brasileiro ao Tribunal reflete, ou não, os cânones do constitucionalismo popular. Para isso, discorre inicialmente sobre a clássica (e atual) polêmica entre Kelsen e Schmitt, de forma a apontar as principais divergências entre os autores. Em seguida, explora as ideias centrais do constitucionalismo popular e as suas influências na literatura jurídica brasileira e apresenta o cenário político atual, marcado pela ascensão de um populismo de extrema-direita que ativamente busca o

1 Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-graduando em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisador do Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas (TRAEP). Advogado.

2 Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com bolsa CAPES/PROEX. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná – NINC/UFPR.

enfraquecimento do Tribunal. Conclui que as propostas do populismo brasileiro, apesar de pautadas numa crítica à supremacia judicial, são totalmente dissonantes dos cânones do constitucionalismo popular, uma vez que buscam uma neutralização absoluta do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, em violação aos arranjos de força e aos objetivos delineados na Constituição, e, sobretudo, negam os pressupostos e os ideais da democracia deliberativa, requisito imprescindível para a garantia da participação popular.

Palavras-chave: Guarda da Constituição; constitucionalismo popular; povo; populismo.

Abstract: This paper aims, by the understanding of the current role of the Brazilian Federal Supreme Court among the classic discussion between Hans Kelsen and Carl Schmitt about the guardian of the Constitution, necessarily renewed by the contemporary doctrinal criticism, to verify whether the intentions of the Brazilian authoritarian populism to weaken the Supreme Court reflects, or not, the canons of popular constitutionalism. To that end, it introduces the classic (and vivid) controversy between Kelsen and Schmitt, in order to point out the main divergences of the authors. Moreover, it explores the core ideas of popular constitutionalism and their influences on the Brazilian legal literature, and presents the current political context, surrounded by the rise of a right-wing populism that is guided by the objectives of weakening the Supreme Court. It concludes that the propositions of Brazilian populism, despite driven by a criticism of judicial supremacy, are totally dissonant from the canons of popular constitutionalism, because it seeks an absolute neutralization of the role played by the Brazilian Federal Supreme Court, violating the force arrangements and the objectives outlined by the Constitution, and, especially, rejects the tenets and the ideals of the deliberative democracy, indispensable requisition to ensure popular participation.

Keywords: Guard of the Constitution; popular constitutionalism; the people; populism.

1. INTRODUÇÃO

“As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”; esta frase de Carlos Drummond de Andrade contempla, como toda a poesia, inúmeras interpretações, dependentes das visões de mundo e dos contextos de cada pessoa. Na contemporaneidade, e, em especial, com o declínio democrático vivenciado, a ordem constitucional e política dos Estados de Direito tem demonstrado que os lírios não nascem meramente das normas constitucionais, sendo preciso de concretude, de participação constante dos atores políticos e institucionais nas disputas daqueles que, por meio de falas ou atos, pretendem a destruição da própria Constituição.

A par das profundas discussões a respeito da definição da figura do *Guardião da Constituição*, fato é que a influência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade esteve presente nas diversas formulações constitucionais dos Estados Contemporâneos. Para muitos destes, foi se consolidando o entendimento de que à Suprema Corte ou ao Tribunal Constitucional caberia dar a última palavra sobre as disputas constitucionais. Esta ideia passou a ser rechaçada pelo constitucionalismo popular, corrente teórica que ganhou força no início do século XXI no âmbito acadêmico estadunidense e que preceitua que as decisões sobre matérias constitucionais controversas de uma dada sociedade não podem ficar restritas ao âmbito das Cortes Constitucionais e dos Tribunais Constitucionais, mas exigem a participação ativa do povo.

Estas discussões igualmente frutificaram e frutificam no cenário brasileiro. Desenhou-se um modelo constitucional no pós-88 que concedeu poderes bastante amplos ao Supremo Tribunal Federal, razão pela qual foi este atribuído, por parte da doutrina e por si mesmo, como o intérprete final da Constituição. O alegado papel de máximo intérprete não passou ileso no cenário brasileiro; mas, ao contrário, foi contestado pela literatura, sob a influência das teorias do constitucionalismo popular, e por propostas de alterações normativas no âmbito do Congresso Nacional.

Há, porém, a emergência de um novo elemento no cenário: a ascensão do populismo de extrema-direita à Presidência da República, que, desde a campanha em 2018 até os dias atuais, guarda um constante embaite com o Supremo Tribunal Federal, em busca de seu enfraquecimento,

velada ou explicitamente, por meio, dentre outros, da limitação de seus poderes, da destituição ou da nomeação de novos membros e do descumprimento de suas decisões.

A partir da compreensão do papel corrente do Supremo Tribunal Federal entre o clássico debate entre Kelsen e Schmitt, necessariamente oxigenado pelas críticas doutrinárias contemporâneas, este artigo tem o objetivo de verificar se o enfraquecimento pretendido pelo populismo autoritário brasileiro ao Tribunal reflete, ou não, os cânones do constitucionalismo popular.

Para isso, discorre inicialmente sobre a clássica (e atual) polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito da definição da figura do *Guardião da Constituição*, tratada em célebres discussões travadas entre os autores no início do século XX. Em seguida, explora as ideias centrais do constitucionalismo popular e as suas influências na literatura jurídica brasileira pós-redemocratização para a desconstrução da ideia do Supremo Tribunal Federal como o único, ou mesmo o principal, guardião da Constituição.

É apresentado, então, o cenário atual, marcado pela vitória de um populismo de extrema-direita no Brasil nas eleições à Presidência da República em 2018, que possui como um dos principais enfoques a busca por esmorecimento da Corte, para responder à questão levantada pelo artigo. Frente, assim, aos panoramas levantados, são identificadas as concordâncias e/ou as dissonâncias deste fenômeno autoritário com o constitucionalismo popular, propondo-se, numa reflexão crítica, ponderações acerca do populismo brasileiro a partir das teorias tratadas, notadamente a política em sua acepção schmittiana.

2. DOIS INFLUXOS DO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO: A CLÁSSICA (E ATUAL) POLÊMICA ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

As reflexões em torno da definição do *Guardião da Constituição* partem da premissa de que a consecução dos objetivos delineados pelo constituinte pressupõe a criação de mecanismos institucionais que reafirmem a autoridade do texto constitucional quando algum de seus dis-

positivos é violado.³ Porém, a quem deve ser outorgada tal incumbência? Em outras palavras, qual deve ser a autoridade responsável por reiterar a força normativa da Constituição quando algum ato comissivo ou omissivo tende a miná-la?

Tais indagações certamente não são novas no universo jurídico, sendo possível remontá-las às célebres discussões travadas entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no início do século XX.⁴ Em suas contendas teóricas, esses juristas dialogavam sobre qual das instâncias do Estado deteria melhores atributos para desempenhar o papel de defensor das normas constitucionais – isto é, quem deveria ser o *Guardião da Constituição*.

Por um lado, Kelsen (2003, p. 150-155) propugna que as incumbências relacionadas à defesa das cláusulas constitucionais estariam inteiramente acometidas a um Tribunal Constitucional, órgão que, em posição semelhante à de um *legislador negativo*, exerceria o controle de constitucionalidade para fins de extirpar do ordenamento jurídico as disposições legais que se mostrassem incompatíveis com a Constituição. Por outro, Schmitt defende que tal papel deveria ser desempenhado pelo Presidente do *Reich*, tendo em vista que se tratava da autoridade eleita pelo povo e responsável por materializar os desígnios da nação (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Para defender a sua tese, Kelsen destaca que o Tribunal Constitucional seria a única instância capaz de se manter imparcial durante a aferição da constitucionalidade de leis e regulamentos, pois, ao contrário do que ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo, esta instância jurisdicional não possuiria qualquer contato com o processo de criação dos atos legislativos. Nenhuma instância seria tão pouco idônea para avaliar os vícios dos atos legislativos do que aquela responsável por os criar, mormente porque, nas palavras do autor, “nenhum outro princípio técnico jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria” (KELSEN, 2003, p. 240). Na visão de Kelsen seria totalmente inviável outorgar ao presidente da República ou ao Parlamento a função

3 Em certa medida, é o que afirma Paulo Bonavides, ao apontar que “duas são as condições da justiça constitucional: uma, de caráter jurídico-formal, outra, de caráter político-substancial, cifrada no pluralismo das forças constitucionais; a primeira, teórica, a segunda, pragmática” (BONAVIDES, 2004, p. 127).

4 Para maiores informações sobre o debate traçado entre os autores, confira-se: SCHMITT, 2007; KELSEN, 2003, p. 239-298.

de *Guardião da Constituição*, na medida em que esses não deteriam a capacidade institucional necessária para julgar controvérsias constitucionais de maneira imparcial.

Além disso, Kelsen denota que os Tribunais Constitucionais ocupam uma posição privilegiada na equalização de conflitos constitucionais porque não possuem nenhum compromisso com eventuais maiorias formadas na seara eleitoral ou parlamentar, circunstância que fortaleceria a sua imparcialidade e a capacidade para a proteção das prerrogativas de grupos vulneráveis.⁵

De outro giro, Carl Schmitt revela profundas divergências quanto à capacidade do Judiciário de performar a defesa da Constituição. Na sua visão, “a unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado”, razão pela qual “toda lei, inclusive a constitucional, para ser válida, necessita, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente” (BERCOVICI, 2003, p. 197). Isso significa que, para ele, a decisão a respeito da constitucionalidade de uma norma não reside no ambiente *jurídico*, mas essencialmente no ambiente da *política*. Na conhecida teorização de Schmitt (2008, p. 28), o núcleo conceitual da *política* reside nas práticas de diferenciação entre *amigo* e *inimigo*, sendo este classificado como 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”.

Por estarem envoltas na seara política, as decisões de caráter constitucional se afastam dos escopos da atuação jurisdicional, motivo pelo qual Schmitt conclui que os Tribunais não são instâncias aptas à defesa da Constituição. Para ele, somente as instâncias efetivamente ligadas à atuação política poderiam desempenhar adequadamente tal papel,⁶ mormen-

5 Como destaca Carlos Bruno Ferreira Silva, na visão de Kelsen, “seria ingenuidade supor que este Poder [Legislativo] revogaria seus próprios atos. A independência necessária para atacar tais atos tornava imperioso que tal instituição se encontrasse à parte das demais esferas do governo” (SILVA, 2005, p. 34).

6 Neste sentido, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, ao descrever os contornos da doutrina de Carl Schmitt, sintetiza que “a Constituição, como decisão política de um povo, tem de ser protegida politicamente” (BAHIA, 2004, p. 96).

te o Parlamento e a Presidência da República. Nada obstante, Schmitt aponta que o Presidente da República é a autoridade mais apta a exercer o papel de *Guardião da Constituição*.

Tal perspectiva decorre, primeiramente, de uma profunda desconfiança que Schmitt (2007, p. 36-37) externa em relação à falta de homogeneidade política no Parlamento. Ao analisar seus escritos, a doutrina explica que o autor entende que o Parlamento, a partir do momento em que começou a admitir a participação de múltiplos grupos na formulação de suas políticas, tornou-se incapaz de lidar com as crises econômicas, sociais e políticas surgidas em meados do século XX (BERCOVICI, 2003, p. 197). Daí a conclusão de que apenas o Presidente do *Reich*, eleito pela vontade popular, seria idôneo para defender a Constituição e, assim, conferir unidade aos desígnios políticos de seu povo. Consoante as ponderações de Gilberto Bercovici (2003, p. 198), a visão de Schmitt é caracterizada pela noção de que somente o Presidente do *Reich* seria capaz de unificar os desígnios sociais e econômicos da nação, motivo pelo qual “o Presidente seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade da nação”.

Outrossim, verifica-se que a divergência dos autores também decorre de uma visão distinta a respeito da hermenêutica jurídica, da função da jurisdição e, ao fim, da própria Teoria do Direito.

Schmitt afirma que a função jurisdicional consiste na mera subsunção do fato à norma, de modo que ao Judiciário competiria tão somente *declarar* o sentido que o legislador já havia atribuído à lei. Dessa maneira, o raciocínio por ele perfilhado se coaduna com uma lógica próxima ao método exegético, na qual o ofício hermenêutico do juiz não detém qualquer carga *criativa*.⁷ Nesse sentido, assevera que os Tribunais Constitucionais somente detêm legitimidade para aplicar normas constitucionais cujos significados defluam da literalidade do texto, de modo que a defi-

7 “A sentença judicial é, para Schmitt, a subsunção do fato à norma, subsunção esta que precisa ser determinada previamente pela lei. Desta forma, o Poder Judiciário não pode estar acima do legislador e da lei. [...] Esta concepção seria fruto da lógica abstrata do normativismo positivista. Na realidade, o que ocorre é a aplicação da norma a um conteúdo, ou seja, o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para Schmitt este problema é da legislação, não da justiça” (BERCOVICI, 2003, p. 196-197).

nição do sentido hermenêutico de expressões constitucionais duvidosas extrapola o escopo da jurisdição.⁸

Por sua vez, Kelsen possui entendimento diverso no que diz respeito ao ofício hermenêutico. No bojo de sua “Teoria Pura do Direito”, o autor descreve que a interpretação jurídica, embora circunscrita aos núcleos semânticos delineados no texto legal, está abarcada por uma dose de *criatividade* por parte do julgador. É o que assinala Hans Kelsen (1998, p. 247) na sua conhecida metáfora da “moldura normativa”, durante a qual discorre que o “resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem”.

Daí desponta a profunda cizânia dos autores em relação à natureza do ofício judicante. Schmitt propõe que a decisão sobre a constitucionalidade de leis extrapolaria os limites da função jurisdicional, na medida em que aos magistrados competiria tão somente aplicar o conteúdo literal das disposições legais, não podendo lhes negar vigência, tampouco manifestar qualquer ímpeto criativo no sentido de alterar o significado do texto formulado pelo Parlamento. Ao seu turno, Kelsen (2003, p. 251) entende que qualquer decisão jurisdicional inarredavelmente estará abarcada por um grau – ora maior, ora menor – de criatividade na definição do significado normativo assumido pelo texto legal, razão pela qual também está grafada por um caráter político.⁹ Nada obstante, ressalva que, embora “a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais”, isso não significa

8 Neste sentido, Schmitt aponta que “toda a justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e discutíveis. Conseqüentemente, em um Estado como o atual Reich alemão, o direito de exame judicial depende de normas que possibilitem uma subsunção correspondente ao fato típico” (SCHMITT, 2007, p. 28).

9 Nesse sentido, vale reproduzir as conhecidas lições do jurista austríaco: “Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (KELSEN, 2003, p. 251).

dizer que “ele não seja um tribunal; que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária” (KELSEN, 2003, p. 253).

Apesar da distância temporal que separa as cogitações de Kelsen e Schmitt do cenário jurídico contemporâneo, as suas teorizações notoriamente permanecem na conjuntura brasileira (LIMA, 2003, p. 204). No entanto, o contexto jurídico e político contemporâneo, permeado por elementos e por complexidades distintos daqueles vislumbrados por Kelsen e Schmitt, traz consigo uma indagação: o Judiciário *ainda* deve ser o portador da última palavra a respeito do significado da Constituição?

A retomada desta questão se mostra fundamental para se refletir sobre duas visões extremadas do debate constitucional: de um lado, a supervalorização do papel dos Tribunais, que não permite à população a participação no processo de interpretação constitucional; de outro, a propagação de um discurso autoritário no qual um único líder que se autointitula porta-voz simbólico do povo para cooptar inteiramente os rumos da vivência constitucional.

3. CHAMAMENTO DO POVO À ESFERA DE TOMADA DE DECISÕES: O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E OS SEUS REFLEXOS NO BRASIL

A ideia de um papel de maior proeminência do Poder Judiciário, na qual este é incumbido de decidir sobre a compatibilidade de normas jurídicas com a Constituição e, desta forma, de dar respostas a questões constitucionais controversas na sociedade civil, espalhou-se para além do modelo de jurisdição constitucional pensado por Hans Kelsen. Nos séculos XIX e XX, os diferentes países construíram sistemas de controle de constitucionalidade com características, formas e modelos próprios; tendo muitos deles atribuído a possibilidade de um controle judicial de constitucionalidade, seja de forma concentrada ou difusa, seja numa modalidade concreta ou abstrata.

Embora rotineiramente se afirme que o caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803, inaugurou, de forma pacífica naquele país, o entendimento de que à Suprema Corte cabe dar a última palavra sobre questões constitucionais, esta interpretação é desafiada por Vera Karam de Chueiri e Miguel Gualano de Godoy (2017) sob uma perspectiva histórica e de filosofia constitucional.

Em referência às críticas à construção histórica do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos de Larry Kramer,¹⁰ referidos autores destacam que, no período de fundação do país, “os norte-americanos não só concebiam, como apoiavam o governo popular”, tendo, por muitas vezes, conclamado o direito de interpretar a Constituição e de definir os seus significados; “afinal, a Constituição norte-americana havia sido produto de uma mobilização fundamentalmente popular” (CHUEIRI; GODOY, 2017, p. 58-59).

Este processo histórico não foi linear, mas marcado, a partir do início da década de 1840, por uma “alternância entre momentos de opção pela tradição do constitucionalismo popular e momentos de deixar as decisões para os juízes e as cortes” (CHUEIRI; GODOY, 2017, p. 86). Sublinham, neste sentido, como “a crença de que uma Constituição limita o governo e pode ser demandada pelo povo fez e ainda faz sentido”; pois, para Larry Kramer, “um tal envolvimento do povo nas controvérsias constitucionais da fundação até os dias de hoje deve ser resgatada como estratégia para (re)moldar nosso Direito, nossas instituições e nossa vida em comunidade” (CHUEIRI; GODOY, 2017, p. 71-72).

Enquanto teórico do constitucionalismo popular, Kramer sintetiza a diretriz central desta corrente de pensamento: promover um chamado do povo à esfera de tomada de decisões, que não deve ficar restrita ao âmbito das Cortes Constitucionais e dos Tribunais Constitucionais. Entretanto, a maneira como isto será feito, consistente no quanto de poder que se retirará das Cortes e dos Tribunais e na forma como se canalizarão as manifestações da participação popular, distingue-se nas diferentes linhas de pensamento, notadamente de Kramer, Richard Parker,

10 Para maiores informações sobre as teorizações do autor: KRAMER, 2004; KRAMER, 2011.

Jeremy Waldron e Mark Tushnet.¹¹ Este último, por exemplo, perfilha a ideia do *weak judicial review*, que permite que “maiorias formadas por legislações ordinárias possam se sobrepor às interpretações judiciais sobre a Constituição em um relativo curto prazo” – o que responderia ao problema próprio do *strong judicial review* de que Cortes com um *pedigree* democrático menor invalidem decisões tomadas por órgãos com maior *pedigree* democrático (TUSHNET, 2003, p. 2786).

De toda a sorte, há, aqui, uma importante questão a ser pontuada. Na visão de José Ribas Vieira, Lilian Márcia Balmant Emerique e Jônatas Henriques Barreira (2018, p. 281), os questionamentos nos Estados Unidos quanto à legitimidade democrática da Suprema Corte para a realização do controle de constitucionalidade são complexos, pluripartidários e até mesmo pluri-ideológicos. A atuação conservadora da Corte, por exemplo, na década de 30, ao analisar, leis econômicas do *New Deal* levou às propostas de *court-packing* por Franklin Roosevelt, relativas ao aumento de membros da Corte e à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, e de retirada pelo Congresso Nacional da possibilidade de que a Suprema Corte desse a última palavra sobre questões constitucionais, ambas à época derrotadas. “A Constituição”, disse Roosevelt, “foi um documento para o homem comum, e não um contrato entre advogados” (CHUERI; GODOY, 2017, p. 97).¹²

A noção, portanto, de um constitucionalismo ligado ao povo e por ele construído não se restringe à corrente do constitucionalismo popular que ganhou força no início do século XXI no âmbito acadêmico dos Estados Unidos, mas remonta a contextos anteriores, que, como se vê da experiência estadunidense, podem estar ligados à própria elaboração da Constituição. E é isso que os autores do constitucionalismo popular pretendem destacar: as matérias constitucionais não podem, até porque nem sempre foram, ser decididas em última instância apenas pelas Cor-

11 Para um aprofundamento quanto às ideias de cada qual, ver: VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018.

12 O discurso proferido no dia 17 de setembro de 1937 também pode ser acessado na íntegra no sítio eletrônico da “*The American Presidency Project*”. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/address-constitution-day-washington-dc>. Acesso em: 10 ago. 2021.

tes e Tribunais Constitucionais, mas por meio da participação ativa do próprio povo.

Como se operar isto em um ordenamento jurídico como o estadunidense, no qual a ideia da Suprema Corte como a detentora da última palavra sobre a Constituição se consolidou a partir das últimas décadas do século XIX e permanece sendo reafirmada? Deve a Corte, ainda assim, manter algum papel na vida institucional do país?

As respostas, como anteriormente ressaltado, diferem nas linhas teóricas de pensamento do constitucionalismo popular. Os modelos apresentados por Kramer, Richard Parker, Jeremy Waldron e Mark Tushnet, segundo análise de José Vieira, Lilian Emerique e Jônatas Barreira (2018, p. 283-284), possuem como alvo em comum a supremacia judicial, mas não necessariamente a revisão judicial. Esta pode, a depender, permanecer atuante, embora possa ocasionalmente ter as suas decisões superadas por outros atores, judiciais ou extrajudiciais, ou mesmo ser eliminada da cultura constitucional.

Tom Donnelly, ao analisar as críticas tecidas à teoria de Kramer, destaca que esta, na versão revisada do teórico, não defende um sistema de *supremacia legislativa* como fazem Mark Tushnet e Jeremy Waldron, mas permanece reservando um papel à Corte. Desta forma, apesar de o povo deter a palavra final nas questões constitucionais, isso se deve conferir a partir de uma deliberação pública guiada por uma liderança das elites, numa “conversa dinâmica entre advogados e não-advogados, elites e cidadãos comuns, juízes e representantes eleitos” (DONNELLY, 2011, p. 174-175).

A preocupação central de Kramer, como acima ressaltado, é a aquiescência que o povo estadunidense hodiernamente conferiu à supremacia judicial, mesmo não sendo este um fato decorrente da história constitucional dos Estados Unidos. Por isso, o teórico defende um rearranjo institucional para impor restrições ao poder da Corte e para abrir novos meios de participação popular. Rearranjo este que, na leitura de Donnelly (2011, p. 168-174), foi refinado em suas mais recentes teorizações para se afastar de uma *supremacia legislativa* e se aproximar, à luz de James Madison, de uma *democracia deliberativa*, ou seja, de um sistema

guiado por um julgamento racional do povo, por meio de um sistema institucional complexo que force deliberações públicas mais robustas.

Neste sentido, vê possíveis remédios quando a Corte vai longe demais na visão do povo, como, por exemplo, o *impeachment* de juízes, o corte de verba da Corte, o descumprimento de ordens pelo Presidente, a retirada ou a diminuição de sua jurisdição pelo Congresso, a nomeação de novos membros, a atribuição de novas competências e a possibilidade de revisão de seus procedimentos (DONELLY, 2011, p. 176). Entretanto, entende Donnelly (2011, p. 176) que “essas medidas são inadequadas para os desafios específicos a que o sistema constitucional se depara e possivelmente perigosas à causa do constitucionalismo popular”, razão pela qual o autor propõe outras, focadas na renovação da participação e da confiança cívicas e na reforma institucional, estando, dentre elas, a possibilidade de oposição de um veto popular (*people's veto*) das decisões emitidas pela Suprema Corte, desde que emitidas por um placar de votos de cinco a quatro (*five-to-four decision*) (DONELLY, 2011, p. 177-194).

Vê-se, portanto, que os mecanismos propostos por diferentes autores do constitucionalismo popular estão ligados à busca por maior democratização da revisão judicial ou, de forma mais radical, à busca pela sua própria extinção. Ainda que sejam propostas plurais, esta corrente possui dois objetivos comuns: o de apresentar uma crítica à supremacia judicial e o de fomentar maior participação do povo na tarefa de interpretação da Constituição – questões essas que não passaram ilesas no cenário jurídico brasileiro.

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, não adotou o modelo de Tribunal Constitucional pensado por Kelsen ao Supremo Tribunal Federal, mas conferiu a este um leque diverso de competências. Dentre elas, a previsão do controle judicial concentrado de constitucionalidade no sistema brasileiro, ao lado do controle difuso, demonstra, conforme destacam Miguel Godoy e Vera Chueiri (2016, p. 44), como “a influência de Kelsen na teoria constitucional permanece vigorosa”.

Ainda que no início dos anos 90 o Tribunal tenha optado por uma jurisprudência autorestritiva em relação a alguns dos poderes a ele conferidos pela Assembleia Nacional Constituinte (ARGUELHES, 2014), esta posição não se manteve incólume nos anos seguintes. Motivada pelos es-

critos de Konrad Hesse, a “doutrina brasileira da efetividade” ganhou força na literatura durante a década de 90, a sua essência, como resume Luís Roberto Barroso (2014, p. 5), foi a de “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”, sendo este também considerado um papel da adjudicação.

O Supremo Tribunal Federal, também influenciado por esta teoria, passou, ao longo das décadas seguintes, a se colocar em maior presença na vivência institucional. Em busca de dar amplitude a direitos fundamentais, proferiu decisões sobre questões constitucionais à época (e mesmo até os dias atuais) controversas, como, por exemplo, a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3510, 2008), a legitimidade da realização da “Marcha da Maconha” (ADPF nº 187, 2011), o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI nº 4277 e ADPF nº 132, 2011), e a inconstitucionalidade da criminalização de interrupção da gestação de feto anencéfalo (ADPF nº 54, 2012).

A presença mais marcante do Supremo na arena decisória foi marcada pela adoção de “um comportamento juriscêntrico, que enfatiza a interpretação judicial da Constituição e confere pouca importância à interpretação realizada fora das cortes” (GODOY, 2017, p. 61). A ideia do Tribunal como o detentor da última palavra sobre questões constitucionais, defendida por parcela da doutrina, foi por ele afirmada e reafirmada.¹³

Esta postura foi analisada criticamente pela literatura nos últimos anos, também sob influência da corrente do constitucionalismo popular e de suas derivações. Conrado Hübner Mendes, a partir das teorias, dentre outros, de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, destaca a necessidade de se discutir a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, sem a rejeitar de pronto, mas tampouco a considerar como uma decorrência automática da supremacia da Constituição. Deve, pois, a teoria constitucional, nesta justificação, levar em conta as “plausíveis

13 Em 2012, por exemplo, o Ministro Celso de Mello, após decisão do Plenário sobre a perda de mandato de parlamentar por condenação criminal na última sessão de julgamento da Ação Penal nº 470, sustentou, em citação a Rui Barbosa, que “[...] O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade” (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p8i6IIHFQP8>. Acesso em: 20 jul. 2021).

desconfianças de que o caminho jurisdicional não é o melhor nem mais justificado meio de proteger direitos” (MENDES, 2008, p. 194).

Igualmente tomando o constitucionalismo popular como ponto de partida, Miguel Godoy (2017, p. 167) destaca a necessidade de o Supremo Tribunal Federal ser compreendido, numa perspectiva dialógica e deliberativa, “não como o guardião detentor da última palavra sobre a interpretação da Constituição, e sim como o guardião de mais uma importante e necessária voz na definição do significado da Constituição”. A atuação da Corte, assim, não guia a uma última palavra, mas a uma “última palavra provisória”, capaz de instar o encerramento ou a continuidade da política democrática por parte do Legislativo (GODOY, 2017, p. 167).

A busca deste equilíbrio é também debatido nas próprias discussões do constitucionalismo popular. O constitucionalismo democrático defendido por Robert Post e Reva Siegel, ao passo que reconhece a importância da interpretação judicial, busca dar luz à participação da cidadania, diretamente ou por meio de seus representantes, na interpretação constitucional (VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018, p. 294-296). Dentro desse paradigma de integração do povo à tomada de decisões constitucionais, destaca Katya Kozicki (2015, p. 193) que “tem-se como indisputável que as manifestações e/ou reações populares contrárias à interpretação da Constituição e da legislação em geral feitas pelo Poder Judiciário ampliam a legitimidade democrática do sistema jurídico como um todo”, uma vez que questionam “a própria legitimidade democrática do STF como último e/ou único leitor privilegiado do texto constitucional e o processo de judicialização da política como um todo”.

A questão não passou despercebida de propostas de alterações normativas no âmbito do Congresso Nacional. A Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2001, por exemplo, buscou alterar a quantidade mínima de votos de membros de Tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição – mas, apesar de ter causada ampla repercussão no âmbito jurídico, político e acadêmico, à época acabou sendo arquivada no início de 2015.

Ao longo dos anos, o próprio Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a sua limitação institucional, de forma a não se postar como o único guardião da Constituição, mas a expressamente aventar que o Legislativo “[...] pode trazer novos fundamentos ou enquadramentos que inspirem na Corte Suprema uma releitura da constitucionalidade da questão”, mormente nas hipóteses em que os fundamentos coligidos pelo parlamento são “acompanhados de uma mudança no contexto fático e normativo subjacente, razão pela qual a *práxis* dialógica prestigia a pluralidade de intérpretes do texto constitucional e o comprometimento democrático do eleitorado [...]” (STF, ADI 4579/RJ, j. 13/02/2020).

Não obstante, é inegável a permanência do Tribunal como um ator determinante na definição de questões constitucionais, políticas e institucionais do país. Sua atuação permanece sob olhar crítico da literatura, por, na visão de cada qual dos analistas, ser inerte no cumprimento de seu papel constitucional e/ou proferir decisões para além de sua esfera de competência e/ou emanar juízos de forma dissonante à Constituição. Depara-se, contudo, com um cenário diverso, decorrente da ascensão do populismo de extrema-direita à Presidência da República em 2019, que, ao passo contrário de aperfeiçoar a jurisdição constitucional, busca enfraquecê-la ou destruí-la; tema que será objeto de análise no item seguinte.

4. A ASCENSÃO DO POPULISMO BRASILEIRO E A BUSCA DE ENFRAQUECIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As democracias contemporâneas, apesar da construção teórica constitucional empreendida após a Segunda Guerra Mundial, na qual se pôs à reflexão das tragédias perpetradas por regimes totalitários, vivenciam em diversas partes do mundo, notadamente no Leste Europeu e na América Latina, uma forte retroação democrática. Nos últimos anos, a literatura especializada passou a se debruçar sobre essas instabilidades nos sistemas jurídicos, por meio do estudo, dentre outros, da erosão democrática, do constitucionalismo abusivo, do legalismo autoritário e do *lanfzare*.

O constitucionalismo abusivo, cunhado por David Landau (2013, p. 195), consiste no “uso de mecanismos de mudança constitucional para

tornar um Estado significativamente menos democrático do que era anteriormente” – fenômeno que, à época do diagnóstico feito pelo autor, em 2013, demonstrava-se na Hungria, no Egito e na Venezuela. Por sua vez, o legalismo autoritário, sobre o qual Kim Lane Scheppele (2018, p. 548) discorre, caracteriza-se quando líderes carismáticos pretendem sequestrar o constitucionalismo liberal por meio do uso de métodos constitucionais ou legais, “no intento de se beneficiar da aparência de democracia e de legalidade em seus Estados”.

No Brasil, a retroação democrática se tem operado muito antes da campanha à Presidência da República em 2018. Além do questionamento ao resultado das eleições de 2014 formulado pelo candidato derrotado perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio do pedido de auditoria, o segundo mandato da Presidência de Dilma Rousseff foi interrompido em 2016 por um processo de *impeachment* juridicamente controverso, pautado por supostas violações de caráter orçamentário, que deram azo à assunção do Governo Temer, o qual atuou sob um programa de governo contrário ao proposto nas eleições presidenciais.

Mesmo sem considerar ter sido este um golpe de Estado, Estefânia Maria Queiroz Barboza e Ilton Norberto Robl Filho (2019, p. 94) atentaram àquilo que chamaram de um “constitucionalismo abusivo episódico” no país, consistente na “utilização de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 contra aspectos do Estado Democrático de Direito”; o que se postaria como “preocupante especialmente em razão da ocorrência de dois *impeachments* em 30 anos”.

Em leitura diversa, Vera Karam de Chueiri e Katya Kozicki (2019, p. 172) partem do pressuposto de que o *impeachment* de Dilma Rousseff consistiu num golpe parlamentar e constitucional e que a partir da recusa à revisão da Lei da Anistia e deste momento, “o Brasil começou a perder a democracia”. Apontam, em referência a Cristiano Paixão, que se vivencia no país uma crise desconstituente, de uma “desfiguração das promessas constitucionais forjadas no pacto de 1988”, dentre as quais o “quadro de direitos fundamentais, que é o núcleo da CF” (CHUERI; KOZICKI, 2019, p. 172-173).

Se, de um lado, a decadência democrática e a crise constitucional se colocavam no Brasil previamente às eleições em 2018 à Presidên-

cia da República, de outro, o resultado destas inegavelmente agudizou o cenário, em especial no tocante à relação entre o Supremo Tribunal Federal e a política representativa. A candidatura vitoriosa no pleito tensionou a atuação do Tribunal, desde a época das campanhas eleitorais, sob uma retórica de um candidato autocrático que, como destacam Estefânia Barboza e Adriana Inomata (2019, p. 428), advoga firmemente por “propostas de aparelhamento do STF, enfraquecimento de instituições e mecanismos de *accountability* e violações às liberdades civis”.

Neste cenário, o mote das críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal gravita em torno da ideia de que há uma espécie de *déficit democrático* na resolução de conflitos constitucionais, na medida em que os posicionamentos externados nos julgamentos da Corte não têm refletido os *reais anseios do povo*. Em discurso proferido em 17/06/2020, durante a solenidade de posse do Ministro da Comunicação, o Presidente da República, ao cumprimentar o *povo*, afirmou que “[...] não são as instituições que dizem o que o povo deve fazer. É o contrário. O povo é que diz o que as instituições devem fazer. [...]”¹⁴

Pode-se dizer que a fala do Presidente da República, em certa medida, reflete um questionamento legítimo, tendo em vista que suscita uma crítica ao exacerbado protagonismo das Cortes no processo de resolução de conflitos sobre a interpretação da Constituição. Como visto, esse é o cerne do argumento carreado pelo constitucionalismo popular, que, segundo Tom Donnelly (2011, p. 162), é guiado por uma “crença comum de que o povo (e os seus representantes eleitos) deve desempenhar um papel contínuo na formação do significado da Constituição”¹⁵.

Desta forma, numa análise açodada, poder-se-ia concluir que a fala do Presidente da República evoca preocupações similares àquelas vislumbradas no constitucionalismo popular: a excessiva predominância das Cortes na definição do significado das cláusulas constitucionais e a exclusão dos demais segmentos da sociedade desse processo. No entanto, a compatibilidade do populismo brasileiro com o mote do constitucio-

14 Disponível em: <https://youtu.be/DP1nyojnYDI?t=2410>. Acesso em: 31 jul. 2021.

15 Vale ressaltar que o excerto sofreu uma singela adaptação na tradução ora apresentada, pois Tom Donnelly, na passagem original de seu texto, faz menção ao “povo Americano” (*the American people*).

nalismo popular é meramente ilusória, uma vez que os posicionamentos perflhados pela atual Presidência da República e por seus apoiadores contrariam os cânones mais elementares desta corrente teórica.

Um primeiro ponto que pode ser destacado diz respeito às tentativas de *neutralização* absoluta do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. O sistema político brasileiro tem convivido com um cenário no qual o Executivo, e parte de seus aliados no Legislativo, desferem uma série de ataques simbólicos ao Tribunal que visam a seu enfraquecimento, seja por vias institucionais, seja por vias não institucionais, com sérias repercussões no cotidiano da política do país.

No plano simbólico, não são raras as ocasiões em que o Presidente Jair Bolsonaro lança mão do espaço midiático para descredibilizar Ministras e Ministros do Supremo e, conseqüentemente, minar o capital político da Corte. Na ocasião em que o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu monocraticamente a nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal,¹⁶ o Presidente, após ter ciência da decisão, insinuou que a nomeação do magistrado teria decorrido tão somente de sua relação de amizade com Michel Temer, que ocupava o cargo de Presidente da República à época em que esse foi indicado ao cargo.¹⁷

Outro emblemático episódio de ataque simbólico ocorreu quando o Ministro Roberto Barroso determinou, mediante decisão monocrática, a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar as ações e omissões do governo federal no enfrentamento, ou alastramento, da pandemia da COVID-19.¹⁸ Ao tomar conhecimento da determinação, Jair Bolsonaro apresentou um discurso bastante agressivo contra o Ministro, sugerindo que o magistrado teria proferido a decisão com vistas a favorecer interesses escusos.¹⁹

Embora tais ofensivas sejam mais afeitas ao plano simbólico, deram e dão azo a tensões institucionais que atribulam a concretização dos desígnios almejados pelo constituinte e os arranjos de força por ele de-

16 Sobre o ponto: STF, MS 37.097/DF, j. 29/04/2020.

17 Disponível em: <https://youtu.be/bD-PxA7n2fc?t=2>. Acesso em: 31 jul. 2021.

18 Para maiores detalhes sobre o teor da decisão monocrática do Min. Roberto Barroso: STF, MS 37.760/DF, j. 08/04/2021. A decisão foi, posteriormente, referendada pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal.

19 Disponível em: <https://youtu.be/IBw3hKD0q8Y?t=34>. Acesso em: 31 jul. 2021.

lineados. O Presidente, à época em que era candidato, afirmou que, se eleito, iria “elevar o número de ministros do STF de onze para vinte e um”, numa repetição aos atos promovidos pela Ditadura Militar, e busca, já sob o seu governo, revogar a Emenda Constitucional nº 88 e alterar a idade de aposentadoria dos Ministros de 75 para 70, por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 159/19, apresentada por parlamentares aliados na Câmara dos Deputados.²⁰

Além disso, este grupo populista também demonstra uma falta de deferência à autoridade do Supremo Tribunal Federal, tanto pela reiteração de condutas que já foram reputadas inválidas pelo Tribunal, como pela inércia e/ou pela ameaça de descumprimento de decisões por ela emanadas.²¹ O líder do governo na Câmara, deputado Ricardo Barros, do Progressistas do Paraná, afirmou, em junho de 2021, que “[...] o Judiciário vai ter que se acomodar nesse avançar nas prerrogativas do Executivo e Legislativo. Vai chegar uma hora em que vamos dizer que simplesmente não vamos cumprir mais [...]”.²²

O objetivo deste grupo, que hoje ocupa o Poder Executivo Federal, é claro. Os ataques simbólicos ao Supremo Tribunal Federal, o reiterado descumprimento de suas ordens e a falta de deferência a sua autoridade atestam que o intuito não é o de abrandar o ativismo judicial, de modo a assegurar uma participação mais ampla da sociedade nas decisões constitucionais, mas sim o de *neutralizar completamente* o papel desempenhado por um dos atores institucionais na guarda da Constituição.

E, conforme anteriormente apresentado, as linhas teóricas do constitucionalismo popular, apesar de externarem preocupação com a supremacia judicial, não necessariamente tomam a revisão judicial como alvo. Não obstante, mesmo a busca de retirada de poder do Supremo Tribunal Federal intentada por este grupo populista não se equivale às ideias

20 Propostas tratadas em: BARBOZA; INOMATA, 2019, p. 428-430.

21 Neste particular, um recente exemplo que pode ser trazido à lume se trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, que versa sobre a inércia da União Federal em implementar medidas de proteção dos povos indígenas frente ao avanço da COVID-19.

22 Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lider-do-governo-diz-que-vai-chegar-a-hora-em-que-decisoes-do-judiciario-nao-serao-mais-cumpridas,70003740527>. Acesso em: 31 jul. 2021.

mais radicais do constitucionalismo popular, uma vez que não prega a efetiva participação do povo no debate público, mas busca dismantelar as instituições democráticas para a maior centralização do poder. Não busca, assim, aprimorar os ideais da *democracia deliberativa*, mas os nega.

O constitucionalismo popular defendido por Larry Kramer, na leitura de Tom Donnelly, por exemplo, apregoa que a outorga de sentido às normas constitucionais é o resultado de um *amplo e profundo* diálogo entre os diversos segmentos da sociedade. Neste contexto, embora a opinião pública possua um papel significativo na resolução de conflitos constitucionais, não é, para Kramer, *qualquer* tipo de crença que deve guiar esse processo, mas apenas posicionamentos provindos de um consenso *dialogado e bem-informado* sobre a discussão posta – ou seja, uma opinião pública que “vale a pena ser seguida” (DONELLY, 2011, p. 167). Não se trata, portanto, de seguir as “preferências imediatas do povo”, mas de valorizar “o julgamento fundamentado de uma população deliberativa, guiada em suas reflexões públicas por líderes políticos bem-informados” (DONELLY, 2011, p. 170).

Essa é a completa antítese das práticas perflhadas no populismo brasileiro de Jair Bolsonaro, que estampa um nítido posicionamento *antidemocrático*, numa defesa à volta de regimes autoritários como os vividos no país. Em uma profunda análise dos discursos emitidos pelo Presidente, Priscilla Cabral Dibai (2018, p. 122-128) aponta que o atual governo ostenta uma série de *indicadores antidemocráticos*: crítica às instituições que compõem o organograma democrático; posicionamento refratário à diversidade e ao pluralismo; crença na força e na violência para a resolução de intercorrências sociais; defesa de ditaduras e regimes autoritários; manifestações contrárias ao estado laico; e crença de que a composição democrática do Parlamento e das demais instâncias públicas favorece a corrupção.

Deste quadro, depreende-se que a atuação da Presidência da República é norteadada por uma tendência de refutação do diálogo com os segmentos políticos e sociais que extrapolam o seu grupo de aliados, o que pode ser diagnosticado nos profusos ataques à comunidade LGBTQI+, aos grupos economicamente marginalizados e àqueles vinculados à “esquerda-política” – não raro, taxados pejorativamente de *comunistas* e/ou *petralhas* (DIBAI, 2018, p. 133-142).

Na contramão do que propõe o constitucionalismo popular, o projeto visado pela atual Presidência da República se embasa numa *rejeição* do diálogo público, propondo que os conflitos ligados à interpretação da Constituição sejam resolvidos pela imposição das projeções de seu núcleo ideológico. Ao invés de primar pela formação de uma opinião pública consensual e dialogada, prega-se o discurso de que “as minorias têm que se curvar às maiorias” e de que “as minorias se adequam ou simplesmente desaparecem”.²³

Tal gramática rompe com os alicerces do constitucionalismo popular, eis que o diálogo público proposto pelos adeptos dessa teoria é minado por imposições de uma única instância decisória: o Poder Executivo Federal. Na realidade, os governos populistas incorrem justamente no vício que o constitucionalismo popular pretende combater: a concentração das decisões constitucionais em uma parcela ínfima e pouco representativa da sociedade.

A discussão necessária sobre o ativismo judicial, a judicialização da política e a politização do Judiciário, de há muito empreendida pela Academia e por outros campos políticos, passou, conforme a advertência de Emílio Peluso Meyer, a ser cooptada pela “ultradireita radical que domina a esfera federal de governo no Brasil”.²⁴ Os desígnios do constitucionalismo popular não se confundem com a implementação de uma “ditadura da maioria”, muito menos com a concentração de poderes em uma única instância decisória:

[...] governos populistas que concentram poderes nas mãos de um único Poder (em geral o Executivo) e os governos autoritários que ofendem a vida digna de outros cidadãos não podem se sustentar como regimes constitucionais populares e democráticos, nem mesmo quando apoiados por maiorias, pois se tal situação fosse admitida se estaria a ofender os princípios que fundamentam a própria democracia: o princípio da soberania popular (e não

23 Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-em-25-frases-polemicas/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

24 Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2021/07/26/%E2%80%9880A-ultradireita-cooptou-o-debate-sobre-ativismo-judicial%E2%80%99?posicao-home-direita=2>. Acesso em: 01 ago. 2021.

soberania de um único sujeito) e o princípio de que todos são iguais, possuem o mesmo valor moral e merecem igual consideração e respeito (GODOY, 2017, p. 105-106).

Remanesce, portanto, translúcido que o *povo* no populismo autoritário brasileiro é utilizado na esteira daquilo que Friedrich Müller alcunha de *povo simbólico*, que “consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘des-realizar’ a população, em mitificá-la”; o qual, “erigido em sistema, induz a práticas extremadas” (2013, p. 63). Bolsonaro autointitula-se, calcado num suposto apoio do *povo*, como a própria Constituição;²⁵ aos demais, que discordem dele ou que profiram decisões contrárias aos seus interesses, como por vezes o fazem integrantes do Supremo Tribunal Federal, cunha de *inimigos da nação*, ou, em linhas claras, *inimigos de seu projeto de poder*.

5. CONCLUSÃO: O CONSTITUCIONALISMO POPULAR, O POPULISMO E A (I)LEGITIMIDADE DA REDUÇÃO DE PODER DAS SUPREMAS CORTES E DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A discussão clássica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito da figura do *Guardião da Constituição* exerceu inegável influência na teoria constitucional de muitos ordenamentos jurídicos. Se a concepção schmittiana defende que a guarda da Constituição seja prerrogativa do Chefe do Executivo, enquanto autoridade eleita pelo povo e responsável por materializar os desígnios da nação, a kelseniana advoga para que esta seja outorgada a uma autoridade independente e imparcial, na figura de um Tribunal Constitucional.

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, não adotou o modelo de Tribunal Constitucional pensado por Kelsen ao Supremo Tribunal Federal, mas conferiu a este um leque diverso de competências, dentre as quais se encontra a previsão do controle concentrado de constitucionalidade – aposta do constituinte para ceifar leis e atos normati-

25 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/democracia-e-liberdade-acima-de-tudo-diz-bolsonaro-apos-participar-de-ato-pro-golpe.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2021.

vos inconstitucionais do sistema. Ao mesmo passo em que passou a ter maior presença no cenário institucional pós-1988, o Tribunal afirmou e reafirmou, por muitos anos, a ideia de que seria o detentor da última palavra sobre questões constitucionais, ou seja, de que seria o principal *guardião da Constituição*.

As contribuições do constitucionalismo popular consistem na crítica ao protagonismo judicial e na conclamação a uma participação ativa da cidadania nas decisões relevantes de uma dada sociedade. Legar às Cortes o poder de *dar a última palavra* sobre o significado da Constituição se mostra, neste sentido, de pouca legitimidade democrática, na medida em que inviabiliza que os membros da sociedade civil projetem os seus desígnios na tomada de decisões que diretamente os afetem.

Contudo, o fomento à participação popular é um processo complexo, que não se esgota no mero apelo retórico à figura da *nação* ou de *povo*, mas que exige deliberações robustas e permanentes diálogos entre as instituições, bem como entre essas e a sociedade civil. Para isso, é necessário que as Cortes Constitucionais e os Tribunais Constitucionais não sejam considerados como os únicos, ou mesmo como os principais, intérpretes da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo que tenha oxigenado o seu discurso mediante as críticas, influenciadas pelo constitucionalismo popular, de forma a se reconhecer como um dentre muitos guardiões da Constituição, mantém-se como um ator determinante na definição de questões constitucionais, políticas e institucionais do país; e, com isso, permanece como um dos alvos de crítica da doutrina especializada.

Embora também parta da crítica à supremacia judicial, o populismo brasileiro de extrema-direita, ascendente com as eleições de 2018 à Presidência da República, veicula propostas totalmente dissonantes dos cânones do constitucionalismo popular. Busca, pois, uma *neutralização absoluta* do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, por vias institucionais e não institucionais, em violação aos arranjos de força e aos desígnios delineados pela Constituição. E, sobretudo, nega os pressupostos e os ideais da *democracia deliberativa*.

A associação dos projetos populistas à figura do *povo* é meramente retórica, de um *povo simbólico*, tendo em vista que o desrespeito aos Tri-

bunais, os ataques aos grupos vulneráveis e as posturas antidemocráticas têm uma relação muito mais próxima com a política proposta por Carl Schmitt do que com a efetiva participação popular nas decisões constitucionais. Neste particular, o populismo brasileiro capitaneado pelo Presidente Jair Bolsonaro representa este quadro de maneira explícita, no qual os desígnios do *povo* são cooptados por um líder que se autointitula como representante da nação, para rechaçar os interesses dos grupos que são contrários ao seu projeto político, os quais, numa repetição do pensamento schmittiano, são vistos como *inimigos*.

Assim, o populismo brasileiro consiste na deturpação de preocupações legítimas em torno do excessivo protagonismo das Cortes na definição dos significados da Constituição. A retomada dos aportes do constitucionalismo popular pode servir como um importante mecanismo para, por um lado, refrear os ímpetos da supremacia judicial e, por outro, apresentar uma crítica aos projetos populistas que se valem da retórica do *povo* para legitimar ações autoritárias.

Afinal, a guarda da Constituição não deve ser pautada por uma leitura anacrônica do debate entre Kelsen e Schmitt. As instituições do Legislativo, do Executivo e do Judiciário devem se manter como importantes instâncias para a solução de conflitos constitucionais, com, necessariamente, mecanismos para que a cidadania tenha a capacidade de projetar os seus desígnios de maneira informada e dialogada. Do contrário, não há democracia, tampouco constitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n° 1, p. 25-45, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 164, p. 87-103, out./dez. 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12 n. 39, p. 79-97, 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. Constitucionalismo Abusivo e o Ataques ao Judiciário na Democracia Brasileira. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; DIAS, Roberto. (Org.). **Crise das Democracias Liberais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 421-442.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, v. 18, p. 127-150, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4579/RJ**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2020, DJe: 28/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 37.097/DF**, Relator Min. Alexandre de Moraes, Decisão Monocrática, 29/04/2020, DJe: 04/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 37.760/DF**, Relator Min. Roberto Barroso, Decisão Monocrática, 08/04/2021, DJe: 12/04/2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison: uma leitura crítica**. Curitiba: Juruá, 2017.

DIBAI, Priscilla Cabral. **A direita radical no Brasil pós-redemocratização**: o caso de Jair Bolsonaro. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. **Wisconsin Law Review**, v. 2012, Harvard Public Law Working Paper n. 11-29, p. 159-194, nov. 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. vol. 7. p. 192-194.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. Impeachment: a arma nuclear constitucional. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, v. 1, p. 157-176, 2019.

KRAMER, Larry. **The People Themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. New York: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Tradução: Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **Davis Law Review**, vol. 47, n. 1, p. 189-260, 2013.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 63.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, n. 2, p. 545-584, 2018.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira. **O guardião da Constituição no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, vol. 101, n. 8, p. 2781-2802, 2003.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./dez. 2018.

Erick Kiyoshi Nakamura é beneficiário de auxílio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX).

O AUTORITARISMO ANUNCIADO: UMA ANÁLISE DE DISCURSO DO PRESIDENTE JAIR BOLSONARO

THE ANNOUNCED AUTHORITARISM: AN ANALYSIS
OF THE SPEECH BY PRESIDENT JAIR BOLSONARO

Alessandra Brustolin¹

Data de Submissão: 22/08/2021

Data de Aceite: 14/11/2021

Resumo: Em que pese a democracia representativa seja o regime político atualmente adotado no Brasil, diante do cenário político e social existente, objetiva-se verificar se no discurso do representante eleito existem elementos de outros regimes políticos autoritários e a sua relação com a democracia. O estudo apresenta os resultados da análise de um discurso do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro proferido na celebração de 108 anos da Assembleia de Deus no Brasil, na cidade de Belém, estado do Pará, no dia 13 de junho de 2019 e publicado no Canal Oficial de Jair Bolsonaro no YouTube em 14 de junho de 2019. O método utilizado foi a análise de discurso de Bardin e Orlandi, como referencial teórico central. Foram criadas três categorias – que correspondem aos regimes autoritários analisados –, divididas em três subcategorias cada. Concluiu-se pela forte incidência de elementos alusivos à regimes autoritários no discurso, sendo estes em sua maioria relacionados ao fascismo.

Palavras-chave: Análise de discurso; Democracia; Regimes autoritários; Fascismo.

Abstract: Although representative democracy is the political regime considered adopted in Brazil, presented from the existing political

1 Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora do curso de Direito do Centro Universitário Univel. Advogada.

and social scenario, the objective is to verify whether in the speech of the elected representative there are elements of other authoritarian political regimes and their relationship with democracy. The study presents the results of the analysis of a speech given by the President of the Republic, Jair Messias Bolsonaro, at the celebration of 108 years of the Assembly of God in Brazil, in the city of Belém, state of Pará, on June 13, 2019 and published on Canal Oficial by Jair Bolsonaro on YouTube on June 14, 2019. The method used was the discourse analysis of Bardin and Orlandi, as a central theoretical framework. There are three categories - which correspond to the permitted authoritarian regimes -, divided into three subcategories each. It was concluded by the strong incidence of elements alluding to authoritarian regimes in the speech, these being mostly related to fascism.

Keywords: Content analysis; Democracy; Authoritarian regimes; Fascism.

INTRODUÇÃO

No Brasil, tem-se como regime de governo a democracia representativa. A experiência democrática, da forma como se encontra consolidada, é bastante recente. Todavia, o cenário político do país tem gerado uma gama de questionamentos e uma situação de insegurança, sobretudo no que sucede o ano de 2013, que se intensificou com a polarização na penúltima eleição nos Estados Unidos. Essa tensão se tornou uma tendência mundial e também atingiu o Brasil exponencialmente a partir da última eleição presidencial. Fala-se em “crise da democracia representativa” ou “enfraquecimento da democracia” em razão da verificação de elementos provenientes de governos autoritários.

O discurso político tem espaços clássicos de enunciação. Os recentes acontecimentos no cenário político e social não são objeto de surpresa, mas um processo já anunciado. Por meio deste artigo pretende-se analisar o conteúdo do discurso do Presidente da República Jair Bolsonaro, proferido na celebração de 108 anos da Assembleia de Deus no Brasil, na cidade de Belém, estado do Pará, no dia 13 de junho de 2019, publicado no Canal Oficial de Jair Bolsonaro no YouTube em 14 de junho de 2019. Tem-se como finalidade averiguar se no discurso do representante eleito, existiam elementos de outros regimes políticos autoritários e a sua relação com a democracia.

Para tanto, foram criadas categorias e subcategorias. Três grandes categorias correspondem aos regimes analisados: 1. Fascismo; 2. Nazismo e 3. Ditadura; cada categoria foi dividida em três subcategorias: 1.1 Nacionalismo; 1.2 Uso da religião como forma de manipulação; e 1.3 Obsessão com a segurança nacional. 2.1 Preservação dos valores ideológicos tradicionais do país; 2.2 Deslegitimação das pautas das minorias; e 2.3 Apego à uma única noção de família. 3.1 Militarismo; 3.2 Censura; e 3.3 Centralização do poder. O objetivo é verificar se no discurso do representante eleito existem elementos de regimes políticos autoritários. Coletados os dados e realizada a análise por meio da metodologia que será adiante justificada far-se-á uma análise dos resultados a luz das recentes teorias democráticas.

1 METODOLOGIA EMPREGADA

Para a realização da pesquisa há o emprego de análise qualitativa com base no método de análise de discurso. A metodologia utilizada tem como princípios elementos da Linguística, da Psicanálise e das Ciências Sociais, tendo um enfoque nos discursos produzidos. Para Navarro e Díaz (1999), o foco das análises textuais consiste no estudo das mensagens, a linguagem, do discurso, ainda que o seu “corpus” não seja necessariamente verbal. Também pode referir-se a outras representações simbólicas. A Análise de Discurso (AD) “[...] tem por objetivo a destruição da Análise de Conteúdo” (BARDIN, 1977, p. 213), a visando sua substituição; por conseguinte pode-se supor que a AD procura preencher a mesma função através de meios diferentes”. Orlandi (2003), por sua vez, afirma que há muitas formas de se estudar a linguagem, sendo uma delas, a língua enquanto sistema de signos. Justamente pensando sobre essas diversas maneiras de significar é que surge a análise de discurso que se trata da língua ou da gramática, embora isso também lhe interesse. “Ela trata do discurso. E a palavra discurso, etimologicamente, tem em si a ideia de curso, de percurso, de correr por, de movimento.” (ORLANDI, 2003, p. 15). A concretização do estudo se deu com base nos passos seguintes: escolha de um discurso proferido pelo Presidente da República; Desconstrução desse discurso em frases; criação de categorias e subcategorias; classificação das frases em tabela; criação de gráficos e análise teórica dos resultados.

2 RESULTADOS

As diversas formas de Estado e de Governo são há muitos anos discutidas. Parece até mesmo um debate sem rumo certo, visto que a sociedade está em constante transformação, evoluindo e também regredindo. A democracia é um sistema político que ocupa lugar de destaque neste âmbito, pois ao longo dos séculos vem sendo discutida, debatida, apoiada, atacada, ignorada, estabelecida, praticada, destruída e depois às vezes restabelecida (DAHL, 2001).

Nos termos da Enciclopédia Larousse Cultural, a palavra “democracia” (*demokrateia*) tem origem na Grécia Antiga e trata-se de uma experiência filosófica e política fundada na soberania popular, na liberdade eleitoral, na divisão de poderes e no controle da autoridade, que possibilitou o avanço na construção do sistema democrático ateniense. Apesar da definição textual, o debate teórico é controvertido, não havendo uma definição universal e fechada, mas definições de *democracia* (BOBBIO, 1986; DAHL, 2001; SANTOS, 2002; SADER, 2002), o que, por si só, já denota os seus dilemas e dificuldades.

Com a Revolução Francesa, em 1789, a democracia foi globalmente atrelada aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A democracia (assim como a política) está atrelada à liberdade e igualdade (DWORKIN, 2003). É um processo de escolha, onde cada indivíduo tem assegurado seu direito de liberdade (SALGADO, 2014).

Ao longo da história a democracia passou por condições favoráveis e desfavoráveis. por diversos lugares e momentos, sendo que em alguns deles ficou esquecida. Pressupõe-se que a democracia possa ser inventada e reinventada de maneira autônoma sempre que existirem condições adequadas para tanto.

O Brasil teve a sua história marcada majoritariamente por regimes autoritários, sendo o Estado Democrático de Direito brasileiro recentemente consolidado. Desde o processo de democratização em 1984 – quando foi consolidada a nova Constituição e a República presidencialista – se apoiava uma tendência para o desenvolvimento de um governo democrático.

Não obstante, a Constituinte de 88 (muitas vezes referida como um processo democrático e de participação cidadã), na verdade representa um período pós autoritarismo que mais levou o país a uma “situação democrática”, do que a um regime democrático consolidado (RAEFRAY, 2005, p. 259). Porque não enfrentou propriamente as problemáticas que envolviam a desigualdade de oportunidade e aqueles relacionados à ausência de confiança nas instituições.

Nóbrega Jr. (2010) afirma que “no Brasil a democracia ainda não se consolidou” e que, na verdade, o país vive uma “*semidemocracia*” (MAINWARING et al., 2001) “um regime político que se caracteriza pelo seu hibridismo institucional, ora apresentando características avan-

çadas da democracia (política), ora apresentando características visivelmente autoritárias” (NÓBREGA JR, 2010, p. 1).

Ainda que não se tenha um consenso sobre o estabelecimento de uma democracia plena e mesmo diante das fundamentáveis críticas quanto à sua efetivação (NUNES, 1991, p. 101), o texto Constitucional de 88 a estabeleceu o regime democrático no Brasil. E a recente democracia brasileira tem como maior fundamento constitucional e característica a liberdade. O artigo 1º da Constituição da República aponta o expresse o compromisso democrático com a igualdade e liberdade (BRASIL, 1988).

Mesmo com a instituição de um regime democrático, fundamentada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e umbilicalmente ligada ao reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais – eis que já ultrapassadas (em tese) as barreiras que obstavam o seu reconhecimento – parece haver um consenso de que a democracia brasileira ainda possui raízes autoritárias. Algumas raízes do autoritarismo no Brasil têm aflorado diante do tempo presente (SCHWARCZ, 2019).

No Brasil, a partir dos acontecimentos que sucederam o ano de 2013, há certo desconforto e uma sensação de que no sistema político algumas coisas estão fora do lugar. Para Almeida (2019, p. 85), a intrínseca relação entre fatores conservacionistas² e religiosos desencadearam os protestos de rua de junho de 2013, polarizados nas eleições de 2014 e aprofundada com o impeachment de Dilma Rousseff, em 2016, cujo desdobramento mais recente foi a eleição de um político de extrema direita, em 2018. Essa não é isoladamente uma tendência brasileira, mas se insere num cenário social e político mundial, em especial com a aparente expansão pós-eleição de Donald Trump (2016) a situação parece ter se agravado, verificando-se em alguns momentos uma retomada de características dos sistemas autoritários (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

2 De acordo com o autor, o conservacionismo é um conceito associado a processos e contextos históricos específicos, mas o termo que se tornou comum nos debates públicos brasileiro e mundial contemporâneos, por vezes, é identificado de modo excessivo e impreciso com fascistas, se na política, ou com fundamentalistas, quando na religião. (ALMEIDA, 2019, p. 85)

Depois de três décadas do fim do regime militar no Brasil, manifestações pedindo a volta do regime e de uma intervenção militar, começaram a ocupar as ruas e as redes sociais. Somando-se a isso, em meio à pandemia da COVID-19 que o mundo está vivenciando, muitos brasileiros, endossados pelas falas presidenciais que minimizam as consequências desse novo coronavírus, além de pedirem pelo fim do isolamento social, não cumprem as medidas adotadas pelos estados e municípios contra o avanço da doença. O cenário político, que, desde as eleições de 2014, deflagrou uma polarização política, está em crise, demonstrando fragilidade das instituições democráticas e da capacidade de amenizar as desigualdades sociais e econômicas. (MORAIS; MILANEZI, 2020, p. 42).

Os atuais acontecimentos políticos e sociais que ultrapassam esse recorte também têm colocado em xeque a democracia representativa no Brasil e, sobretudo, o processo eleitoral brasileiro. Dentre outras discussões, destaca-se o “voto impresso” que ganhou mídia recentemente em razão da “PEC 135/2019” ou “PEC do Voto Impresso”, redigida pela deputada federal Bia Kicis (PSL-DF), que questiona a segurança das urnas (BRASIL, 2021), rejeitada e arquivada pelo plenário da Câmara dos Deputados recentemente (RODRIGUES; BARCELLOS, 2021).

Situações como esta remetem à premissa de uma crise democrática, que redireciona à deteriorada confiança na capacidade das instituições políticas existentes, onde “alguns caçadores de votos, apresentando-se como outsiders intocados pela podridão e pela paralisia ‘que aí estão’, conseguem capitalizar a frustração do eleitorado e captar a simpatia de alguns de seus membros [...]” (BAUMAN, 2016).

Há uma certa “desilusão” ou “perda de confiança” nas instâncias políticas democraticamente eleitas (BARROSO, 2018, p. 45-46). E “[...] é crescente a preocupação com o ‘déficit democrático’ ou com a ‘perda de vitalidade da democracia’” (GAVENTA, 2004, p. 7).

Para além de um “déficit democrático”, Prestes (2019) afirma que o atual regime brasileiro a partir do que a autora define como “golpe jurídico parlamentar de 2016” (PRESTES, 2019, p. 108), trata-se de um dos regimes autoritários da História do Brasil republicano nos séculos

XX-XXI, antecedido pela ditadura militar (1964-1985) e Estado Novo (1937-1945).

O Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, eleito nas eleições presidenciais do Brasil em 2018, tem se mostrado desde então um grande porta voz de discursos para além de antidemocráticos, mas que atacam diretamente a democracia brasileira, com retórica de extrema-direita. Esse comportamento tem sido denominado no debate público nacional e internacional como uma *onda conservadora* (ALMEIDA, 2019, p. 85).

Diante disso, justificada a realização do presente estudo, a fim de verificar se no discurso do representante eleito, existem elementos de regimes políticos autoritários. Segue abaixo a transcrição do discurso para, posteriormente, serem apresentados os delineamos da pesquisa e as suas conclusões.

É muito bom estar entre amigos, pastor Firmino. Melhor ainda quando esses amigos tem Deus no coração, porque é sinal que passamos a ser irmãos. Em nome de Cristo a minha saudação a todos os senhores e às senhoras. Como disse agora, a responsabilidade é muito grande, mas nós vamos dividi-las com as pessoas de bem. Eu me lembro antes das eleições, compareci numa grande rede de televisão, e lá, em dado momento, aguçando a curiosidade de algumas pessoas, eles perguntavam o que que estava escrito nas minhas mãos e eu mostrei. As palavras em desuso por aquela emissora: Deus, família, Brasil. Meus oficiais gerais da ativa que aqui estão, ficamos “arrepiaado” com a entrada nesse recinto da nossa bandeira nacional. Meus amigos parlamentares, nós temos a obrigação, pelo poder que temos, juntos, de fazer um Brasil melhor pra todos e colocá-lo no lugar de destaque que ele merece. Obrigado por vocês, bem representantes de povo nas suas respectivas casas legislativas. Nós não podemos falar em um Brasil grande sem uma família forte. Há pouco, numa outra igreja evangélica, eu fiz um paralelo de algo que estava sendo votado no Supremo Tribunal Federal e, com todo o respeito ao Supremo Tribunal Federal, porque o assunto era tipificar homofobia como se racismo fosse e naquele templo, naquela igreja eu perguntei aos irmãos: será que não está na hora de termos um evangélico no Supremo Tribunal Federal? A reação foi a mesma. O Estado é laico,

mas eu, nós todos, somos cristãos. Respeitamos a maioria, respeitamos a minoria, mas o Brasil é um país cristão. Sou casado com uma evangélica, tenho uma filha de oito anos de idade, o meu grande sonho é deixar um Brasil melhor para ela. O meu sonho é fazer com que nossos filhos e filhas sejam melhor que nós, pais e mães. Há pouco nós víamos o que estava acontecendo no Brasil. Em dois mil e quatorze, sozinho obviamente, com Deus acima de tudo, eu perguntei a mim mesmo: o que eu posso fazer pra mudar o Brasil, se nada tinha naquele momento? E resolvi andar sozinho num primeiro momento, pelo Brasil. Vivi, senti qual é a sede do povo. Acreditem: em primeiro lugar, a verdade. E daí nós fomos no livro de João, oito trinta e dois, reconheceis a verdade e a verdade vos libertará. Fui questionado por grandes repórteres se eu queria ou não ganhar as eleições, porque eles duvidavam que sem mentira nós poderíamos chegar lá. Provamos o contrário, com um incidente no meio do caminho e desde aquele momento a nossa vida muda. Devo a Deus a minha vida. Devo a ele, pelas mãos de muitos de vocês, a posição que ora ocupo no cenário nacional, como chefe maior do Poder Executivo. Como temos nosso governador aqui, Barbalho. O nosso prefeito, Venaldo. Em Brasília, eu procuro fazer o melhor para todos, não tenho ambições, tenho responsabilidade. Reconheço as minhas deficiências, mas todos vocês sabem aqui, Deus capacita os escolhidos. Obrigado pelas orações, primeiro Deus e depois elas me salvaram. E se tudo isso aconteceu, testemunhas de políticos experientes, ninguém acreditava, porque tínhamos um partido pequeno, sem televisão, sem recursos, com grande parte da mídia contra a gente, mas o improvável para os cientistas políticos aconteceu. E hoje, me desculpem os que me antecederam, mas pela primeira vez na história do Brasil, nós temos um presidente da república que procura cumprir aquilo que prometeu por ocasião das eleições. Respeitamos os demais poderes, somos independentes e harmônicos entre si. Tive a oportunidade de escolher o melhor time de ministros possível, elogiados até pela oposição e eles estão lá para servir a todos, para atender a todos os políticos e buscar acima de tudo o bem maior, que é a nossa felicidade. Um deles, o juiz Sérgio Moro, que abriu mão de vinte e dois anos de

magistratura, para poder assumir o Ministério da Justiça. Acusações pairaram sobre ele por invasão criminosa do celular de um de seus companheiros. A imprensa queria uma palavra minha e acredito que gestos valem muito mais do que palavras. Tivemos a pouco o dia dos namorados. Não comprei presente pra senhora Michele, dei-lhe um beijo. Ela se apaixonou mais por mim ainda e eu por ela. Para o Sérgio Moro, que que eu fiz? Fui ao lado dele, na cerimônia da Batalha de Riachuelo, no distrito naval, lá de Brasília. E no dia seguinte, dia de ontem, fui com ele no estádio mané garrincha, assistir o jogo do flamengo. São gestos, dizem mais que palavras. Você olha nos olhos de outra pessoa e sente que aquela pessoa quer o bem e acredita em você, isso não tem preço. Meus irmãos, não é fácil a vida de qualquer político que visa o bem do próximo, imaginem a vida do Presidente da República. Mas eu estou em paz. Porque pessoas maravilhosas estão ao meu lado e me apoiam vinte e quatro horas por dia com palavras e com gestos. E aqui eu deixei pra falar por último, uma pessoa maravilhosa, o nosso pastor Samuel Câmara. (BOLSONARO, 2019).

Ante a transcrição do discurso e tendo em vista o conhecimento prévio sobre a temática, foram criadas três categorias e para cada uma delas três subcategorias:

TABELA 1. Categorias e Subcategorias

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS
1. Fascismo	1.1 Nacionalismo
	1.2 Uso da religião como forma de manipulação
	1.3 Obsessão com a segurança nacional
2. Nazismo	2.1 Preservação dos valores ideológicos tradicionais do país
	2.2 Deslegitimação das pautas das minorias
	2.3 Apego à uma noção única de família
3. Ditadura	3.1 Militarismo
	3.2 Censura
	3.3 Centralização do poder

As grandes categorias referem-se a sistemas de governo autoritários da Europa (Nazismo e Facismo) e do Brasil (Ditadura). De acordo com a definição da Enciclopédia Larousse Cultural o “Nazismo” trata-se de uma doutrina que exacerbou as tendências nacionalistas e racistas e que foi a ideologia política de Hitler na Alemanha (1933-1945) (LAROUSSE, 2021). O “Fascismo” é um regime de origem italiana, estabelecido na Itália de 1922 a 1945, instituído por Mussolini e baseado na ditadura unipartidária, exaltação nacionalista e corporativismo. Doutrina ou tendência para instalar um regime autoritário que lembra o fascismo italiano (LAROUSSE, 2021). A “Ditadura”, por sua vez, consiste um regime político em que o poder é detido por uma pessoa ou por um grupo de pessoas (junta) que o exerce sem controle, de forma autoritária; período durante o qual o poder de um ditador é exercido (LAROUSSE, 2021).

A primeira categoria, denominada “Fascismo” está relacionada ao sistema italiano de Mussolini que tinha como base um chefe carismático e o corporativismo. Com debilidade filosófica de sua ideologia, reflete uma noção hegeliana tardia do “Estado ético absoluto” (ECO, 2018). O regime fascista possui diversas características, que serão extensivamente explicadas com relação à justificação das subcategorias. O Ur-Fascimo é oriundo da frustração individual ou social.

Isso explica porque uma das características típicas dos fascismos históricos tem sido o apelo às classes médias frustradas, desvalorizadas por alguma crise econômica ou humilhação política, assustadas pela pressão dos grupos sociais subalternos. Em nosso tempo, os velhos “proletários” estão se transformando em pequena burguesia (e o limpesinato se autoexclui da cena política), o fascismo encontrará nessa nova maioria o seu auditório (ECO, 2018, p. 262).

O fascismo encontra-se “[...] associado essencialmente ao domínio do capital financeiro, o que não significa que exista um atrelamento automático de um regime fascista a todo sistema de dominação do capital financeiro” (PRESTES, 2019, p. 109). Cabe ao fascismo “assegurar no sentido político o êxito da ofensiva do capital, da exploração e do saque das massas populares pela minoria capitalista e garantir a unidade da dominação dessa minoria sobre a maioria popular”. (DIMITROV, 2001).

Pode-se dizer que o fascismo possui diversas características, sendo elas: o culto da tradição ou ao tradicionalismo, com uma dimensão religiosa que implica a recusa da modernidade, sendo também estas características do nazismo; a prática de uma ação sem qualquer reflexão, ou seja, a prática da ação pela ação; a não aceitação de críticas, pois enquanto a ciência percebe o desacordo como instrumento de avanço, para o fascismo o desacordo é a tradição; e, sendo a crítica um sinal de diversidade, o fascismo tem medo da diferença; baseia-se em um “populismo qualitativo”, ou seja, os indivíduos enquanto indivíduos não tem direitos e a expressão de “povo” é concebida como uma qualidade do ponto de vista qualitativo (as decisões da maioria são acatadas) como “a vontade comum”.

No fascismo ocorre a transferência da vontade de poder para as questões sexuais, a intolerância de hábitos sexuais não conformista, o machismo; cada um é educado para tornar-se um herói, o heroísmo é a regra; o elitismo é também um aspecto dessa ideologia, o desprezo pelos fracos, que têm necessidade e merecem um dominador (ECO, 2018); “para o Ur-Fascista, não há luta pela vida, mas antes ‘vida pela luta’. Logo, *o pacifismo é conluio com o inimigo*; o pacifismo é mau porque *a vida é uma guerra permanente.*” (ECO, 2018).

Os adeptos do fascismo devem sentir-milhados pela força ostensiva e pela força do inimigo, cabendo, a alguns, a privação de qualquer identidade social (ECO, 2018). Dessas características extraíram-se três subcategorias: Uso da religião como forma de manipulação; Deslegitimação das pautas das minorias; Apego à uma noção única de família.

A segunda categoria, nomeada “Nazismo” também está relacionada a um sistema de governo, sobretudo aquele ocorrido na Alemanha durante o holocausto. O nazismo é considerado uma doutrina alemã de extrema direita, com características particulares: “caracterizado pelo preconceito excessivo e pela ênfase à superioridade da raça ariana, fundado e liderado por Adolf Hitler (1889-1945); hitlerismo, nacional-socialismo.” (MICHAELIS, 2019).

Tendo em vista as características do regime nazista foram criadas as subcategorias seguintes: “Preservação dos valores ideológicos tradicionais do país”; “Deslegitimação das pautas das minorias”; e “Apego à uma noção única de família”. Nos governos nazistas tem-se o controle

sobre as pessoas, visando a preservação dos valores ideológicos tradicionais, tais como: a manutenção dos padrões de família tradicional com o repúdio ao diferente. Há também uma tentativa de se enfraquecer as pautas das minorias tais como: mulheres, negros, LGBTQIA+. Trata-se de um sistema caracterizado pelo preconceito excessivo, daí justificada a criação das categorias com base nas temáticas específicas.

A terceira categoria, denominada “Ditadura” pode ser definida como:

1 Governo autoritário, unipessoal ou colegiado, caracterizado pela tomada do poder político, com o apoio das Forças Armadas, em desrespeito às leis em vigor, com a consequente subordinação dos órgãos legislativos e judiciários, a suspensão das eleições e do estado de direito, com medidas controladoras da liberdade individual, repressão da livre expressão, censura da imprensa e ausência de regras transparentes em relação ao processo de sucessão governamental.

2 POR EXT Sistema de governo que, de forma geral, não respeita as liberdades individuais.

3 Governo ou autoridade do ditador; autoritarismo, tirania, despotismo.

4 Nos modernos governos representativos, o exercício temporário e anormal do poder político, impessoal ou colegiado, com atribuições prefixadas, destinado a sanar um mal público ou proteger suas instituições quando elas se encontram ameaçadas por um perigo externo ou interno. (MICHAELIS, 2019)

A fim de ilustrar essa categoria enquanto sistema de governo, cita-se como exemplo o Golpe Militar de 1964. A Ditadura Militar sob a ótica dos acontecimentos históricos brasileiros, foi processo histórico-social. O autoritarismo é situação característica da ditadura, que também tem como características principais a censura e a centralização do poder. O militarismo, por sua vez, pode ser ou não uma característica atrelada à ditadura, tendo este ocorrido na experiência brasileira de 1964. Diante disso, a partir da categoria ditadura, foram criadas as subcategorias de militarismo, censura e a centralização do poder, considerando as suas características.

Para a realização da análise metodológica adotada (análise de discurso), os elementos principais do discurso do Presidente Jair Bolsonaro foram divididos, de acordo com as frases de sua fala, culminando em 40 (*quarenta*) frases analisadas. Segue abaixo a alocação das frases em suas respectivas categorias e subcategorias:

TABELA 2. Categorização

CLASSIFICAÇÃO NAS CATEGORIAS E SUBCATEGORIAS	
1.2	É muito bom estar entre amigos, pastor Firmino.
1.2	Melhor ainda quando esses amigos tem Deus no coração, porque é sinal que passamos a ser irmãos.
1.2	Em nome de Cristo a minha saudação a todos os senhores e às senhoras.
1.3	Como disse agora, a responsabilidade é muito grande, mas nós vamos dividi-las com as pessoas de bem.
1.2	Eu me lembro antes das eleições, compareci numa grande rede de televisão, e lá, em dado momento, aguçando a curiosidade de algumas pessoas, eles perguntavam o que que estava escrito nas minhas mãos e eu mostrei.
1.1	As palavras em desuso por aquela emissora: Deus, família, Brasil
3.1	Meus oficiais gerais da ativa que aqui estão, ficamos “arrepiaado” com a entrada nesse recinto da nossa bandeira nacional.
3.3	Meus amigos parlamentares, nós temos a obrigação, pelo poder que temos, juntos, de fazer um Brasil melhor pra todos e colocá-lo no lugar de destaque que ele merece.
3.3	Obrigado por vocês, bem representantes de povo nas suas respectivas casas legislativas.
2.3	Nós não podemos falar em um Brasil grande sem uma família forte.
2.2	Há pouco, numa outra igreja evangélica, eu fiz um paralelo de algo que estava sendo votado no Supremo Tribunal Federal e, com todo o respeito ao Supremo Tribunal Federal, porque o assunto era tipificar homofobia como se racismo fosse e naquele templo, naquela igreja eu perguntei aos irmãos: será que não está na hora de termos um evangélico no Supremo Tribunal Federal? A reação foi a mesma
1.2	O Estado é laico, mas eu, nós todos, somos cristãos.
1.2	Respeitamos a maioria, respeitamos a minoria, mas o Brasil é um país cristão.
2.3	Sou casado com uma evangélica, tenho uma filha de oito anos de idade, o meu grande sonho é deixar um Brasil melhor para ela.

2.3	O meu sonho é fazer com que nossos filhos e filhas sejam melhor que nós, pais e mães.
3.2	Há pouco nós víamos o que estava acontecendo no Brasil.
1.2	Em dois mil e quatorze, sozinho obviamente, com Deus acima de tudo, eu perguntei a mim mesmo: o que eu posso fazer pra mudar o Brasil, se nada tinha naquele momento?
1.1	E resolvi andar sozinho num primeiro momento, pelo Brasil. Vivi, senti qual é a sede do povo.
1.3	Acreditem: em primeiro lugar, a verdade.
1.2	E daí nós fomos no livro de João, oito trinta e dois, reconhecéis a verdade e a verdade vos libertará.
1.3	Fui questionado por grandes repórteres se eu queria ou não ganhar as eleições, porque eles duvidavam que sem mentira nós poderíamos chegar lá.
1.3	Provamos o contrário, com um incidente no meio do caminho e desde aquele momento a nossa vida muda.
1.2	Devo a Deus a minha vida.
1.2	Devo a ele, pelas mãos de muitos de vocês, a posição que ora ocupo que ora ocupo no cenário nacional, como chefe maior do Poder Executivo.
3.3	Como temos nosso governador aqui, Barbalho, o nosso prefeito, Venaldo, em Brasília, eu procuro fazer o melhor para todos, não tenho ambições, tenho responsabilidade.
1.2	Reconheço as minhas deficiências, mas todos vocês sabem aqui, Deus capacita os escolhidos.
1.2	Obrigado pelas orações, primeiro Deus e depois elas me salvaram.
1.2	E se tudo isso aconteceu, testemunhas de políticos experientes, ninguém acreditava, porque tínhamos um partido pequeno, sem televisão, sem recursos, com grande parte da mídia contra a gente, mas o improvável para os cientistas políticos aconteceu.
2.1	E hoje, me desculpem os que me antecederam, mas pela primeira vez na história do Brasil, nós temos um presidente da república que procura cumprir aquilo que prometeu por ocasião das eleições.
1.1	Respeitamos os demais poderes, somos independentes e harmônicos entre si.
3.3	Tive a oportunidade de escolher o melhor time de ministros possível, elogiados até pela oposição e eles estão lá para servir a todos, para atender a todos os políticos e buscar acima de tudo o bem maior, que é a nossa felicidade.
3.3	Um deles, o juiz Sérgio Moro, que abriu mão de vinte e dois anos de magistratura, para poder assumir o Ministério da Justiça.

3.3	Acusações pairaram sobre ele por invasão criminosa do celular de um de seus companheiros. A imprensa queria uma palavra minha e acredito que gestos valem muito mais do que palavras
2.3	Tivemos a pouco o dia dos namorados. Não comprei presente pra senhora Michele, dei-lhe um beijo. Ela se apaixonou mais por mim ainda e eu por ela.
3.3	Para o Sérgio Moro, que que eu fiz? Fui ao lado dele, na cerimônia da Batalha de Riachuelo, no distrito naval, lá de Brasília. E no dia seguinte, dia de ontem, fui com ele no estádio mané garrincha, assistir o jogo do flamengo.
3.3	São gestos, dizem mais que palavras. Você olha nos olhos de outra pessoa e sente que aquela pessoa quer o bem e acredita em você, isso não tem preço.
2.1	Meus irmãos, não é fácil a vida de qualquer político que visa o bem do próximo, imaginem a vida do Presidente da República.
2.1	Mas eu estou em paz.
2.3	Porque pessoas maravilhosas estão ao meu lado e me apoiam vinte e quatro horas por dia com palavras e com gestos.
1.2	E aqui eu deixei pra falar por último, uma pessoa maravilhosa, o nosso pastor Samuel Câmara.

Das 40 (quarenta) frases analisadas, 21 (vinte e uma) foram categorizadas na categoria “Fascismo”; 9 (nove) na categoria “Nazismo”; e 10 (dez) na categoria Ditadura. Quanto às subcategorias, relacionadas à primeira categoria: nota-se que 3 (três) frases foram categorizadas em “Nacionalismo”; 14 (quatorze) em “uso da religião como forma de manipulação”; 4 (quatro) em “Obsessão com a segurança nacional”. Quanto às relacionadas à segunda categoria: 3 (três) em “Preservação dos valores ideológicos tradicionais do país”; 1 (uma) em “Deslegitimação das pautas das minorias”; e 5 (cinco) em “Apego à uma noção única de família”. Quanto às relacionadas à terceira categoria: 1 (uma) em “Militarismo”; 1 (uma) em “Censura”; e 8 (oito) em “Centralização do poder”. Para melhor ilustrar esses resultados da pesquisa, seguem abaixo as tabelas, a fim de demonstrar a porção de cada uma das categorias e subcategorias:

GRÁFICO 1. Resultado Categorias

CATEGORIAS

■ Fascismo ■ Nazismo ■ Ditadura

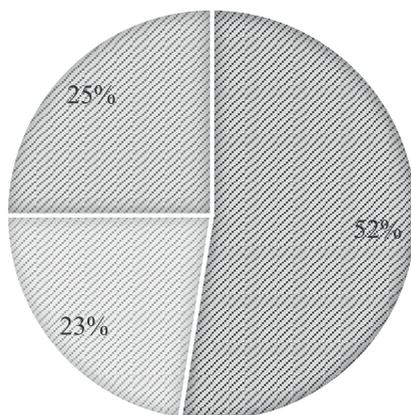
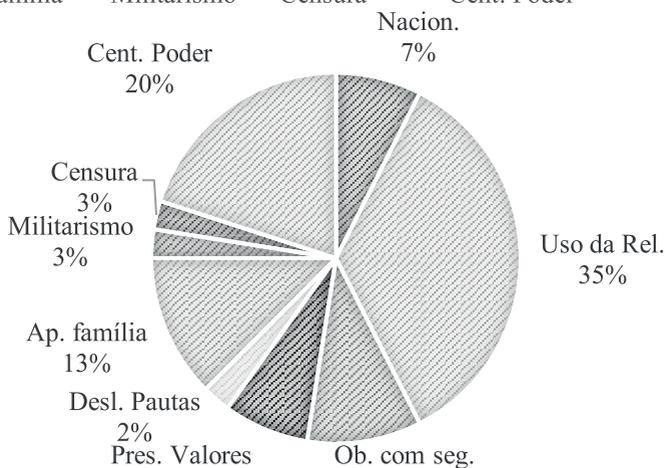


GRÁFICO 2. Resultados Subcategorias

SUBCATEGORIAS

■ Nacion. ■ Uso da Rel. ■ Ob. com seg. ■ Pres. Valores ■ Desl. Pautas
■ Ap. família ■ Militarismo ■ Censura ■ Cent. Poder



Com base na coleta e análise dos dados é possível verificar a existência de elementos de regimes autoritários no discurso do Presidente Jair Bolsonaro, sendo estes, em sua maioria relacionados ao fascismo dentro da grande categoria e orientados, principalmente por um viés religioso, de modo a não se separar a figura do Estado e da religião, conforme se verifica a maior proporção dentro da subcategoria de “Uso da religião como forma de manipulação”.

Diante dessas conclusões passa-se a realizar um cruzamento dos dados com os estudos de Levitsky e Ziblatt (2018) e Schwarcz (2019) sobre o tema do autoritarismo. Levitsky e Ziblatt (2018) apresentam os principais indicadores de comportamento autoritário: “1. Rejeição das regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas); 2. Negação da legitimidade dos oponentes políticos; 3. Tolerância ou encorajamento à violência; e 4. Propensão a restringir as liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia”.

Como características do primeiro indicador, os autores apontam a rejeição da Constituição ou sugerem a sua violação por meio de medidas antidemocráticas, endossando meios para mudança de governo, como “[...] golpes militares, insurreições violentas ou protestos de massa, destinados a forçar mudanças de governo [...]”. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 35-36) Com relação ao segundo indicador, apresenta-se a descrição de rivais partidários como criminosos, cuja suposta violação da lei desqualificaria sua participação plena na arena política ou que secretamente estejam trabalhando com alianças de um governo estrangeiro. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Quanto ao terceiro e quatro indicadores, destacam-se os laços com milícias, guerrilhas ou outras organizações envolvidas em violência ilícita, elogios ou recusa em condenar atos significativos de violência política no passado ou em outros lugares do mundo, apoio à leis que restrinjam liberdades civis ou críticas ao governo e certas organizações cívicas, bem como elogios à medidas repressivas tomadas por outros governos no passado ou no mundo. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Pelo que os autores chamaram de “os quatro principais indicadores de comportamento autoritário” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 35-36) é possível comprovar os resultados provenientes da análise de discurso

realizada com essa pesquisa: indícios quanto à existência de elementos autoritários no discurso do atual Presidente da República Jair Bolsonaro. Destaca-se, sobretudo, o terceiro e quarto pontos. A “obsessão com a segurança nacional” denota-se na urgência de combate a um inimigo e, com isso, os chamados “pânicos morais” são temáticas que necessitam de uma resposta urgente, uma resposta autoritária, que justifica determinadas atuações à aproximação de discursos de elementos autoritários.

Em paralelo com as teorias democráticas modernas, Levitsky e Ziblatt (2018) afirmam ser assim que democracias morrem agora. “A ditadura ostensiva – sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar – desapareceu em grande parte do mundo.³ Golpes militares e outras tomadas violentas do poder são raros.” Com relação aos elementos que se sobressaíram na análise de discurso realizada, ressalta-se, nesse mesmo sentido, o pensamento de Eco (2018, p. 341) ao alertar que “O Ur-fascismo pode voltar sob as vestes mais inocentes. Nosso dever é desmascará-lo e apontar o dedo para cada uma das suas formas – a cada dia, em cada lugar do mundo.”

Schwarcz (2019), por outro lado, buscando compreender a atual crise institucional e política, ao contrário de Eco (2018), considera que as tendências autoritárias do século XXI são diferentes, por exemplo, dos nazismos e fascismos presentes no século XX. Para a autora, somente é possível pensar e modificar o cenário atual quando se compreender as próprias raízes históricas do autoritarismo (SCHWARCZ, 2019).

Ao analisar o autoritarismo brasileiro Schwarcz (2019) elenca oito questões historicamente problemáticas no Brasil que não estão articuladas às demandas dos novos governos com tendências autoritárias, destacando o governo brasileiro, são elas: escravidão e racismo; mandonismo; patrimonialismo; corrupção; desigualdade social; violência; raça e gênero; e intolerância. Para a autora, Governos de tendências autoritárias costumam criar a sua própria história, sem considerar (ou desconsiderando) fatos e dados históricos.

Schwarcz (2019) apresenta e aposta como resposta à retomada do regime republicano a educação pública como resposta ao *déficit* democrático. Não obstante, essa proposição em um cenário que envolve políticas de austeridade, dentre as quais se destaca a “Emenda do Teto de Gastos

Públicos” (Emenda Constitucional 95/2016) que instituiu um novo regime fiscal e determinou “aplicações mínimas em [...] desenvolvimento do ensino” (BRASIL, 2016) no país nos próximos vinte anos, parece distanciar este ideal.

Provavelmente é mais apropriado o diálogo com Eco (2018) que possam ser identificadas tendências autoritárias e desmascarados os governos que possuam tais tendências revestidas do exercício da democracia. A negação das diferenças por parte de um governo com elementos fascistas fragiliza o Estado Democrático de Direito. O discurso da intolerância fragiliza Estado Democrático de Direito. Mas “[...] nenhum líder político isoladamente pode acabar com a democracia; nenhum líder sozinho pode resgatar uma democracia, tampouco. A democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 253).

O estudo de Ciocari e Persichetti (2018), apesar de promover uma abordagem sob outra perspectiva³ demonstra que já em seu discurso de candidatura em janeiro de 2017, em Belém (PA), Bolsonaro defendeu a intervenção militar e dentre outros pontos de seu discurso destaca-se a defesa ao porte de arma. “Aliado ao discurso defensor das armas, Jair Bolsonaro destaca-se por um discurso do ódio latente.” (CIOCCARI; PERSICHETTI, 2018, p. 206). A defesa do armamento da população recebeu apoio do cantor Gustavo Lima, por exemplo, endossando o discurso das armas. Os autores ainda destacam outros episódios em que as ações autoritárias do Presidente foram endossadas pela mídia em prol da espetacularização e sensacionalismo de Programas como Cidade Alerta (Rede Record) e Brasil Urgente (Rede Bandeirantes), como uma estratégia de dialogar amplamente com estereótipos e imaginários cotidianos (CIOCCARI; PERSICHETTI, 2018), o que cultivou inúmeros apoiadores.

Portanto, verifica-se no discurso objeto de análise há tendências autoritárias. Para além disso, este discurso se perpetua a partir do momento em que ele é endossado, especialmente por pessoas públicas. Tem-se, pois, a colaboração deste estudo como instrumento para a identificação de elementos autoritários.

3 O estudo aborda a espetacularização política por meio da mídia.

Os elementos que decorrem do discurso de Bolsonaro remetem a sistemas autoritários e mediante as teorias com as quais se realizou o cruzamento de dados, é possível concluir pela importância de identificação desses elementos, porque a negação não se apresenta como o mecanismo mais adequado para discussões e enfrentamento de questões como a que foi investigada na pesquisa.

CONCLUSÃO

O estudo teve como objeto a análise de um discurso político, especificamente do Presidente da República, proferido em um cenário religioso (igreja evangélica). Para a realização do trabalho também foram analisados elementos políticos e sociais atuais, relevantes para o desenvolvimento da pesquisa, que foi realizada metodologicamente tendo como baliza a teoria de análise de discurso. Delimitou-se o campo de inserção da pesquisa, criou-se categorias e subcategorias e a classificação das frases, conforme demonstrado nas Tabelas 1 e 2, bem como foi realizada a análise de cruzamento de dados com os elementos de sistemas de governo autoritários e estudos atuais sobre democracia, ou também chamada de crise da democracia.

Foi possível identificar que ao longo da história a democracia passou por diversas condições, favoráveis e desfavoráveis; por diversos lugares e momentos, sendo que em alguns deles ficou esquecida. Todavia, o atual governo democrático, ainda encontra muitos desafios. Buscou-se analisar se o discurso proferido pelo Presidente Jair Bolsonaro possuía elementos de sistemas autoritários, mediante a desconstrução do mesmo em frases e colocação em categorias específicas.

Dessa análise resultou a conclusão de que das 40 (quarenta) frases, 21 (vinte e uma) foram categorizadas na categoria “Fascismo”; 9 (nove) na categoria “Nazismo”; e 10 (dez) frases na categoria Ditadura. Quanto às subcategorias, relacionadas à primeira categoria: nota-se que 3 (três) frases foram categorizadas em “Nacionalismo”; 14 (quatorze) em “uso da religião como forma de manipulação”; 4 (quatro) em “Obsessão com a segurança nacional”. Quanto às relacionadas à segunda categoria: 3 (três) em “Preservação dos valores ideológicos tradicionais do país”; 1 (uma)

em “Deslegitimação das pautas das minorias”; e 5 (cinco) em “Apego à uma noção única de família”. Quanto às relacionadas à terceira categoria: 1 (uma) em “Militarismo”; 1 (uma) em “Censura”; e 8 (oito) em “Centralização do poder”. Para melhor ilustrar esses resultados da pesquisa. A proporção desses dados restou evidenciada nos Gráficos 1 e 2.

Conclui-se pela existência de elementos de regimes autoritários no discurso do Presidente Jair Bolsonaro, sendo estes, em sua maioria relacionados ao fascismo dentro da grande categoria e orientados, principalmente por um viés religioso, de modo a não se separar a figura do Estado e da religião, conforme se verifica a maior proporção dentro da subcategoria de “Uso da religião como forma de manipulação”.

Com base nas teorias de Levitsky e Ziblatt e Eco foi possível confirmar que o discurso do então presidente possui elementos autoritários, cuja identificação se faz imprescindível para proposição do debate e enfrentamento acerca do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, R. Bolsonaro Presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. **Novos estudos**. v. 38. n. 1. p. 185-213. CEBRAP: São Paulo. jan.– abr. 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/rTCrZ3gHfM5FjHmzd48MLYN/abstract/?stop=next&lang=pt&format=html>>. Acesso em 5 ago. 2021.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAUMAN, Z.; MAURO, E. **Babel**: Entre a incerteza e a esperança. Tradução Renato Aguiar. Zahar, 2017.

BOBBIO, N. **O futuro da Democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOLSONARO, J. M. **PRESIDENTE BOLSONARO - DEUS, FAMÍLIA, BRASIL!** Presidente Jair Bolsonaro faz discurso emocionante no evento em Comemoração dos 108 anos da Assembleia de Deus no Brasil. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5kRFIY-TKtfs>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 135, de 13 de setembro de 2019**. Acrescenta o § 12 ao art. 14, da Constituição Federal, dispondo que, na votação e apuração de eleições, plebiscitos e referendos, seja obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220292>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº 95, de 15 de dezembro de 2016. **Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 16 jul. 2021.

CIOCCARI, D.; PERSICETTI, S. Armas, ódio, medo e espetáculo em Jair Bolsonaro. **Revista Alterjor**. v. 18. n. 2, p. 201-214. 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/alterjor/article/view/144688>>. Acesso em 16 jun. 2021.

DAHL, R. A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DEMOCRACIA. In: **Larousse Dictionnaire.** Larousse: França, 2021. Disponível em: <<https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/d%-C3%A9mocratie/41420>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

DIMITROV, J. **La ofensiva del fascismo y las tareas de la Internacional en la lucha por la unidad de la clase obrera contra el fascismo.** Obras Completas, Editorial del PCB, 1954. Marxists Internet Archive: 2001. Disponível em: <<https://www.marxists.org/espanol/dimitrov/1935.htm>>. Acesso em 15 nov. 2021.

DITADURA. In: **Dicionário brasileiro da língua portuguesa.** Brasil, 2019. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ditadura/>. Acesso em: 19 jun. 2019.

DWORKIN, R. **Liberalismo, Constitución y Democracia.** Buenos Aires: La isla de la Luna, 2003.

ECO, H. **O fascismo eterno.** Tradução de Eliana Aguiar. Editora Record: Rio de Janeiro e São Paulo, 2018.

FASCISMO. In: **Larousse Dictionnaire.** Larousse: França, 2021. Disponível em: <<https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/fascisme/51294>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

GAVENTA, J. Prefácio. In: COELHO, V. S.; NOBRE, M. (Orgs.). **Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

LEVITSKI, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MAINWARING, S. et al. Classificando regimes políticos na América Latina, 1945-1999. **Dados**, v. 44, n. 4. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/dados/a/y74Qn63SLFh4FGkfsvZytHg/?lang=pt>>. Acesso em 15 nov. 2021.

MORAIS, J. A.; MILANEZI, F. S. Democracia convivendo com o apoio a regimes autoritários: a cultura política dos jovens porto-alegrenses. **Conexão Política**, Teresina v. 9, n. 2, 41 – 58, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/223947/001128578.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

NAVARRO, P.; DÍAZ, C. Análisis de contenido. In: DELGADO, J.M.; GUTIÉRREZ, J. (Coords.) **Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales**. Madrid: Síntesis, 1999.

NAZISMO. In: **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Brasil, 2019. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=4bm4x>. Acesso em: 19 jun. 2019.

NAZISMO. In: **Larousse Dictionnaire**. Larousse: França, 2021. Disponível em: <<https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/national-socialisme/72723>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

NÓBREGA JR., J. M. P. A semidemocracia brasileira: autoritarismo ou democracia? Dossiê Democracia, Poderes e Segurança. **Sociologias** (23). Abr. 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/soc/a/brDR-C67xkCffZzPmqTCQzjG/?lang=pt>>. Acesso em 14 nov. 2021.

NUNES, L. A. **A Lei, O Poder e os Regimes Democráticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ORLANDI, E. P. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 5. ed. Campinas-SP: Pontes, 2003.

PRESTES, A. L. Três regimes autoritários na história do Brasil republicano: o estado novo (1937-1945), a ditadura militar (1964-1985) e o regime atual (a partir do golpe de 2016). **Rev. Hist. Comp.**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 108-129, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/ales/Downloads/27537-68995-1-SM.pdf>. Acesso em 15 nov. 2021.

RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RODRIGUES, L.; BARCELLOS, R. **PEC do voto impresso é rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados**. CNN: Brasília/São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pec-do-voto-impresso-e-rejeitada-em-1-turno-na-camara/>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SADER, E. Para outras democracias. In: Santos, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. (Org.). Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002, p. 649-675.

SALGADO, E. D. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: Clémerson Merlin Cléve. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

SANTOS, B. S. Orçamento Participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. (Org.). Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002, p. 455-640.

SCHWARCZ, L. M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Companhia das letras, 2019.

A ANÁLISE DE DISCURSO COMO INSTRUMENTO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA¹

DISCOURSE ANALYSIS AS A TOOL
FOR CRITICAL CRIMINOLOGY

*Arthur Telles Borghi*²

Data de Submissão: 22/08/2021

Data de Aceite: 10/11/2021

Resumo: O presente trabalho se destina a explorar a pertinência da utilização do método da análise de discurso ao desenvolvimento de pesquisas criminológicas adequadas ao paradigma radical. Objetiva, assim, oferecer um contato introdutório a essa metodologia e relacionar sua aplicação com a crítica criminal. Para tanto, após um panorama inicial sobre a análise de discurso e uma contextualização introdutória sobre algumas das principais premissas da criminologia crítica, com especial enfoque quanto à questão da reação social a essa perspectiva, delineiam-se potenciais intersecções entre ambos os campos, revelando-se, com isso, sua compatibilidade. Busca-se, então, ressaltar exemplos bem-sucedidos de sua utilização na abordagem crítica ao fenômeno criminal, concluindo-se, a partir disso, ser a análise de discurso ferramental de grande pertinência às premissas e aos objetivos das investigações criminológicas radicais. Sugere-se, finalmente, que sua utilização enquanto método empírico de aproximação à questão criminal seja estendida, amplificando sua intrínsecas potencialidades.

Palavras-chave: Análise de discurso; criminologia crítica; metodologia jurídica.

1 Artigo derivado da pesquisa de Iniciação Científica **Mídia e inversão punitiva: a criminalização da cifra dourada e os discursos midiáticos sobre corrupção**, executada no Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP sob orientação da Prof.^a Helena Lobo da Costa.

2 Estudante de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador em Iniciação Científica na mesma instituição.

Abstract: This paper explores the pertinence of using the discourse analysis method to the development of criminological research adept to the radical paradigm. It aims, thus, to offer an introductory contact to this methodology and to relate its application to criminal critic. For this purpose, after an initial panorama on this method and an introductory contextualization on some of the main premises of critical criminology, with special focus on the question of the social reaction for this perspective, potential intersections between both fields are outlined, revealing their compatibility. Successful examples of its use in the critical approach to the criminal phenomenon are then highlighted, concluding that discourse analysis is a tool of great adequacy to the premises and to the objectives of the investigations in radical criminology. It is finally suggested that its use as an empirical method of approach to the criminal question should be extended, amplifying its intrinsic potentialities.

Keywords: Discourse analysis; critical criminology; legal methodology.

1. INTRODUÇÃO

Sendo uma premissa fundamental ao sucesso de produções acadêmicas a adequação entre seu objeto de estudo, a finalidade de sua investigação e os métodos empregados para tanto, é saliente a importância de que gozam discussões em metodologia. De mesma forma, evidencia-se, frente ao encarceramento em massa e a expansão do sistema penal, ambos sem precedentes, que as discussões em matéria criminal compõem pauta de última importância.

Percebe-se, ademais, que em sede de uma sociedade estritamente comunicacional e globalizada, o estudo dos discursos atinentes à criminologia seja nada menos que central. Afinal, para além de existir uma enorme variedade de discursos contemporaneamente, denota-se que esses concorram entre si pela primazia do ideário popular. A esse respeito, propõe Zaffaroni a existência de três principais discursos em voga na atualidade: a palavra dos acadêmicos, a dos meios de comunicação e a dos mortos. Denota o autor que, tanto quanto os mortos se achem emudecidos e os discursos especializados da academia enfrentem enorme resistência, gozando de pouca penetração social, verifica-se a primazia da chamada criminologia midiática. Essa, produzida e reproduzida pelos meios de comunicação em massa, “apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseada em uma etiologia criminal simplista, assentada na causalidade mágica”, que canaliza as tensões sociais em torno da criação de bodes expiatórios da sociedade. Inevitavelmente, assim, conduz-se à conclusão de que essa visão da criminalidade, construída pelos meios de comunicação de massa, seja eficiente em colonizar o senso comum e o ideário dos cidadãos cotidianos (ZAFFARONI, 2013, p. 194).

Nesse cenário, a análise de discurso, objeto deste artigo, figura como metodologia de especial importância, justamente por propor-se a identificar as influências da ideologia e da historicidade na constituição dos discursos, como se buscará delinear. O presente trabalho procura, pois, relacionar tal metodologia, bem como seu arcabouço teórico, a pesquisas e premissas da criminologia crítica, procurando oferecer um contato inicial com esse ferramental, ao passo em que se analisa suas compatibilidades com a perspectiva radical da atividade criminológica.

2. A ANÁLISE DE DISCURSO

2.1. Premissas teóricas

A análise de discurso, alicerçada nos campos da linguística, do materialismo e da psicanálise, procura se debruçar sobre os processos e condições de produção da linguagem e da constituição dos discursos. Para tanto, conforme denota Orlandi, propõe-se compreendê-los não como claros e unívocos, a partir de uma única possibilidade de sua conformação, mas antes os encarando como dotados de distintiva espessura histórico-social, que é o *locus*, por excelência, de manifestação da ideologia (ORLANDI, 2005). Dessa forma, antes de se tratar de objetos transparentes, com significados e sentidos únicos e evidentes, compreende-se os discursos como opacos, ideologicamente determinados e constituídos por processos que denotam a historicidade de seu sentido e suas propriedades discursivas, que efetivamente o relacionam com sua exterioridade. Nas palavras da autora, “tudo que dizemos tem, pois, um traço ideológico em relação a outros traços ideológicos”, estando esse fenômeno impregnado não em uma pretensa essência das palavras, mas na maneira como a ideologia se manifesta no discurso (*ibidem*, p. 43).

O ferramental da análise de discurso, nesse sentido, trabalha sobretudo com duas dimensões de sua constituição, estruturantes dos próprios sentidos nele contidos: uma na ordem da enunciação e outra na ordem da origem do sentido. O primeiro esquecimento diz respeito à concepção de que a enunciação foi realizada da única forma possível, enquanto o segundo, à ilusão de que o discurso seria a origem de seu próprio sentido (*ibidem*). De maneira diversa, a análise de discurso trabalha com a ideia de multiplicidade de construções possíveis, bem como com a noção de que os discursos, ao invés de fundarem os sentidos que consubstanciam, na verdade os retomam de outros anteriormente proferidos, de forma diacrônica. Em virtude da atuação da história e da ideologia, porém, a análise de discurso desvela que os indivíduos não percebem a multiplicidade de possibilidades da conformação dos sentidos, ao invés disso os concebendo como evidentes, espontâneos, unívocos, óbvios. E, de mesma forma, os sujeitos não se enxergam como suscetíveis de influência pela ideologia, sendo incapazes de representar

uma dimensão de significação que excede a mera superfície linguística dos discursos que produzem (*ibidem*).

2.2. O método da análise de discurso

Partindo-se dessas premissas, então, a metodologia da análise de discurso busca explicitar a opacidade da linguagem, a não univocidade de seus sentidos e a atuação da história e da ideologia como condicionantes do inconsciente e dos discursos que se materializam pela atuação dos sujeitos, imersos em seus contextos sociais e históricos (*ibidem*).

Para tanto, o procedimento de exame aplicado consiste em uma delimitação inicial de seu objeto de análise, para posteriormente se passar de sua superfície linguística ao nível discursivo. Com isso, passa-se a encarar o *corpus* de análise para além de sua textualidade, enquanto objeto discursivo que é. Depois, começa-se a relacionar esse objeto com os processos discursivos que o determinam e o constituem, ao nível da formação discursiva. Nesse momento, procura-se denotar os gestos de linguagem compreendidos pelo discurso, suas filiações de sentidos e suas relações com a exterioridade discursiva. Opera-se, para tanto, sobretudo a partir de mecanismos de paráfrase e sinonímia, bem como a partir de procedimentos de explicitação dos silêncios, seus significados e de seu próprio modo de concepção (*ibidem*).

O escrutínio sobre esse objeto permite, ulteriormente, acessar-se o próprio discurso enquanto filiação de sentido à sua exterioridade. Possibilita-se, pois, evidenciar as condições de sua constituição e atuação da própria ideologia, eminentemente estruturantes da maneira na qual os discursos se concretizam. Para além da superfície linguística, portanto, almeja-se alcançar os próprios processos constitutivos de sua discursividade. Dessa forma, visa-se a evidenciar *como* os discursos significam e, a partir disso, as determinações de sua particular materialização, explicitando os sentidos que imprimem e sua influência sobre as subjetividades dos indivíduos por eles alcançados (*ibidem*).

Nesse tocante, cumpre evidenciar a distinção entre a análise de discurso e a análise de conteúdo. A análise de conteúdo busca elucidar os *significados* dos discursos, por meio de análises tanto categoriais de suas in-

formações quanto estruturais da construção linguística que apresentam, além de exames estatísticos acerca dos elementos que a constituem, encarando-os como *produtos* discursivos (CAPPELLE *et al.*, 2003). Diferentemente, a análise de discurso procura enxergar os discursos como *processos* constitutivos dos sujeitos e dos sentidos, debruçando-se sobre sua materialidade discursiva para evidenciar a *maneira* de constituição de seus significados, relacionando-os à ideologia e às condições histórico-sociais que os circundam. Em última instância, portanto, trata-se a análise de discurso de uma metodologia muito mais empenhada em externalizar as relações entre o discurso, a ideologia e o inconsciente que o permeiam – isto é, a articulação entre a linguagem e a ideologia –, do que a busca por seus significados propriamente ditos:

não atravessamos o texto para extrair, atrás dele, um conteúdo. Paramos em sua materialidade discursiva para compreender como os sentidos – e os sujeitos – nele se constituem e a seus interlocutores, como efeitos de sentidos filiados a redes de significação. É a isso que referimos quando dizemos que na análise linguística e na análise de conteúdo se trabalha com produtos e na análise de discurso com só processos de constituição (dos sujeitos e dos sentidos) (ORLANDI, 2005, p. 91).

3. A QUESTÃO CRIMINAL SOB O PARADIGMA RADICAL

3.1. A perspectiva crítica da criminologia

Ainda que o objetivo do presente trabalho não seja de oferecer uma análise exaustiva e sistemática dos paradigmas e preceitos da criminologia radical, mas antes proporcionar um panorama sobre o método da análise de discurso e sua adequação à crítica do sistema penal, pretende-se delinear algumas de suas premissas basilares à sua devida compreensão. Cumpre desde logo assinalar a compreensão basilar da vertente crítica da criminologia de ser o sistema criminal poderoso instrumento de controle social, subordinando os corpos e os indivíduos à pujança da violência do

Estado em nome dos interesses capitalistas que o inspiram. Tem-se, pois, no direito penal importante e vigoroso ferramental de perpetuação da ordem consolidada, dos anseios burgueses e da funcionalidade do sistema que a eles beneficia (BARATTA, 2002).

Conforme denotaram Rusche e Kirchheimer, existe íntima correlação entre as formas de punição, seus modelos punitivos e os sistemas de produção, que os determinam. Na introdução de sua obra, “Punição e estrutura social”, denotam os autores a obviedade da “simples constatação de que as formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20). Nessa toada, evidencia-se uma aproximação dos preceitos histórico-materialistas à compreensão do direito penal e de sua função social de controle de massas e manutenção do *status quo* capitalista. A criminologia crítica, assim, apropriando-se dos moldes propostos pelo marxismo, busca relacionar a questão criminal aos preceitos de economia política que a condicionam.

Juarez Cirino dos Santos (2021, p. 406), nessa linha, concebe como, para além do sistema punitivo ser historicamente condicionado pela infraestrutura produtiva, também funciona enquanto “instrumento político de constrangimento dos trabalhadores para aceitarem a superexploração da força de trabalho e a espoliação de salários”. Por meio do direito penal implica-se aos indivíduos a decisão entre a violência econômica advinda de sua exploração produtiva – só aprofundada pelo pós-fordismo no capitalismo dependente – ou a violência punitiva, cominando inflição de dor e sofrimento. Ora, assim, mais do que tudo, funciona o sistema criminal como poderoso instrumento de sujeição da classe proletária à sua espoliação produtiva e de suas tendências revolucionárias, conservando-se o sistema constituído (*ibidem*).

Dessa sorte, resta cristalino como a criminologia crítica conceba, como elementarmente abrangidos por seu recorte epistemológico, as estruturas produtivas e as instituições de controle social, em função da economia política das estruturas punitivas e das formas de controle social (SANTOS, 2018). A esse respeito, Vera Malaguti (2018, p. 89) ressalta que o enfoque macrosociológico da criminologia crítica definitivamente supera as perspectivas etiológicas da criminalidade, ao passo que “histo-

riciza a realidade comportamental e ilumina as relações com a estrutura política, econômica e social”, associando o crime aos processos de criminalização que constituem a qualidade de criminoso, como se procurará melhor delinear no tópico seguinte.

Cumprido ressaltar, finalmente, ser a criminologia radical comprometida com a adoção da perspectiva das classes subalternizadas, garantindo-se uma práxis teórica e política (BARATTA, 2002), o que, com efeito, não se logra verificar nas teorias criminológicas liberais. O paradigma radical está, pois, inexoravelmente preocupado com explicitar as contradições do capitalismo em sede do direito penal e empenhado com a transformação estrutural da sociedade e do sistema criminal a partir da superação do capitalismo e das formas de exploração da classe proletária (SANTOS, 2018). Vislumbra-se, como seu fim, “transcender o mero humanitarismo para tornar-se uma atividade social verdadeiramente construtiva” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

3.2. O estudo da reação social na criminologia crítica

Em virtude da especial afetação da questão da atribuição social de status de criminoso sob a perspectiva radical ao objeto do presente estudo, buscar-se-á restringir o presente tópico a essa matéria. O exame da reação social e da atribuição da condição de criminoso em paradigma crítico parte da noção de que “a criminalidade não é uma realidade que existe na natureza, mas uma construção social que depende dos ‘juízos adscritivos’ que produzem a qualidade de criminoso na pessoa a quem se aplicam” (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 110).

Para tanto, as contribuições do *labeling approach*, sobretudo quanto à introdução do estudo criminológico sobre os processos de criminalização, foram fundamentais à definitiva desconstituição da criminalidade enquanto fenômeno ontológico, mas antes socialmente determinado em virtude desses processos. Ainda assim, a teoria do etiquetamento se mostrou permeada por limitações, em particular a respeito da não vinculação desses processos à dimensão sociopolítica a eles subjacentes, revelando-se insuficiente em explicar as causas de não ser o etiqueta-

mento de determinados indivíduos fenômeno igualitário, ocorrendo em detrimento de outros (*ibidem*). Esse aspecto, no entanto, é devidamente superado pelas explicações propostas pela criminologia crítica, inspiradas nas determinações de ordem material das estruturas de desigualdades latentes na sociedade (*ibidem*). Dessa sorte, apesar de originalmente introduzido por uma tendência não radical da criminologia, e que, portanto, não se valia dos preceitos de economia política do sistema criminal em perspectiva histórico-materialista, o exame da reação social foi devidamente adotado pelo paradigma crítico como também objeto de sua análise.

A esse respeito, denota-se que, tanto quanto Jock Young postule ser a reação social à criminalidade componente estrutural do conceito de criminalidade (YOUNG, 1987), defende Baratta (2002, p. 113), outro partidário da perspectiva crítica, a pertinência do reconhecimento da reação social como objeto da criminologia radical:

o desenvolvimento de uma teoria da criminalidade baseada nos conceitos de conflito social, como se encontra na passagem das teorias do conflito “liberais” da criminalidade para uma teoria materialista que leva em conta o marxismo, parece estar funcionalmente ligado a uma perspectiva teórica que reconhece, em medida adequada, a importância do estudo da reação social, como elemento indispensável de uma criminologia crítica.

Portanto, a partir da adoção do estudo da reação social e da atribuição do caráter de delinquente pelo paradigma radical, passa-se a analisá-las a partir das condições materiais de produção e de divisão de bens e privilégios em sede do capitalismo. Assim, não mais encarado como ontológico, mas um constructo social historicamente condicionado pela estrutura produtiva sobre a qual se erige, o crime passa a ser criticamente considerado enquanto vinculado às determinações materiais de produção e de divisão de bens e privilégios.

4. UMA METODOLOGIA A SERVIÇO DA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

Essa constatação é de especial importância no âmbito do presente trabalho ao denotar não só a filiação materialista do estudo da reação social pela criminologia radical, enquadrando-se a atribuição do status de desviante de forma histórica e ideologicamente condicionada, tal como o faz a análise de discurso, mas por explicitar ser o fenômeno de criminalização constituído e determinado por meio de processos sociais, dinâmicos por natureza, da qual os discursos em sede do direito penal não são apenas indiciários, e sim também constitutivos das respostas sociais elencadas aos indivíduos e aos comportamentos desigualmente eleitos como delitivos.

Nota-se, pois, já na filiação comum de ambas as áreas do conhecimento a um mesmo paradigma, o histórico-materialista, a simetria entre a perspectiva radical da criminologia e o método da análise de discurso. Ora, impossível de se compreender o fenômeno criminal, sob a ótica da criminologia crítica, sem ser como fundamentalmente associado e condicionado pela distribuição desigual de bens e privilégios em uma sociedade cindida pela tensão de classes, como denotado por Rusche e Kirchheimer. É, aliás, justamente tal inscrição que fez da criminologia crítica capaz de transcender as limitações das tendências anteriores, caracterizadas por uma perspectiva etiológica e carente de uma sólida vinculação da realidade criminal e do cárcere como instrumento ideológico de controle social, tanto do proletariado quanto das tensões revolucionárias emergidas das contradições em sede do capitalismo (ANIYAR DE CASTRO, 1983).

A esse respeito, suscitam-se os resultados de pesquisa obtidos na pesquisa de Graziela Jurça Fanti, intitulada “Quando a luta vira crime: o papel do Judiciário e da Mídia na criminalização do MST”. Em particular quanto à análise da autora sobre o papel do Judiciário, depreende-se sua intensiva atuação na criação de estereótipos de criminalidade e violência associados aos militantes do MST, fazendo equivaler a participação no movimento, isolada, como delito. Associada à contribuição midiática de propagação desse estereótipo, desvela a autora como a criminalização

do movimento é projeto comprometido com os interesses das elites e classes dominantes, visando-se à perpetuidade da estrutura fundiária e da ordem social instituídas como são (FANTI, 2020).

Dessa forma, tanto como o paradigma radical busca explicitar as condições e causas da criminalização de comportamentos ou indivíduos específicos em detrimentos de outros, bem como a intensidade da percepção social conferida a eles, encontrando-as na conformação estruturalmente produtiva da sociedade, a análise de discurso encara seu objeto como materialmente determinado e produto da atuação da ideologia sobre os indivíduos e seus significados. De mesma sorte, tanto quanto a criminologia crítica encara seu objeto não enquanto ontológico ou natural, pautado em noções etiológicas do crime, mas antes produto de *processos* de criminalização em constante desenvolvimento, a análise de discurso não concebe seu objeto, os discursos, enquanto evidentes, mas socialmente constituídos por processos de esquecimento promovidos pela ideologia. A influência da ideologia em ambas as áreas do conhecimento, pois, resta evidente como outros ponto de intersecção.

Mais além, tal qual o estudo da criminalidade exige, em perspectiva crítica, transcender-se a superfície das relações sociais, atingindo-se seu funcionamento materialmente determinado a partir das condições ideológicas e materiais que influenciam a questão criminal (BARATTA, 2002), também o ferramental proposto pela análise de discurso implica superar-se a superfície discursiva, atingindo-se os processos de constituição de seus sentidos, ideológica e historicamente condicionados (ORLANDI, 2005).

Cumpra aqui pontuar, outra vez a título elucidativo, a aplicação dessa metodologia na tese “Ficção e realidade: as tramas discursivas dos programas de TV”, de Rosane Borges, em que se executa pormenorizada análise do programa policiaisco “Linha Direta” da Rede Globo, em que se confundiam os gêneros de documentário e dramatização. Por meio do exame, concluiu a autora, dentre outras coisas, pela importância que a própria sobreposição de imagens, para além da superfície discursiva que eles poderiam representar, tinha na construção dos sentidos latentes da sociedade, servindo como “ponto ordenador responsável pela superação

da criminalidade e da ordem, extirpando, de uma vez por todas, criminosos e desordeiros” (BORGES, 2008, p. 279-280).

Aliás, Young (1987, p. 337), abordando metodologicamente a criminologia crítica, defende o imperativo de fidelidade ao fenômeno que se estuda, para tanto devendo se buscar “pormenorizar o fenômeno, mostrar suas relações ocultas e identificar as dinâmicas que jazem por trás da obviedade de um determinado incidente criminoso concernente a um contexto particular”³, da mesma forma como se propõe a realizar a análise de discurso. Nesse tocante, Sônia Ferreira, em sua tese “A Mídia e o MST: heróis e vilões na trama do discurso jornalístico” promove aprofundado exame da criminalização midiática da luta e das demandas do Movimento Sem Terra pelos jornais “Zero Hora” e “Folha de São Paulo” em três diferentes anos, referentes a Congressos do movimento (1995, 2000 e 2007). Das notícias analisadas, verificou a autora não só a ausência de discussões e comentários sobre as propostas do MST, mas também a promoção de discursos de hostilidade e violência, erodindo a visão pública do movimento social. Face a uma visão essencialmente homogênea da questão propelida pelos meios de comunicação de massa, pôde ela finalmente relacionar a mídia como

importante instrumento de manutenção do consenso em torno de interesses políticos e econômicos que, na realidade, configuram o processo de construção das notícias, cujas mensagens transmitidas formam a opinião pública sobre os acontecimentos (FERREIRA, 2014, p. 165).

Evidencia-se, não somente, a intrínseca potencialidade dos discursos, sobretudo em uma sociedade comunicacional por excelência e de hegemonia dos meios de comunicação de massas (ZAFFARONI, 2013), em influenciar a percepção social dos indivíduos acerca de determinadas condutas. Na matéria, é de relevo a contribuição que os discursos sobre corrupção, seus fatores e efeitos, tenha sido central à recente mudança social da percepção social dessa criminalidade no país, desaguando em

3 Tradução livre de “rather, it attempts to unpack the phenomenon, display its hidden relationships and pinpoint the dynamics which lie behind the apparent obviousness of a single criminal incident at a particular moment of time”.

verdadeiras cruzadas morais e expiatórias do problema, socorrendo-se das respostas punitivistas e erosivas das garantias penais mínimas. Essa temática é, inclusive, objeto de pesquisa do autor deste trabalho, em que se busca evidenciar, por meio da análise de discurso, a contribuição da dita criminologia midiática ao referido processo, associando-o aos imperativos de ordem materialista que pretendem explicitar as causas da criminalização de condutas antissociais das classes mais altas, relacionando-se eminentemente ao simbolismo que as permeiam.

Tal noção a respeito da íntima influência dos discursos comunicacionais e a percepção social de condutas, já proposta por Becker na teoria dos empresários morais, explica, desde que realizadas as devidas adequações ao paradigma radical que inspira o presente trabalho, o funcionamento da cominação de respostas mais severas e de instrumentalizações diferenciadas do aparato punitivo a certas condutas em detrimento de outras. Sendo os bens e privilégios em égide do capitalismo desigualmente distribuídos, faz-se, de mesma sorte, que os indivíduos, em função disso, sejam mais ou menos influentes nos processos de definição da criminalidade e do status de criminoso a ser imputado aos indivíduos (ANIYAR DE CASTRO, 1983). Nesse âmbito, com efeito, pode a análise de discurso, por meio de sua metodologia, identificar e explicitar as desiguais dinâmicas de criminalização que, não menos, constituem o próprio objeto da criminologia, como proposto pelo paradigma radical.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude de sua pertinência tanto às premissas da criminologia crítica, quanto a seus objetivos de explicitar as contradições do sistema criminal e suas determinações de ordem materialista, a análise de discurso se mostra como recurso em muito adequado a pesquisas criminológicas de ordem radical. Porém, ante a sua tímida utilização, verifica-se a subutilização desse potencial, que, com efeito, deveria ser mais explorado quando da aproximação da questão criminal. Sobretudo porque a análise de discurso, mediante sua abordagem empiricamente qualitativa, fomenta a potência da crítica e da exploração dos discursos atinentes ao

universo criminológico que busca realizar, elementos esses centrais ao sistema penal em uma sociedade em que o campo de batalhas em matéria criminal seja o comunicacional.

Resta patente, assim, ser a análise de discurso instrumental de grande adequação às investigações filiadas à criminologia radical. Afinal, os discursos sobre crime e criminalidade, para além de consubstanciarem elementos histórico-ideológicos – cuja análise permite a apreensão de forças e tendências em sede do direito penal, inclusive antevendo suas mudanças e alterações –, são eficientes em conduzir percepções e respostas diferenciais em virtude de seus significados, imprimindo sentidos sobre a subjetividade dos indivíduos e a compreensão das formas desiguais de movimentação das instâncias de controle em função da distribuição não igualitária de bens e privilégios, para tanto servindo a opinião pública aos papéis centrais de definição do que é crime e de manutenção da ordem social (YOUNG, 1987), sendo, inclusive sua deflagração tarefa própria da criminologia crítica.

Ora, sendo o campo de batalha em matéria criminal, como ilustra Zaffaroni, essencialmente comunicacional (*ibidem*), é de fundamental análise a forma de constituição desses discursos e as influências por eles exercidas sobre a subjetividade dos indivíduos. Ora, somente a partir disso permitir-se-á que saíamos de nossos “guetos acadêmicos”, prestando um serviço com a sociedade que não se restrinja a ser “muito pobre” (*ibidem*, p. 7), identificando os desígnios do sistema penal a fim de uma devida aproximação a ele e às tendências que vão se delineando pelos discursos que as consubstanciam, bem como permitindo-se acessar o senso comum e poder com ele dialogar na desconstituição de discursos fáceis na aparência e promissores em suas funções manifestas, mas essencialmente falhos, punitivistas e autoritários em sua essência.

De toda sorte, cumpre salientar a importância da compreensão da questão criminal como produto da estrutura social historicamente condicionada e de se interpretar os processos de criminalização e construção de sentidos como, além de inexoravelmente associados entre si, também interconectados à historicidade do contexto de sua criação, campo de atuação da ideologia na subjetividade e nos próprios sentidos dos discursos. Acredita-se que somente assim se poderá ser fiel ao arcabouço teórico e

metodológico que a criminologia radical e a análise de discurso inspiram, superando-se as teorias de médio alcance sobre a questão criminal, que, para além de não terem como paradigma a crítica criminológica, não concentram seus esforços à desconstituição de um sistema voltado ao controle social e a opressão do proletariado em nome da perpetuação de uma ordem excludente e desigual por natureza, como diversamente é o compromisso central da criminologia radical.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANIYAR DE CASTRO, L.. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- BARATTA, A.. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BORGES, R. S.. **Ficção e realidade**: as tramas discursivas dos programas de TV. Tese (Doutorado). Orientação: Prof. Dra. Jeanne Marie Machado de Freitas. Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo. 2008.
- CAPPELLE, M. C. A.; MELO, M. C. O. L.; GONÇALVES, C. A.. **Análise de conteúdo e análise de discurso nas ciências sociais**. Organizações Rurais & Agroindustriais, v. 5, n. 1, art. 6, 2003.
- FANTI, G. J. **Quando a luta vira crime**: o papel do Judiciário e da Mídia na criminalização do MST. Tese de Láurea. Orientação: Prof. Titular Sérgio Salomão Shecaira. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2020.
- FERREIRA, S. M.. **A mídia e o MST**: heróis e vilões na trama do discurso jornalístico. Tese (Doutorado). Orientação: Prof. Dr. Gaudêncio Frigotto. Faculdade de Educação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2012.
- ORLANDI, E. P.. **Análise de Discurso**: princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 2005.
- RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O.. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- SANTOS, J. C.. **A criminologia radical**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- SANTOS, J. C.. **Criminologia**: contribuição para a crítica da economia da punição. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2021.
- YOUNG, J.. **The tasks facing a realist criminology**. Contemporary Crises, n. 11, 1987, p. 337-356.
- ZAFFARONI, E. R.. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

O COMPLIANCE LABORAL NO BRASIL E OS DIREITOS INESPECÍFICOS DO TRABALHADOR

LABORAL COMPLIANCE IN BRAZIL
AND UNSPECIFIC RIGHTS OF WORKERS

Caio José Arruda Amarante de Oliveira¹

Sérgio Cabral dos Reis²

Data de Submissão: 16/08/2021

Data de Aceite: 10/11/2021

Resumo: A nova advocacia oferece mobilidade da rotina, democratização e retorno financeiro, e, por conseguinte moderniza um serviço antes obsoleto e desgastante. Neste ínterim, uma das benesses desta nova fase da advocacia é o compliance trabalhista, ou seja, técnicas empregadas pelos advogados autônomos das empresas ou departamentos jurídicos destas, a fim de transparecerem as atividades da empresa para com os seus empregados, e em função disso evitar o ajuizamento de ações judiciais que possam macular a reputação da pessoa jurídica envolvida. Destarte, de forma preventiva à lide, as técnicas de prevenção de passivos trabalhistas têm como objetivo a criação de regulamentos internos pelas empresas, assim como a elaboração de pareceres e ofícios que evitem que a empresa adentre pela via contenciosa de resolução dos conflitos. Em conclusão, não serão olvidados da pesquisa os direitos inespecíficos dos trabalhadores – a informação, a intimidade e a presunção de inocência –, analisando-os

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Bolsista de Iniciação Científica na Universidade Estadual da Paraíba, PIBIC/UEPB/CNPq. E-mail: caioarruda31@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4852-3014>.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Email: sergio.juiz@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2233-4314>.

minuciosamente e interpretando estas garantias como limitações ou balizas ao poder discricionário do empregador. No que se refere ao método de abordagem, será utilizado o dedutivo. Por sua vez, quanto ao método de procedimento, será utilizado o método explicativo.

Palavras-chave: *Compliance* Trabalhista; Direitos inespecíficos; Poder discricionário do empregador.

Abstract: New advocacy offers routine mobility, democratisation and financial return, and therefore modernises a previously obsolete and stressful service. In the meantime, one of the benefits of this new phase of advocacy is labour compliance, that is, techniques employed by independent lawyers from companies or their legal departments, in order to make the company's activities transparent to its employees, and as a result avoid the filing of lawsuits that may damage the reputation of the Legal Entity involved. Thus, in a preventive way of dealing, the prevention of labour liabilities techniques aim at the creation of internal regulations by companies, as well as the elaboration of opinions and letters that prevent the Company from entering through the contentious way of resolving conflicts. In conclusion, the unspecified rights of workers – the information, intimacy, presumption of innocence – will not be overlooked in the research, analysing them in detail and interpreting these guarantees as limitations or guidelines to the employer's discretion. As for the approach method, the deductive method will be used. In turn, regarding the method of procedure, the explanatory method will be used.

Keywords: Laboral Compliance; Unspecified rights; Employer's discretion.

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, a advocacia estruturou-se eminentemente para enfrentar o litígio, isto é, foi completamente desassociado do imaginário do advogado, os métodos e técnicas de prevenção dos custos do processo judicial. Todavia, com o abarrotamento das contendas a cargo do julgamento do Poder Judiciário, os meios alternativos e preventivos de solução de conflitos, tornam-se ainda mais em voga.

Sob a égide da “Era Digital” e a premência de celeridade nas resoluções de conflitos, surge a nova advocacia e suas ferramentas como o *compliance*, a governança corporativa, as *startup’s*, e as ODR’s (*Online dispute resolutions*) que visam aliar nos escritórios advocatícios dois substantivos antes dissociáveis, o empreendedorismo e o direito.

Entrementes, com origem no direito penal econômico, emergiu o mecanismo do *compliance*. Principalmente, tal instrumento teria a incumbência de frustrar que suceda corrupções dentro da pessoa jurídica. Nessa perspectiva, de início, em 2013, com a aprovação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) no Brasil, previu-se a responsabilização objetiva dos entes privados que lesem a Administração Pública.

Isto posto, a aplicação dos programas de *compliance* exigir-se-ia das empresas, mais do que uma postura em conformidade com a lei, mormente um comportamento ético, que reflita na honestidade e na transparência na direção dos negócios, ou seja, em um procedimento empresarial responsável.

É possível dizer que a Lei Anticorrupção difundiu os procedimentos de conformidade no Brasil. Desapegando-se da Administração Pública, e cotejando os mecanismos de *Compliance* na seara jus-trabalhista, vislumbrar-se-ia a satisfação do mecanismo pela obediência às legislações internas, normas internacionais, acordos e convenções coletivas, e por consequência, pela promoção da adoção de posturas antidiscriminatórias, que elidam o assédio moral e protejam os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Desse modo, os pilares do mecanismo em comento auxiliariam os gestores empresariais a economizarem os custos sociais da judicialização das querelas que envolvam as relações trabalhistas. Ou seja, provocar-se-ia no ambiente laboral, a concretização da paz social e da dignidade humana.

Em que pese a adoção dos mecanismos de prevenção, estes se consubstanciariam com a implementação de canais de denúncia; execução de investigações internas; realização de monitoramentos e revisões do programa empregado; introdução de códigos de ética; treinamentos corporativos; e o aprimoramento da diligência adequada ou *due diligence*.

A postura ética absorvida com as adoções propostas pelo *compliance* trabalhista, favorece a manifestação de uma gestão empresarial vanguardista, oferecendo respaldo a gestão empresarial que espelhe-se em uma Governança Corporativa, privilegiando o contentamento dos direitos de todos os *stakeholders* da empresa (trabalhadores e gestores), e promovendo uma resposta de prevenção às contendas no ambiente de trabalho.

Todavia, faz-se relevante contemplar especialmente, o abrigo aos direitos inespecíficos dos trabalhadores, que constituem óbices à aplicação irrestrita do *compliance*. Assim, a condição humana não é dissociada dos sujeitos empregados da relação de emprego, ficando garantida a eficácia não – tão somente – horizontal, mas, diagonal dos direitos fundamentais, como: a informação; a intimidade; o contraditório e a ampla defesa.

No que tange ao método de abordagem, utilizou-se o dedutivo, visto que se discutiram as particularidades dos métodos de conformidade e suas aplicações no direito do trabalho. Assim, serão investigados o surgimento do *compliance* e as teorias concernentes à natureza do comportamento ético. Logo após, empregou-se o método explicativo respondendo as questões acerca da relação entre o mecanismo de conformidade e os direitos inespecíficos do trabalhador.

2 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Alguns instrumentos se fazem primordiais na aplicação dos programas de *compliance* pelas empresas, independentemente das matérias de direito a que se relacionem. Desse modo, estão intimamente interligados à Governança Corporativa e aos programas de contenção de litígios, as ferramentas como a gestão de riscos; os treinamentos corporativos; a diligência adequada (ou *due diligence*); os canais de denúncia; os monitoramentos e revisões e por fim, os Códigos de Ética.

Destarte, a atividade desenvolvida pelo compliance, pretende, especialmente, promover o bem estar do ente privado, e assim, empenhar-se na redução dos custos sociais e na prevenção dos passivos empresariais. Sob essa perspectiva, de maneira embrionária, Beccaria já expunha a vantagem na prevenção dos comportamentos desviantes, esclarecendo que “é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los” (BECCARIA, 2014, p. 94).

Nessa perspectiva, quanto ao instrumento da gestão de riscos ou o risk assessment, consiste na atividade da empresa, de mais do que conhecer o mercado (variáveis exógenas), saber distinguir as próprias deficiências (variáveis endógenas), para que assim se possa suprimir os riscos que possam vir a macular a saúde financeira da empresa (NEVES; FIGUEIROA, 2019). Ilustra a primeira ferramenta, a frase de Sun Tzu, no livro “A arte da guerra” (2006, p. 23): “Conhece teu inimigo e conhece-te a ti mesmo.”

Outrossim, é necessário diferenciar o risco e a incerteza, à medida que, enquanto os riscos podem ser identificados pelas suas variáveis, as incertezas trabalham com variáveis absolutamente desconhecidas, sendo impossível mensurar os seus impactos na atividade empresarial (NEVES; FIGUEIROA, 2019).

No intuito de promover a cultura do compliance, advém outra ferramenta: os treinamentos corporativos. Assim, a fim de introduzir atividades que visem auxiliar a mudança do ambiente do ente privado, é necessário que haja treinamento contínuo e repetitivo dos seus colaboradores. Os treinamentos em corporações são intrínsecos também aos monitoramentos e revisões dos programas de compliance, estando estes sempre sujeitos à avaliação dos seus efeitos.

Mais adiante, é preciso destacar que o treinamento corporativo não se confunde com uma aula, isto é, o treinador não é um professor, mas um facilitador, presumindo-se que os conteúdos abordados já foram discutidos internamente pela empresa (CARVALHO, 2019). Desse modo, Carvalho assenta:

O treinamento corporativo é um investimento necessário para o *compliance* de uma empresa. Sem o treinamento corporativo, de nada servirão os custos da empresa em consultoria para elaboração do Programa de Integridade

ou Código de Ética, visto que eles serão pouco lembrados e executados em uma situação concreta (CARVALHO, 2019, p. 113).

A *posteriori*, o instrumento que deve ser discutido no aprimoramento dos métodos preventivos de custos sociais é o da diligência adequada ou *due diligence*. Nesse sentido, a diligência apropriada consiste na avaliação dos riscos à empresa, quando presentes as relações com terceiros. Tal princípio se satisfaz com a realização de entrevistas, elaboração de relatórios e com o *background check*. Este último merece atenção especial, sendo definido como:

Pesquisas em fontes públicas e proprietárias de informações – e, até mesmo, as chamadas pesquisas de campo –, e inclui buscas por: certidões de distribuição de processos judiciais, processos e investigações relevantes (especialmente criminais), doações a partidos e candidatos políticos, relacionamento com pessoas politicamente expostas (PEPs), notícias da mídia adversas, registros em listas de sanções, dentre outras (PINHEIRO; LORCA; ARAÚJO, 2019, p.130).

Assim, ressalta-se, que embora seja um mecanismo específico do programa de *compliance*, é preciso cautela quando aplicado com o direito do trabalho, para que não se firam os direitos de intimidade e privacidade do empregado. O *know your customer* (“conheça seu cliente”) e o *know your employee* (“conheça seu funcionário”) se afastariam das suas principiologias, quando congregados com o direito laboral, sendo desempenhados tão somente no âmbito da rotina interna das empresas, e análise de documentos, regulamentos e procedimentos legais (CASSAR, 2015).

Mais uma ferramenta a ser observada na adoção do *compliance* é a implementação dos canais de denúncia ou *whistleblowing*. De antemão, a exemplo do anterior, também deve haver prudência sobre a realização do pilar. Desse modo, em harmonia com o Art. 33 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a autorização da denúncia deve presupor a boa-fé e as bases razoáveis (ALVIM; CARVALHO, 2019).

Em sendo assim, o canal de denúncia estabelece-se como parte do controle interno, sendo o seu objeto, – a denúncia – a forma mais comum de evitar fraudes nas empresas. No contexto do direito laboral, estes canais oferecem a oportunidade ao trabalhador de indicar eventuais atividades de outros *stakeholders* que enodoam o ambiente de trabalho e violam os direitos da personalidade ou ainda, que estejam em descompasso do que é permitido pelos Códigos de Ética.

O último instrumento exigido na adoção e aplicação dos programas de conformidade são os Códigos de Ética, sendo estes o que melhor os caracterizam. Desse modo, tais códigos definem-se como documentos formais que, com linguagem esclarecida, estabeleçam os valores morais e éticos prestigiados e exigidos pelo ente privado.

Por sua vez, discussões são desenvolvidas sobre a natureza do comportamento ético dos empregadores e empregados perante o Código de Ética, ou seja, quando consubstanciados ao direito trabalhista. Assim, se presente está a fundamentação da teoria do hedonismo, ambos os sujeitos se submeteriam aos Códigos organizacionais, somente por se sentirem satisfeitos com os resultados que estes produzem.

Por outro lado, se os sujeitos estabelecem suas satisfações no exercício das virtudes éticas, o fundamento seria encontrado na doutrina do eudaimonismo. Dito de outra maneira, se o trabalhador obedece cegamente ao Código de Ética, com receio das causas do seu descumprimento, a ética seria mandamental, estando pautada no positivismo ou legalismo.

Em continuidade, e de maneira diversa, se o empregador, por exemplo, visa introduzir um Código de Ética na sua organização, porque assim lhe traria menos custos sociais, o critério seria utilitarista. Sob esta filosofia, Belinetti e Barbugiani corroboram:

O objetivo do lucro encontra-se no DNA empresarial. A adoção de certas políticas voltadas ao bem comum como a reciclagem ou fomento a atividades beneficentes não soam espontâneas. Refletem estratégias de *marketing* para a fixação de uma imagem positiva perante o público, aumentando a receptividade de seus produtos e, com isto, o lucro. Trata-se de um investimento (BELINETTI; BARBUGIANI, 2016, p. 175).

No entanto, se ambos os sujeitos da relação de trabalho, estabeleçam os seus comportamentos pela aplicação do que a razão determina, a ética seria a do dever. Esta, conseqüentemente, mais saudável para o ambiente do ente privado, conscientizando, tanto o trabalhador, como o empregador da indispensabilidade da paz social e da solidariedade na consecução dos interesses coletivos (LUDWIG, 1995).

Em conclusão, como bem enumera Puyol (2016), os programas de *Compliance*, por intermédio dos Códigos de Ética, devem satisfazer, a contento, as funções de: a) Identificar metas; b) Informar os valores éticos; c) Discriminar as condutas proibidas ou reprováveis; d) Estabelecer as vias adequadas de solução de conflitos, e) Exercer coercitividade; f) E, por fim, proteger os indivíduos de eventuais injustiças, velando pela boa reputação e também, pela imagem pública do ente privado.

3 COMPLIANCE APLICADO AO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

Os desmandos, os autoritarismos e a ausência de condições dignas de exercício das atividades pelos trabalhadores, fizeram com que, *pari passu* com a evolução da legislação e a efetividade e exigibilidade dos direitos fundamentais, se afirmasse também, os legítimos e históricos direitos dos trabalhadores. Desse modo, em harmonia com a Constituição de 1988, Pinto preconiza:

[...] não deve haver distinção em natureza e importância entre os direitos individuais e coletivos, as garantias civis, políticas em face dos direitos econômicos, sociais e culturais. [...] O ser humano destinatário do direito é um só, porque uma só é a dignidade a si inerente (PINTO, 2006, p. 119).

Em que pese as garantias fundamentais irradiarem sobre as relações laborais, Jobim (2018, p. 33) acentua que o “o objetivo do *compliance* é promover um ambiente de trabalho saudável, ético, íntegro que respeite os valores intrínsecos ao ser humano e que efetivamente busque o bem

da coletividade”, ou seja, em harmonia com os princípios constitucionais e direitos fundamentais dos trabalhadores. Corroborando, Mathies ainda define:

O termo *compliance* corresponde ao cumprimento de regras e regulamentos impostos, interna e externamente, à organização, compelindo-a, assim, a observar as leis e normas de determinado país. A observância das normas não se limita à esfera jurídica, mas inclui todas as obrigações necessárias ao desenvolvimento da atividade empresarial, com objetivo de redução de riscos à própria empresa. O *compliance* é um mecanismo relativamente recente que permite às organizações identificar e gerenciar riscos decorrentes da violação da legislação e normas internas da empresa (MATHIES, 2018, p.131).

Nessa esteira, Goldin (2009) expõe as funções do direito trabalhista, incluindo a coesão social, a integração do conflito social e a ambivalência. Nessa perspectiva, tais funções provocam respectivamente, a identificação da pertença do sujeito na sociedade, o estabelecimento de ferramentas de equilíbrio entre empregado e empregador e por derradeiro, o cumprimento de um papel estatal que reflete sobre ambos os sujeitos da relação laboral. Por sua vez, reconhecendo a adequação dos programas de *compliance* com a prevenção de passivos laborais, Blok sintetiza:

A legislação e os tribunais brasileiros responsabilizam em grande parte as empresas pela conduta de seus gestores e, até mesmo, pelo convívio e relações entre funcionários. Essa responsabilização pode gerar ações cíveis e trabalhistas, ademais de indenizações de diversas naturezas, desde danos morais e materiais até constrangimento ilegal e assédio moral e sexual. Pela justiça brasileira, a empresa tem o dever de zelar pelo bom ambiente de trabalho e por orientar seus funcionários. Logo, é fundamental desenvolver mecanismos de prevenção e gerenciamento de possíveis problemas internos, ou seja, ter uma estrutura de *compliance* com efetivas ferramentas de prevenção [...] (BLOK, 2017, p. 163).

Desse modo, se traduz que no direito aboral, o mecanismo do *compliance* exteriorizar-se-ia um significado dúplice. Isto posto, o primeiro significado estaria ligado à prevenção, influenciando no compromisso de respeito às regras de conduta e no treinamento do material proposto pelos programas de conformação (JOBIM, 2018).

Por sua vez, a segunda acepção consiste nos instrumentos de repressão, por meio de ferramentas de controle e punição, como as normas do Art. 75 e Art. 153 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), que inserem penalidades ao empregador, quando violados os dispositivos acerca da duração do trabalho e das férias anuais do trabalhador. Apontando para a necessidade dos procedimentos de *compliance* nas relações de trabalho, Puyol, então, assenta:

Los valores y la ética son importantes en el lugar de trabajo, cualquiera que sea la tarea que uno desempeñe. Son aplicables a la empresa, y también a los propios trabajadores. En muchas empresas, no importa la buena organización, o lo bien que un empleado trabaje, si carecen de valores éticos, no son confiables. Las relaciones laborales deben estar presididas por las siguientes cualidades: honestidad, conducta, puntualidad, colaboración, discreción, entre otros² (PUYOL, 2016, p. 61).

Os programas de *compliance*, igualmente, trazem em seu conteúdo teleológico a obediência ao conteúdo normativo, favorecendo a segurança jurídica. Não obstante, tal princípio para Luño (1991) significaria mais do que um valor jurídico de aspiração individual, irradiando também e mormente sobre os direitos sociais, e tendo como um dos seus fundamentos, o princípio da legalidade.

Em continuidade, Starke (1999) fraciona o desenvolvimento da conduta ética em corporações em cinco fases. Desse modo, o primeiro

2 “Valores e ética são importantes no local de trabalho, independentemente da tarefa que se realiza. Eles são aplicáveis à empresa e aos próprios trabalhadores. Em muitas empresas, não importa uma boa organização, ou quão bem um funcionário trabalha, visto que, se eles não têm valores éticos, eles não são confiáveis. As relações de trabalho devem ser presididas pelas seguintes qualidades: honestidade, conduta, puntualidade, colaboração, discricção, entre outras.” (Tradução nossa).

estágio seria a “corporação amoral”, nesta, o empregador objetiva o lucro de maneira incessante, olvidando dos valores sociais, e equiparando os trabalhadores a ferramentas de produção.

O segundo estágio seria da “corporação legalista”. Nela, a corporação adota um comportamento subordinado ao sentido formal da lei. Na “corporação receptiva”, o empregador obedece aos compromissos legais, tão somente por conveniência, abrigando grau de similitude com a ética utilitarista.

O penúltimo estágio diz respeito às “corporações mais éticas”, que afirma a existência de um contrato social, todavia, balanceando a lucratividade com o dever ético-comportamental. Concluindo, o último estágio, então, implica na “corporação ética”, que consegue estabelecer o perfeito equilíbrio entre a ética e a lucratividade, no entanto, quanto a esta, a autora aponta a dificuldade dos entes privados em alcançá-la.

Assim sendo, o *compliance* trabalhista é notado como um “*tradeoff of costs and benefits*” (uma barganha entre custos e benefícios), à proporção que, embora o empregador desembolse com a implementação dos programas de conformidade, as vantagens que destes derivam são bem mais expressivas perante o prisma financeiro (OLIVEIRA, 2015). Complementando, Júnior e Gizzi elucidam:

[...] o programa de *compliance*, para que seja adequado e efetivo, deve ser desenvolvido “sob medida”, considerando as necessidades específicas de cada empresa, pois são tais características que as tornam ímpar, ainda que em comparação com outra organização do mesmo ramo de atividade. Evidentemente, a troca de experiências entre gestores de *compliance* de diversa empresa contribui para o desenvolvimento das boas práticas corporativas e, pontualmente, uma solução adotada para uma empresa pode se mostrar útil para outra. Apesar disso, antes da implantação dessa solução, devem ser feitos os devidos ajustes e adaptações necessárias para que a medida se amolde à realidade de cada organização (JÚNIOR; GIZZI, 2018, p. 132, grifos nossos).

Por último, se exige que se sublinhe que o compromisso do Estado Democrático Direito comunica que o direito se afaste do papel estritamente regulador, e realce sua capacidade transformadora (STRECK, 2007). A adoção dos programas de *compliance* no direito trabalhista, nesse sentido, dever-se-á estar balizada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais (e inespecíficos) do trabalhador (JOBIM, 2018).

3.1 LIMITAÇÕES AO *COMPLIANCE*: OS DIREITOS INESPECÍFICOS DO TRABALHADOR

Nas lições de Klaus Schwab (2016), “as mudanças (trazidas pela 4ª Revolução Industrial) são tão profundas que, na perspectiva da história da humanidade, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso.” Simultaneamente, as inovações desencadeadas com a globalização, na iminência de diminuir a burocracia procedimental precisam ser analisadas com cautela.

Outrossim, o questionamento que surge é quanto exegese da Lei nº 12.846/2013, e se as disposições ali contidas, que incidem sobre os outros ramos do direito, poderiam ser simetricamente aplicadas ao ordenamento jus-laboral. Nessa perspectiva, é necessário destacar a existência dos princípios que regem a aplicação do direito do trabalho, como também, a própria origem e teleologia deste ramo do direito. López relembra que, ainda que dentro do ambiente de labor, ao trabalhador são assistidos os seus direitos como cidadão:

[...] a celebração de um contrato de trabalho não implica de modo algum a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a constituição reconhece a ele como cidadão [...] São definitivamente, direitos do cidadão-trabalhador, que exerce como trabalhador-cidadão (LÓPEZ, 2009, p. 155).

Sob essa perspectiva, a execução de instrumentos do *compliance* deve estar amparada por fundamentos razoáveis, tanto extrínseca, como intrinsecamente, de modo, que mais do que a realização dos programas – anterior a isso –, a própria finalidade do empregador deva ser proba,

isto é, desvinculhada de propósitos que venham a ferir os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse contexto, *exempli gratia*, no que tange a aplicação do *background check*, o artifício da diligência adequada configurar-se-ia inadequado quanto à exigência por parte do empregador de antecedentes criminais aos candidatos à cargo empregatício (CASSAR, 2015). Nada obstante, é patente a violação da privacidade e da intimidade do trabalhador. Em sentido convergente, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho em 2019:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TEMA REPETITIVO Nº 0001. A SBDI-1, em sua composição plena, por ocasião do julgamento do Incidente de Recurso de Revista Repetitivo instaurado no Processo nº TST-IRR-243000-58.2013.5.13.0023, firmou tese jurídica de que não é legítima e caracteriza lesão moral “in re ipsa” a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego, quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a despeito de ser ou não admitido. Desse entendimento divergiu o Tribunal Regional. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2019) (*grifos nossos*).

O relator, então, sublinhou hipóteses que traduzem a possibilidade do *background check* em entrevista de emprego, isto é, quando é expressamente previsto em lei ou no caso de profissões que exigem fidúcia especial. Afora estas, não existem possibilidades que justifiquem a supressão do direito fundamental à intimidade. Desse modo, Moreira esclarece:

[...] o direito a intimidade está, assim, estritamente conexado com a idade da dignidade do Homem e significa a existência de um âmbito próprio e reservado frente a ação e conhecimento dos demais, direito necessário para manter uma qualidade mínima de vida humana (MOREIRA, 2004, p. 64).

Em sendo assim, os direitos fundamentais, especialmente, os direitos à informação, à intimidade e ao contraditório e a ampla defesa, soerguem na relação laboral. Por conseguinte, Amaral (2007, p. 62) retoma que “nos dias de hoje, não há que se negar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – eficácia horizontal”.

Desse modo, na lição de Jobim (2018) o direito à informação do trabalhador estaria vinculado ao pilar da prevenção do *compliance* trabalhista, que por sua vez, seria posto em atividade por meio do poder de organização e regulamentação do empregador. Não à toa, a disposição do Art. 5º, XIV³ da Constituição da República não exclui os trabalhadores (BRASIL, 1988). Assim, em harmonia, Jobim ao fundir com o *compliance*, leciona:

Explica-se que somente através da correta e completa instrução do empregado de quais são as normas internas a serem cumpridas, é possível exigir o seu cumprimento, sendo esta uma condição *sine qua non* ao desenvolvimento de qualquer programa de *compliance* (JOBIM, 2018, p. 90).

Dando continuidade, quanto ao direito à intimidade, este estaria subordinado à ponderação do pilar do monitoramento dos programas de conformidade, que seria colocado em prática através do poder de fiscalização da corporação (JOBIM, 2018).

E, então, à essa altura, se torna necessário que seja dada ênfase na razoabilidade da aplicação de procedimentos como o *know your employee* e o *background check*. Ressalta-se que, nenhum instrumento pode significar a supressão ou limitação dos direitos fundamentais do trabalhador. Em convergência, Pessoa elucida:

Sendo o direito fundamental à intimidade um direito extraído de uma norma constitucional, a legislação trabalhista é que deve sofrer adaptação interpretativa – por regra de hierarquia hermenêutica – concluindo-se que o direito fundamental à intimidade deve impor limitações ao poder diretivo do empregador (PESSOA, 2012, p. 54-55).

3 “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988).”

Nesse sentido, o direito à intimidade se desliga da concepção liberal de *privacy property*, ligada ao patrimônio, alçando novel significado quando submetido à condição humana, isto é, a *privacy personality* (MOREIRA, 2004). Nada obstante, o empregado é assistido do seu direito fundamental à privacidade desde a fase pré-contratual, onde tal garantia se encontraria ainda mais vulnerável (JOBIM, 2018).

Encerrando a discussão acerca da intimidade dos trabalhadores, Sobral (2012) explana que o uso de polígrafos extrapola os limites do poder fiscalizatório do empregador. No entanto, termina esclarecendo que, a depender das atividades que a corporação promove, “é imperioso um olhar para a empresa com controle social e jurídico, ou seja, com responsabilidade social, atuando dentro dos limites da empresa cidadã”.

Por último, a garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa estaria invocada como limitação ao poder disciplinar, que colocaria em prática o pilar da punição do *compliance*, quando transgressores os comportamentos do trabalhador. *Pari passu*, ainda que nos direitos italiano, francês, espanhol e português se traga previsão expressa destas garantias na aplicação de sanções trabalhistas, no Brasil, por sua vez, estas decorrem da Constituição Federal, que irradia seu conteúdo valorativo sobre as demais legislações, como a Consolidação das Leis do Trabalho (JOBIM, 2018).

À vista disso, Delgado (2012) indica o assentamento de uma nova tutela constitucional que deve ser executada pelos atores da justiça trabalhista no Brasil. O também ministro do Tribunal Superior do Trabalho – TST ainda indica a necessidade de adaptação das instituições empresariais brasileiras às práticas mais democráticas no exercício do poder empregatício.

Nessa direção, ressalta-se que o trabalho preventivo induzido pelos programas de *compliance* levaria à “redução do passivo trabalhista, fazendo o certo desde o início. Lembre-se que retrabalho equivale a custo em dobro” (CORDEIRO; MOTA, 2013, p. 18). Na mesma percepção, Martins (2020, p. 27) alega que “o *compliance* trabalhista pode ter como consequências diminuir as ações trabalhistas [...] melhorar o meio ambiente de trabalho, inclusive em relação ao assédio moral e sexual, à discriminação, assim como diminuir os acidentes de trabalho”.

Isto posto, mais do que financeiramente viável para as pessoas jurídicas interessadas, o mecanismo estudado ainda contempla os direitos

fundamentais dos trabalhadores, vez que é diretamente proporcional nesse cenário o aumento do nível de credibilidade das empresas com a diminuição do risco de passivos trabalhistas.

Ou seja, consoante elucidada Brandão (2017, p. 125), os programas de conformidade, como expressão do poder diretivo do empregador, “estão jungidos à democracia, à dignidade humana, aos contornos próprios do Estado Democrático de Direito”, de maneira que são meios auxiliares na promoção das garantias constitucionais dos trabalhadores.

Diante do que fora apresentado, Carlotto (2021, p. 32) também pontua os benefícios para as empresas na adoção do *compliance* trabalhista, ao passo que o instrumento “garante a efetividade almejada na tutela dos direitos humanos dos trabalhadores, já que concretiza e realiza estes direitos [...] em decorrência do meio ambiente laboral saudável”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa, inseriu-se a discussão acerca dos mecanismos de *compliance* aplicados na esfera laboral. Desse modo, enumeraram-se os instrumentos capazes de diminuir os custos sociais da corporação, e por conseguinte, promover o comportamento ético dos *stakeholders* da relação de trabalho, perante o código de ética e mormente, ante os programas de *compliance*.

Em sendo assim, na realidade atual, globalizada e multifacetada exige-se soluções ainda mais eficazes dos advogados e departamentos jurídicos. O *compliance*, indubitavelmente, se mostrara como uma ferramenta factível no fomento à paz social do meio ambiente de trabalho. Aplicar-se-ia por este, os programas de prevenção, como o *due diligence*, *risk assessment*, treinamentos corporativos, entre outros.

Entrementes, ainda que seja vislumbrada uma solução viável para a saúde financeira das sociedades empresárias, os programas de conformidade não podem enodoar os direitos fundamentais dos trabalhadores, como a intimidade, a informação e o contraditório e a ampla defesa, especialmente no processo de globalização financeira vivido hodiernamente.

É, portanto, inegável, que os direitos fundamentais não se restringem – sob à ótica liberal – nas relações entre o Estado e os seus

súditos. Com efeito, a eficácia horizontal dos direitos preconiza a efetivação das garantias individuais também nas relações entre particulares, cabendo ao Estado, nesses casos, a fiscalização do devido respeito destas garantias pelos indivíduos envolvidos.

Supera-se, nesse ponto, a visão absenteísta da tutela dos direitos da pessoa humana, alicerçados historicamente como uma reação às arbitrariedades do absolutismo. Desta feita, conclui-se que, embora efetivamente se mostre uma alternativa na diminuição dos passivos trabalhistas, é impondível a submissão às normas de proteção do trabalhador, em razão, primordialmente, da sua histórica condição de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, T. C.; CARVALHO, A. C. Linha Ética: Funcionamento da denúncia, papel do denunciante e uso do canal de denúncias. In: CARVALHO, A. C. (Coord.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

AMARAL, J. R. P. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e Das Penas**. 6.ed. Trad: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BARBUGIANI, F. A. S; BELLINETTI, L. F. **Ética e moral nas empresas: o acordo de leniência como instrumento jurídico e econômico para a preservação das empresas em um mundo globalizado**. V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI, Montevideu, p. 167-184, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/6jq67a8y/Gyqr1gvcon-V09o9m.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BLOK, M. **Compliance e Governança Corporativa: atualizada de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 83421/2015**. 1º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

BRANDÃO, F. G. **Programas de Compliance, Poder Diretivo do Empregador e os Limites Constitucionais à Regulação da Relação de Emprego na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v. 29, nº 337, p. 110-127, julho/2017, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma).** Recurso de Revista nº 20700-56.2013.5.13.0024. Recurso de revista interposto anteriormente à vigência da Lei nº 13.015/2014. Exigência de certidão de antecedentes criminais. Indenização por dano moral. Tema repetitivo nº 0001. Recorrida: Alpargatas S.A. Relator: Min. Walmir Oliveira da Costa, 29/05/2019. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=EB348C-51F7B093EB4EFF2C36DF4BC9C0.vm653?conscsjt=&numeroTst=207000&digitoTst=56&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0024&consulta=Consultar>. Acesso em: 16 ago. 2021.

CARLOTO, S. **O compliance trabalhista e a efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2021.

CARVALHO, A. C. Criação da Cultura de Compliance: Treinamentos Corporativos. In: CARVALHO, A. C. (Coord.). **Manual de Compliance.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

CORDEIRO, J.; MOTA, A. **Direito do trabalho na prática: prevenção e atuação do preposto nos processos trabalhistas.** Vol.2. São Paulo: Rideel, 2013.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

GOLDIN, A. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.** 1.ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

JOBIM, R. S. K. **Compliance e Trabalho:** Entre o Poder Diretivo do empregador e os Direitos Inespecíficos do empregado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

JÚNIOR, F. A. R. M. R.; GIZZI, G. F. T. B. **Fraudes Corporativas e Programas de Compliance**. Curitiba: InterSaber, 2018.

LÓPEZ, M. C. P. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2009.

LUDWIG, R. **Kant für Anfänger**. Der kategorische Imperativ. Eine Leseeinführung. München: Taschenbuch Verlag, 1995.

LUÑO, A. H. P. **La Seguridad Jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

MARTINS, S. P. **Compliance no direito trabalhista**. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MATHIES, A. **Assédio Moral e Compliance na Relação de Emprego**: Dos Danos e dos Custos e Instrumentos de Prevenção. Santa Catarina: Juruá, 2018.

MOREIRA, T. A. C. **Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador**. Coimbra: Coimbra, 2004.

NEVES, E. C.; FIGUEIROA, C. C. Gestão de Riscos. In: CARVALHO, A. C. (Coord.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, A. A. A incidência da Lei Anticorrupção e do Compliance no Âmbito trabalhista. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. São Paulo, v.12, n. 12, p. 167-181, ago. 2015/jul. 2016, 2015.

PESSOA, A. O direito à intimidade e o monitoramento do ambiente de trabalho por câmeras. In: ALMEIDA, R. R. (Coord.). **Direitos Laborais Inespecíficos**: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

PINHEIRO, T. J.; LORCA, P. P.; ARAÚJO, V. H. A. Due Diligence, Anticorrupção para a contratação de prestadores de serviços e para fusões ou aquisições. In: CARVALHO, A. C. (Coord.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PINTO, A. P. **Direito do Trabalho, Direitos Humanos Sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

PUYOL, J. **Criterios prácticos para la elaboración de um Código de Compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

SCHWAB, K. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SOBRAL, J. S. Direito à intimidade e os métodos de investigação na relação de trabalho: Análise do teste do polígrafo. In: ALMEIDA, R. R. (Coord.). **Direitos Laborais Inespecíficos**: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

STARKE, L. As cinco etapas da evolução moral da empresa. In: RAY, M.; RINZLER, A. (Org.). **O novo paradigma nos negócios**. Trad: Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Cultrix, 1999.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUN TZU. **A arte da guerra**. Trad: Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2006.

(RE) CONSTRUINDO AS MASCULINIDADES: A LEI MARIA DA PENHA E A DISCUSSÃO SOBRE AS CONFIGURAÇÕES MASCULINAS

(RE) BUILDING MASCULINITIES: THE MARIA DA PENHA LAW
AND DISCUSSION ON MALE CONFIGURATIONS

Guilherme Baggio Costa¹

Andréa Regina de Moraes Benedetti²

Sônia Maria dos Santos Marques³

Data de Submissão: 20/08/2021

Data de Aceite: 09/11/2021

Resumo: A presente pesquisa discute aspectos das masculinidades e a Lei Maria da Penha, como uma importante ferramenta de desnaturalização e desessencialização de gênero. Por notar a relevância da Lei na desconstrução e problematização do patriarcado na sociedade brasileira, demonstra-se o avanço da Lei ao permitir o comparecimento de autores de violência doméstica aos centros de educação e reabilitação, e possibilidade de o juiz determinar idas à programas de recuperação. No trabalho, realizam-se reflexões sobre o gênero e as masculinidades, considerando, os estudos da antropóloga Con-

1 Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Bolsista do projeto de extensão Núcleo Maria da Penha (NUMAPE/FB), de Francisco Beltrão, fomentado pela Superintendência de Ciência Tecnologia e Ensino Superior do Paraná (SETT), TC 041/2019. E-mail: guilhermebakgiocosta@hotmail.com

2 Doutora em Direito, docente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos (GPDH). Professora Coordenadora do projeto de extensão Núcleo Maria da Penha, de Francisco Beltrão (NUMAPE/FB). E-mail: deiabenedetti@hotmail.com

3 Doutora em Educação, docente do Curso de Pedagogia e Mestrado em Educação da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Professora Orientadora do projeto de extensão Núcleo Maria da Penha, de Francisco Beltrão (NUMAPE/FB). E-mail: mrq.sonia@gmail.com

nell (1995, 2013; 2015), Nascimento (2018), Woodward (2011), Zanello (2018), entre outros, pois as masculinidades são configurações práticas sociais complexas, que podem ser alteradas conforme o cenário social do homem, em observação às hierarquias de gênero e múltiplas discriminações que atravessam os seus corpos. A partir do método hipotético dedutivo, baseado em revisão bibliográfica e pesquisa de caráter interdisciplinar, o trabalho enfatiza a importância de políticas públicas na (re) construção das masculinidades, com o intuito de debater, com base na cultura, a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Palavras-chave: Gênero; Masculinidades; Violência doméstica; Política Pública.

Abstract: This research discusses aspects of masculinities and the Maria da Penha Law, which is an important tool of denaturalization and gender desensitization. By noting the relevancy of the Law on the deconstruction and problematization of the patriarchy in the Brazilian society, the Law's progress is demonstrated by allowing perpetrators of domestic violence to attend education and rehabilitation centers, and the possibility for the judge to determine trips to rehabilitation programs. In this work, reflections are made on gender and masculinities, considering the studies of the anthropologist Connell (1995, 2013; 2015), Nascimento (2018), Woodward (2011), Zanello (2018), among others, because masculinities are complex practical social configurations, which can be changed according to the social scenario of men, in observation of the gender hierarchies and multiple discriminations that cross their bodies. Based on the hypothetical deductive method, bibliographic review and interdisciplinary research, the work emphasizes the importance of public policies in the (re) construction of masculinities, in order to debate, based on culture, domestic and family violence against the woman.

Keywords: Gender; Masculinities; Domestic violence; Public politics.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é marcada pelas desigualdades estruturais de gênero. Por meio dos movimentos feministas, promovem-se necessárias discussões e lutas pela garantia das mulheres viverem sem violência. A violência doméstica e familiar é uma realidade sociocultural presente no Brasil, com suas causas históricas associadas ao patriarcado e consequências políticas mantenedoras de injustiças, silenciamentos, discriminações e opressões. No intuito de enfrentar uma das violências contra as mulheres, que é a violência doméstica, a Lei Maria da Penha, Lei 11.340, sancionada em 2006, trouxe perspectivas de efetivar os direitos das mulheres com um conjunto de ações estratégicas em diversas áreas sociais e políticas, para prevenir e combater a violência doméstica.

Nesse cenário, a Lei Maria da Penha protege as vidas das mulheres diariamente, e além de representar uma reparação simbólica histórica, evidencia um avanço na esfera de políticas públicas no combate à violência de gênero e na promoção da cidadania. Em seu repertório legal, a Lei Maria da Penha, no art. 35, inciso V, dispõe sobre a possibilidade de criação de centros de educação e reabilitação para autores de violência doméstica. Acrescenta-se que o art. 45 (que altera o art. 152 da Lei de Execução Penal) da mesma disposição legal, permite ao juiz determinar o comparecimento obrigatório do autor de violência à programas de recuperação e reeducação (BRASIL, 2006). Ainda, a Lei 13.984 de 2020, que alterou o art. 22 da Lei Maria da Penha, acrescentou o estabelecimento entre as medidas protetivas de urgência, a frequência do autor de violência a centros de educação e reabilitação, consoante o inciso VI, e acompanhamento psicossocial por meio de atendimento individual ou grupo de apoio, conforme inciso VII (BRASIL, 2020).

Considerando as disposições acima sobre a Lei Maria da Penha, o artigo discute o caráter relacional do gênero na problemática da violência doméstica, haja vista as configurações das masculinidades. Inicialmente, apresenta-se uma perspectiva cultural, discutindo aspectos da masculinidade hegemônica, descrição ensimesmada nos modos de ser homem na sociedade patriarcal, suas consequências nas práticas sociais cotidianas, com suas complexidades e diversidades. Neste contexto, por vezes, se

estabelece naturalização das assimetrias de gênero tais como a violência, a dominação e a marginalização que se constituem como marcadores nas relações sociais.

Ressalta-se que na pesquisa, o gênero será entendido como uma categoria que possui um caráter social dirigido aos corpos, pois em seus escritos, a antropóloga Connell⁴ (1995) afirma: as masculinidades são corporificadas, os homens possuem posições diferentes na prática social e no processo histórico. Em relação ao corpo, Zanello (2018) lembra a construção da corporeidade, a forma social como é vivida e suas múltiplas performances. Assim, o gênero pode ser pensado como uma categoria interativo humana, ou seja, não se nega que existam processos biológicos, mas se adverte que há interfaces complexas entre os conceitos de corpo e de cultura.

Amparado pelos estudos de gênero, o presente trabalho utilizará a expressão “autor de violência” ao invés de “agressor”. Esse posicionamento se justifica, pela desnaturalização de práticas violentas que podem permear a vivência masculina⁵, e assim, denota a existência da possibilidade de modificar a realidade existencial e as maneiras de tornar-se homem, configurando aspectos socioculturais no processo histórico.

A pesquisa considerou os aspectos socioculturais da violência contra a mulher, pois considera, o patriarcado como um conceito político de uma estrutura de poder, naturalizado historicamente, que produz subjetividades e identidades masculinas e femininas. Tal movimento, engloba a construção social das emoções, entremeadas pelos sistemas simbólicos envolvidos nas experiências transculturais, gerando o que Zanello (2018) descreve como a “pedagogia dos afetos” e “colonização afetiva”, nos quais os homens são interpelados a desenvolver a autonomia e as mulheres ao cuidado. Tal demonstração, sugere a urgência de conhecer os processos

4 Embora a maior parte dos trabalhos de Raewyn Connell tenham sido feitos sob o nome Robert Connell, no presente artigo, utiliza-se o pronome “ela” em respeito ao gênero que Raewyn se identifica, pois, mulheres trans são mulheres.

5 A vivência masculina é atravessada por sistemas sociais e simbólicos que consolidam narrativas ao longo da vida do homem e que o moldam através das relações, sejam familiares, de trabalho ou afetivas. Acrescenta-se que existe uma diversidade de vivências masculinas, a depender da cultura, contexto histórico e outros marcadores sociais que embasam a construção da identidade masculina.

de construção da masculinidade, com a finalidade de lutar para além de uma igualdade de gênero, pois problematizar as masculinidades violentas envolve pautar a construção da identidade masculina por uma perspectiva que a compreenda nas esferas do político e da cultura, no enfrentamento à violência doméstica. Tal movimento envolve conceitos como “tecnologias de gênero” (ZANELLO, 2018), “pedagogia dos afetos” (ZANELLO, 2018), “masculinidade hegemônica” (CONNELL, 1995).

Por fim, será demonstrado que, por se discutir sobre a masculinidade em uma sociedade patriarcal, é necessário a defesa e a efetivação da Lei Maria da Penha com o fomento de políticas públicas em diversas áreas, como os centros de reabilitação e educação para autores de violência, com o objetivo de reconfigurar relações sociais, laços familiares e, ainda que em contrapartida, a omissão histórica do Estado brasileiro. Nesse sentido, a partir do método hipotético-dedutivo, metodologia qualitativa de revisão bibliográfica, propomo-nos a pensar aspectos sobre as masculinidades no entendimento de que, combater a violência doméstica, envolve compreender gênero como relacional, especialmente, nos processos de tornar-se homem e mulher em um país sexista.

1. Descentralizar os “Homens de verdade”: uma necessidade para discutir as masculinidades e a violência contra a mulher

Pensar as masculinidades pelas lentes dos estudos de gênero é libertador para a compreensão das estruturas sociais e simbólicas. As masculinidades são configurações diversas que perpassam a constituição de hierarquias que classificam o exercício de masculinidades (CONNELL, 1995). Nesse cenário, necessita-se perceber que cada vivência masculina, e sua história de vida, estão situadas em um contexto cultural, historicamente condicionado e economicamente marcado. Discutir as masculinidades permite observar a multiplicidade de modos de existir no mundo, o sistema social e simbólico dirigido aos corpos masculinos, sejam eles racializados ou não, de determinada sexualidade, localidade geopolítica, idade, identidade de gênero, entre outros marcadores sociais da diferença.

A localização dos corpos na hierarquia entre as masculinidades, faz com que umas sejam mais centrais e outras periféricas, sujeitas à exclusão, estigma e silenciamento. Essas configurações se moldam por meio do patriarcado na sociedade capitalista, portanto, algumas masculinidades são vistas como as ideais e legítimas, enquanto outras são posicionadas nas margens e permanecem em movimento, ainda que por vezes sejam obliteradas em relação ao corpo social. Na centralidade dessa estrutura, discute-se a existência de uma suposta masculinidade hegemônica, caracterizada pela violência e dominação nas práticas sociais. Pela perspectiva dos estudos culturais, em uma visão não essencialista de gênero, descentralizam-se essas masculinidades, deslocam-se de tal maneira a notar a cristalização de privilégios sociais masculinos, bem como, construir contra-narrativas às masculinidades violentas, aqueles reconhecidos como “homens de verdade” (NASCIMENTO, 2018).

A produção e reprodução do imaginário machista que idealiza um tipo de “mulher perfeita”, com comportamento adequado aos padrões patriarcais, um arquétipo de beleza, entre outros, também existe uma idealização do ser homem. Determinadas masculinidades passam a ser vistas como “verdadeiras”, enquanto outras nem sequer são reconhecidas como masculinas, como se fosse impossível e indesejável um existir masculino, que não fosse marcado pela agressividade, violência, apatia e não externalização dos sentimentos. Nascimento (2018) percebeu em suas pesquisas que há uma idealização do ser homem, de preferência heterossexual, e que, se o sujeito não corresponder a esses comportamentos e performances, será excluído. Em suas palavras, enquanto integrante de um projeto que objetivava sensibilizar professores/as das escolas públicas sobre questões de gênero e sexualidades:

Era comum haver, no relato de professores e professoras, questionamentos acerca da masculinidade. Esse questionamento estava presente, por exemplo, naqueles alunos que se declaravam homossexuais. Para a maioria do corpo docente, tratava-se de garotos que “não eram homens de verdade”. A ideia de uma masculinidade que pressupõe e engloba a heterossexualidade é tão arraigada na nossa sociedade que ser homem significa, entre outras coisas, não ser homossexual. A heterossexualidade surge como

um pilar importante para a construção da noção da masculinidade. Essa ideia de “não ser homem” também se fazia presente com aqueles garotos considerados “femininos”, ou, ainda, com outros que, por qualquer razão, não aderiram às normas sociais do que se entende por “ser homem” (NASCIMENTO, 2018, p. 22).

A heterossexualidade e a homofobia constituem um dos pilares da masculinidade reconhecida e centralizada na sociedade (NASCIMENTO, 2018). Nesse caso, a heterossexualidade compulsória cria uma concepção de sexualidade masculina como procriativa, em detrimento das mulheres, e assim, elas são vistas como produtos a serem consumidos (ZANELLO, 2018). São, pois, masculinidades fundamentadas na hierarquização das suas relações, não na reciprocidade, que organiza a estrutura familiar (CONNELL, 1995).

Na década de 80 e 90, a sociedade viu emergir debates culturais e políticos sobre as chamadas masculinidades, e aí pode-se entender um início de tormento e deslocamento da centralidade dos “homens de verdade”. A iniciação das discussões se deu pela ebulição da luta dos movimentos feministas e LGBTs. Com processos de transformação social e provocação das configurações assimétricas de gênero entre homens e mulheres, surgiu um discurso entre os homens de que estariam tendo uma “crise da masculinidade”. A tal “crise” se devia as problematizações sobre os privilégios sociais masculinos, e a possibilidade de alteração das estruturas hegemonicamente masculinas, de modo que se denunciava o patriarcado, ou seja, a dominação masculina e suas formas violentas de se manifestar no mundo contra as mulheres. Assim, iniciaram-se, a partir de 1990, vários estudos sobre masculinidades, em diferentes perspectivas de intervenção sobre os processos de exercê-las (NASCIMENTO, 2018; HAMLIN; VANDENBERGHE, 2013).

Entre os debates conceituais, está o da masculinidade hegemônica, que aqui será enfrentado por meio das pesquisas da antropóloga Connell (1995). Antes de compreender as configurações masculinas, é conveniente especificar aspectos sobre a categoria gênero e as complexas teias em que são produzidas as masculinidades. O gênero é a estrutura de relações sociais que por meio de distinções reprodutivas trazem para

o social, ou seja, o gênero está envolvido nas compreensões construídas em direção aos corpos (CONNELL, 2015). Não existe natureza humana independente da cultura, o corpo é situado e socializado: situado em um contexto cultural no tempo histórico, e é socializado por ser constituído pelas relações sociais entre os sujeitos (ZANELLO, 2018). Portanto, gênero é entendido como estrutura social multidimensional, porque afeta a identidade, o trabalho, a sexualidade e as configurações de poder entre as pessoas inseridas na sociedade patriarcal, capitalista e heteronormativa (CONNELL, 2015).

Discutir a violência doméstica exige que se perceba a história de vida das mulheres que estão nessa situação e as configurações de feminilidades e masculinidades que estão em circulação e subjetivaram o sujeito. As violências são historicamente situadas, o que permite pensar na complexidade dessas relações, e nas formas que elas se externalizam como o ciúme, histórico familiar de violência, processos de naturalização e culpabilização da mulher (LIMA; WERLANG, 2011).

Na Universidade Estadual do Oeste do Paraná -UNIOESTE, campus de Francisco Beltrão é desenvolvido um projeto de extensão, Núcleo Maria da Penha-NUMAPE6, que desenvolve ações sobre os direitos das mulheres e enfrentamento à violência doméstica a partir de três áreas de conhecimento: o direito, psicologia e a educação. Durante anos de atendimento7, percebeu-se a dificuldade que as assistidas manifestam para saírem de relacionamentos abusivos. Nos atendimentos ocorridos no núcleo, notou-se que para algumas, vida e violência constituem a estrutura do existir. Uma das questões que podem ser pensadas sobre isso

6 Projeto de extensão desenvolvido desde o ano de 2013 com financiamento da Superintendência de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do *Paraná* (SETI), bem como da Unidade Gestora do Fundo *Paraná* (UGF) vinculada ao Programa Universidade Sem Fronteiras. Tal atividade é desenvolvida em todas as universidades públicas estaduais do Paraná e tem como objetivo primordial o atendimento para mulheres que se encontram em situação de violência doméstica. No núcleo, as assistidas são acompanhadas gratuitamente por equipe multidisciplinar (psicologia, direito e educação). O atendimento individualizado (considerando a necessidade de cada mulher e a escuta ativa caracterizam o início do processo de atendimento) é realizado enquanto o sujeito precisar de suporte especializado.

7 De 2013 a 2020 já foram atendidas mais de vinte e quatro mil mulheres.

é que, muitas vezes, a mulher que está nessa situação não sabe identificar se o que ela sofria era violência doméstica, e que por não conhecerem outras formas de vida, em que a violência doméstica não seja constante, tem dificuldade de conceitua-la. Nas relações das assistidas, o peso das opressões de gênero estava presente, haja vista existirem discursos conservadores que banalizam a violência doméstica e suas formas, como manifestações de posse, um imaginário da mulher submissa, cuidadora e dependente do marido provedor. Por vezes, as mulheres são subjetivadas por tais discursos (MARQUES et al., 2019.).

A violência doméstica é conceituada na Lei Maria da Penha como qualquer ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, patrimonial, moral ou psicológico, baseado no gênero da mulher. A Lei estabelece que cabe ao poder público desenvolver políticas que efetivem os direitos humanos das mulheres, em contrapartida às discriminações e violências acometidas na sociedade patriarcal, e visa tanto prevenir como coibir a violência doméstica nas suas relações domésticas e familiares (BRASIL, 2006).

As vivências traumáticas que passam as mulheres em situação de violência doméstica, fortalecem aprisionamentos e uma pulsão na repetição, o que faz com que não se sintam capazes, na maioria das vezes, de refletir sobre si mesmas e as relações em que estão inseridas (LIMA; WERLANG, 2011). Situações histórico-culturais de violência que vão na contramão da Lei Maria da Penha, dos Direitos Humanos e da Constituição Federal do Brasil. Conforme a Lei 11.340/2006, em seu art. 2º, expressa que:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006, p. 13).

Na Constituição, entre os objetivos fundamentais da República está o de promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminações de raça, idade, e pode-se considerar o gênero como marcador a ser incluso

neste processo. Os Direitos Fundamentais à liberdade, igualdade, segurança, e a vida, inclusive, acentuam a determinação de enfrentar as desigualdades entre homens e mulheres, e o combate à violência (BRASIL, 1988). Além de termos o texto constitucional, faz-se necessário compreender que as mulheres e homens são agentes transformadores da sociedade e das culturas discriminatórias. Nestes termos, refletir sobre o exercício das masculinidades, partindo da sua localidade, no enfrentamento à violência doméstica, em consonância com os movimentos sociais feministas parece ser movimento vital. Sintonizada ao compromisso que todos devem ter na sociedade no combate à violência doméstica, a Lei Maria da Penha afirma que cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para a efetivação do exercício dos direitos à vida, segurança, saúde, alimentação, cultura, moradia, acesso à justiça, cidadania, liberdade, trabalho, dignidade, entre outros (BRASIL, 2006).

Na luta cotidiana de enfrentar a violência de gênero, as masculinidades também precisam ser reconstruídas. O gênero é relacional, ao falar sobre combate à violação dos direitos das mulheres na sociedade patriarcal, é importante, paralelamente, discutir as identidades masculinas que sustentam a estrutura social desigual, hierárquica e violenta. Kathryn Woodward (2000) afirma que as identidades são relacionais, marcadas por meio da diferença e de símbolos. É relacional porque a identidade depende de outra, que não a sua, para existir, e para ser identificado como masculino, ela não pode ser ligada ao feminino, pois neste contexto, tratar-se-ia da idealização de uma binariedade compulsória. Para ser reconhecido como masculino, o homem não segue aspectos identificados, pela sociedade, à feminilidade. Assim, a identidade é marcada pela diferença, pois a diferença é aquilo que separa uma de outra, e são produzidas pela marcação dessas diferenças, o que constitui sistemas classificatórios e processos de exclusão. Por exemplo, se você não é masculino, é feminino.

A construção da identidade é tanto simbólica quanto cultural, e os símbolos que marcam as identidades estão repletos de significantes que formam os sentidos e representações delas (WOODWARD, 2000). O cigarro, por exemplo, é um significante da masculinidade em determinadas culturas e para ser reconhecido como tal, precisa acessar determinados marcadores culturais que funcionam como estatuto do ser “homem de

verdade”. Marcos Nascimento (2018) mostra que esses significantes afetam a história de vida dos homens, inclusive nas famílias, na construção do exercício das suas masculinidades:

O primeiro elemento que me vem à mente é uma história contada por meu pai e que ouvi muitas vezes durante a infância. Ele, nordestino, sertanejo, filho mais velho de uma família de 16 irmãos, contava que aos 8 anos de idade começou a trabalhar com o pai na lavoura, nos idos de 1940. Ao fim de sua primeira semana de trabalho, meu avô lhe ofereceu um pacote de cigarros como forma de pagamento. Naquele momento, meu pai deixava de ser criança e passava a ser considerado um homem. De maneira bastante simbólica, a autorização explícita de que pudesse fumar representava um rito de passagem que lhe conferia uma credencial para ingressar no grupo dos “homens trabalhadores” e na vida adulta, independentemente da idade dele (NASCIMENTO, 2018, p. 16/17).

No fragmento, o autor conta que seu pai recebia cigarros de presente, na infância, para ser reconhecido como homem. A partir deste exemplo, mostra-se o contexto histórico e cultural no qual aqueles sujeitos estão inseridos. O sujeito fala a partir de uma posição histórica e cultural específica (WOODWARD, 2000) e discutir a identidade cultural é observar que, por vezes, a comunidade que a inscreve, busca algo como verdades da sua tradição, na unicidade histórica e cultural partilhadas. No entanto, é conveniente demarcar que tais processos são culturalmente produzidos. Acrescenta-se que tal decurso de “tornar-se” e ser, o qual se reivindica, reconstrói a partir de múltiplas temporalidades. Os “homens de verdade” são produzidos e reprodutores da cultura machista, eles possuem credenciais de acesso ao que, Nascimento (2018) chama de Estatuto de ser homem: o processo de passagem de alguém que ainda não é “homem de verdade” e se torna, posteriormente, ligado à um imaginário de homem provedor, independente, insensível e centralizador da organização familiar. Contudo, as identidades não são fixas e imutáveis, elas são fluídas e podem ser reconstruídas por outras práticas sociais, que não a violência e o controle sobre as mulheres.

O sujeito está em construção a partir de posicionamentos e localidades das identidades. Woodward (2000) escreve que os homens constroem posições de sujeito para as mulheres, tomando a si próprios como ponto de referência, o que faz com que as mulheres sejam significantes de uma identidade masculina construída. Assim, manter essa hegemonia, permite o fortalecimento da violência e da subalternidade. Connell (1995) afirma que essas posições de sujeitos constroem relações de poder, e impactam as conceituações de masculinidades, impondo hierarquizações dentro da própria ideia de identidade masculina. Assim, a vivência de um homem gay e negro, certamente, não será a mesma de um homem heterossexual branco, pois se deve compreender a consolidação de privilégios sociais⁸, aqui entendidos como categoria política que, em sua dimensão estrutural, apontado por Zanello (2018) contribui na manutenção de assimetrias de poder, posicionadas desigualmente, entre os sujeitos. A criação de hierarquias entre masculinidades, a partir de estudos culturais, deve-se à consolidação de sistemas de classificação, que criam uma ordem social, no qual a diferença entre as identidades é construída negativamente, pela marginalização, considerada como desviante da norma (WOODWARD, 2000).

Ao pensar nas configurações das masculinidades, é conveniente lembrar da abordagem teórica de Connell (1995), que enfatiza a existência complexa das relações de poder, violências e desigualdades envolvidas no cenário existencial masculino. A sociedade adota narrativa convencional de masculinidade hegemônica, que define as outras masculinidades, não convencionais. A narrativa convencional constrói moldes de gênero, como uma fabricação de pessoas com determinados comportamentos fixos e estruturantes das ações do sujeito. Connell (1995) conceitua a masculinidade como um projeto⁹, para analisar a estrutura de subjetivação masculina:

8 Os privilégios se constituem pelas relações hierárquicas de poder, o qual os homens acreditam ser merecedores de determinadas ocasiões, vive-se em uma bolha que exclui as vivências das mulheres, realidade que é violenta (LIMA; BUCHELE; CLÍMACO, 2008).

9 A ideia de projeto, na filosofia sartriana, envolve pensar o tornar-se homem/mulher, pois, subjetivamente, o ser humano é um projeto que vive a si mesmo, ele/a é responsável pelas suas escolhas e ações. O/a homem/ mulher é aquilo que se projeta e

Isso sugere que devemos pensar na construção da masculinidade como um projeto (no sentido de Sartre) perseguido ao longo de um período de muitos anos e através de muitas voltas e reviravoltas. Esses projetos envolvem encontros complexos com instituições (tais como escolas e mercados de trabalho) e com forças culturais (tais como a comunicação de massa, a religião e o feminismo). Esses encontros têm uma estrutura dialética e não uma estrutura mecânica. [...] (CONNELL, 1995, p. 190).

A contribuição de Connell (1995) sugere a interface histórica, de que homens e mulheres produzem e são produtos na sua realidade. Os pensamentos de Sartre (1987) refletem a subjetividade, e o peso das escolhas no existir, não há justificações biológicas que determinem a forma de ser homem ou mulher, e sim um processo social e biológico, que para a autora é uma estrutura dialética. Dialética, porque não oprime de forma mecânica ou como uma estrutura tão visível de opressão, está inserida na cultura de tal maneira que estão relacionadas às escolas, religiões, mercados de trabalho, entre outros campos da cultura e instituições (CONNELL, 1995).

Ao considerar os apontamentos expostos, Connell (2013) desenha uma conceituação chamada de masculinidade hegemônica. Para a autora, a conceituação é a forma de entender uma das dinâmicas que atravessam o corpo masculino, na conjuntura social, conectado às instituições, às coletividades que constroem a masculinidade na história, através do sistema simbólico e social (CONNELL, 2013). A palavra hegemônica é utilizada justamente para compreender a preponderância na política da masculinidade, pois há uma disputa entre as identidades masculinas na

tem consciência de estar se projetando no mundo. As escolhas são determinantes para o destino da humanidade, assim, ela possui uma dimensão coletiva, o/a homem/mulher se escolhe, escolhendo todos os outros, intersubjetivamente, ele/a é produto e produtor/a da realidade histórica. Refletir sobre sua existência é reconhecer as suas responsabilidades de si para com os outros, o homem/mulher existe, e posteriormente se define, ou seja, não há naturalidade que determine o seu existir, o que há são condicionamentos econômicos, históricos, entre outros, que também constroem a realidade. No entanto, há a possibilidade de outras maneiras de existir e superar esses condicionamentos, não há destinação natural que engesse a existência (SARTRE, 1987).

definição social do ser homem. Nota-se a cristalização tanto de privilégios de algumas masculinidades, quanto a idealização de um padrão a ser seguido pelos homens, que, no entanto, é contestado a todo momento. A política da masculinidade está entrelaçada à história, elas podem ser transformadas ou reconstruídas, e assim, os processos históricos da modernidade e o colonialismo configuram a masculinidade contemporânea (CONNELL, 1995).

A visão de família tradicional é constituída de valores sociais machistas e patriarcais que interpelam masculinidades e feminilidades, no desenvolvimento de comportamentos padronizados dentro da família heterossexual, no qual o homem passa a ser visto como o trabalhador, provedor e a organização familiar se dá em volta dele. A mulher, por sua vez, é silenciada, cuidadora e dependente das opiniões masculinas. Uma das vivências do cotidiano¹⁰ em que isso é notório, remete às discussões familiares, no qual não é recomendado que se polemize com o “homem da casa”, porque ele é o “chefe de família”. Em um outro momento, observa-se um desenho de uma árvore genealógica da família em que, na origem dos ramos que se alongava à família, estavam duas expressões: o “homem da pedra” e a “mulher do homem da pedra”. O machismo desenhado denota a posse do homem sobre a mulher, e então, ao invés de estar escrito apenas a “mulher da pedra”, sem a expressão “do homem”, pois a mulher não é secundária ao homem, e nem um produto dele. Muitas vezes, não se percebe o machismo e a opressão escondidos nestes produtos culturais, que até então são vistos como um padrão a ser seguido, para segurança e manutenção do poder masculino, fomentando, cada vez mais, discursos que podem ser violentos. A ideia de posse é uma agressividade que assombra a estrutura familiar e uma das causas da violência doméstica. Beauvoir (2016), em sua realidade e vivências, já escrevera sobre isso, dado que para ela “(...) A humanidade é masculina, e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele” (2016, v. 1, p. 12).

10 Tais frases surgem das experiências do cotidiano que exemplificam as hierarquizações de gênero e a construção de padrões de masculinidades, atravessadas nas histórias de vida dos homens.

Outra situação de machismo é quando nas épocas de eleições, as mulheres da família formam sua opinião política ou até votam perguntando aos homens em quem eles votariam ou acham que elas poderiam votar. Aqui, nota-se como o machismo é estrutural e afeta as dimensões da política, já que, muitas vezes, as opiniões dos homens de família é votar em outros homens com um perfil conservador, avesso as discussões de Direitos Humanos. Mas essa situação não é meramente episódica às eleições, é fruto de longos processos de silenciamento, exclusão, apagamento e de oportunidades desiguais entre homens e mulheres. Percebe-se que após o jantar, nas famílias, é comum acontecer o costume, de forma naturalizada, de uma movimentação familiar: após jantarem, os homens vão a sala assistir jornal e as mulheres para a cozinha lavar as louças e limpar as coisas. Em tal exemplo, as discussões nacionais e locais de política e economia não serviram para promover autonomia das mulheres, já que elas ajudam os homens ocuparem lugar hegemônico na organização da sociedade. Com esses exemplos, pode-se entender o que Connell (1995) escreve, na medida em que a masculinidade possui uma dimensão coletiva e política.

A masculinidade é uma produção social sobre os corpos, pois o gênero é produzido e reproduzido historicamente. Connell (1995) afirma que o gênero é uma categoria interativo humana, porque as masculinidades e feminilidades estão constituídas em processos de relações sociais e simbólicas, em direção aos seus corpos. Portanto, o corpo, como afirma Woodward (2000) é fundamento para a identidade. O corpo é socializado e situado em um contexto sócio-histórico cultural. A cultura é uma poderosa configuração que atua nas experiências corporais, inclusive na formação de emoções, desejos e sentimentos, o que Zanello (2018) descreve como uma “pedagogia ou colonização dos afetos”.

Sobre o processo de subjetivação dos afetos, Zanello (2018) escreve que a cultura afetiva funciona como um manual de instruções, ou seja, na sociedade patriarcal, as mulheres são condicionadas a um imaginário cultural, e os homens a outros imaginários. Um exemplo apresentado por Zanello (2018) é o condicionamento para a delicadeza às mulheres, em contrapartida, aos homens não cabe performar comportamentos delicados e sensíveis. Existe um controle afetivo sobre os corpos, e quando es-

ses controles não funcionam, há uma série de mecanismos punitivos para padronizar os sentimentos de homens e mulheres. Esse contexto produz silenciamentos em relação aos sentimentos de ambos os gêneros. Nesta estrutura patriarcal, o controle dos sentimentos se dá pelo gendramento dos afetos e desejos de tal modo, que permaneça o poder e dominação sobre a mulher.

Exemplifica-se a emoção como processo social que caracteriza as vivências femininas e masculinas, o qual há uma interpelação entre os gêneros: ao homem cabe o trabalho, independência, ser provedor, corajoso e forte; à mulher cabe o cuidado do lar, dependência, sensibilidade e docilidade. Dentro da casa, tal configuração cultural se manifesta quando pais são interrogados sobre que presentes gostariam de ganhar nos seus aniversários, e é comum que o pai, de pronto, responda que gostaria de um presente de acordo com seus hobbies. No entanto, é comum que a mãe deseje coisas para a casa, não mencionando seus hobbies, ao mesmo tempo que as mães ganham, ao longo de suas vidas, presentes como livros de receitas, aventais, panos de prato etc. Aqui percebe-se como ocorre o condicionamento cultural de determinados desejos aos homens e mulheres, que se mostram cristalizadas pelo imaginário e estrutura machista.

Zanello (2018) mostra que as emoções são respostas culturalmente condicionadas, que se configuram na interface entre sensações corporais, significados culturais e sentidos, e ocorre uma naturalização dos sentimentos. Estes arranjos se organizam nas relações sociais nas quais se constroem as emoções. Consequentemente, os exemplos mencionados, são vivências que não surgem de uma naturalidade, mas da história e da cultura, acrescenta-se que em diferentes corpos, a depender de seus marcadores sociais da diferença, como raça, sexualidade, classe etc., existem outros processos de subjetivação e fabricação de sentimentos e emoções que consolidam práticas sociais, produzidas e reproduzidas no patriarcado, como silenciamentos e outras violências.

2. Diálogos sobre as masculinidades para o fim da violência doméstica? Uma possibilidade dos centros de reeducação na reconfiguração masculina

Reconstruir o exercício da masculinidade na sociedade patriarcal envolve discutir as configurações sociais e históricas do gênero, conforme foi realizado no tópico anterior do artigo. Herdados de interpelações culturais, os homens produzem e reproduzem práticas sociais machistas, simbolicamente marcadas que se consolidam no cenário estrutural de violência doméstica contra as mulheres. O repertório teórico descrito até aqui, auxilia a refletir como os centros de reeducação e reabilitação podem ser uma possibilidade de reconfigurar masculinidades, sobretudo quando esta se expressa em um padrão violento. A Lei Maria da Penha trouxe disposições legais que repercutem nas problematizações de gênero e na perspectiva não essencialista das performances masculinas violentas: os art. 35, inciso V e o art. 45. O primeiro, dispõe que poderá a União, Distrito Federal, Estados e Municípios criar e promover centros de educação e reabilitação aos autores de violência. Paralelamente, o art. 45 afirma que o juiz poderá determinar comparecimento obrigatório do autor de violência doméstica à programas de recuperação e reeducação (BRASIL, 2006). Ao encontro desses artigos, a Lei 13.984/2020 fortaleceu essa perspectiva ao alterar o art. 22 da Lei Maria da Penha, acrescentando além do estabelecimento de frequência do autor de violência aos centros de educação, o acompanhamento psicossocial, através de atendimento ao autor de violência (BRASIL, 2020).

Os artigos mencionados na Lei 11.340/2006 foram importantes no processo de não naturalização da violência doméstica, pois demonstram que há possibilidade de exercer as masculinidades de uma forma não violenta, corroborando o que os estudos de gênero apontam: o gênero é social. Connell (1995) escreve que, como o patriarcado é uma estrutura histórica, apenas será extinto por um processo histórico, no qual se assuma uma responsabilidade coletiva de eliminar essas desigualdades estruturais. Isto implica em ir além de uma igualdade de gênero, e buscar desmontar a masculinidade hegemônica e as suas dimensões de dominação econômica capitalista, culturalmente homofóbica e racista,

bem como, violenta para as mulheres. Indagar as identidades é questionar os essencialismos, fixidez e naturalização de performances e, principalmente, pôr em xeque as identidades hegemônicas, como fizeram vários movimentos sociais do século XX. Os novos movimentos sociais, por exemplo, que emergiram no ocidente a partir dos anos 60, foram marcados pela contestação das identidades, a partir das rebeliões estudantis, movimentos pacifistas e antibélicos, e as lutas pelos direitos civis, constituíram-se em espaços cruciais de transformação das realidades sociais e culturais (WOODWARD, 2000).

O espaço de questionamentos de práticas machistas e violentas, por meio da luta feminista para sacudir a estrutura patriarcal que, atualmente, recebem na Lei o nome de reeducação ou recuperação, surgiu de movimentos entre alguns homens, que notavam a necessidade de pautar a violência de gênero. Nascimento (2018) escreve um depoimento de quando foi convidado, na época da universidade, para assistir o 1º Festival de Poesia Masculina, no Rio de Janeiro, onde escritores homens se reuniam para refletir a identidade masculina:

[... Para além da literatura, esse ‘grupo de homens’ era um espaço aberto e informal para discussões sobre temas como sexualidade, relações afetivas, trabalho, entre outros. Naquele momento, minha percepção era de que se tratava de um espaço alternativo, instigante e potente para pensar “essa história de ser homem”, revelando múltiplas maneiras e possibilidades de exercício da masculinidade (NASCIMENTO, 2018, p. 17).

Nascimento (2018), em sua narrativa, usa o termo “grupo de homens” e, explica que esse termo, nas décadas de 1980 e 90, designava um grupo comunitário de discussão sobre a condição de mulheres, provocados pelos movimentos feministas. Ainda, conta que na América Latina, as associações formais e grupos informais reflexivos sobre o machismo é utilizado o termo “coletivo de homens”. É um desafio existencial e político fundamental, discutir e pensar o exercício da masculinidade, como Connell (2015) escreve que os arranjos de gênero são fontes de prazer, reconhecimento de identidades, fontes de injustiças e danos, é uma ação complexa e difícil.

Neste sentido, em muitas atividades informativas¹¹ do NUMAPE de Francisco Beltrão, percebeu-se a ausência de homens participando, o que mostra a falta de interesse dos homens em conhecer os direitos das mulheres, bem como, de reconhecer seus privilégios e reconstruir as suas identidades.

Embora as atividades do NUMAPE tenham como foco a perspectiva e luta das mulheres, há de se observar o caráter relacional do gênero, o que pode representar para o homem também uma oportunidade de se conscientizar sobre o machismo, prevenir e denunciar a violência doméstica, assim como, de pensar que não é natural a violência, sendo possíveis outras formas de exercer a masculinidade, e que “[...] reconhecer a possibilidade dos vários tipos de masculinidade, não significa tornar essas variâncias fixas, mas oferecer aos homens atuais a possibilidade teórica de diferenciarem e legitimarem as suas masculinidades entre si.” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 6).

A Rede de Homens pela Equidade de Gênero (RHEG), é uma das iniciativas para refletir sobre as masculinidades, e suas interfaces de violência, paternidade, trabalho, entre outros. Inicialmente, a rede de homens buscava trazer para o Brasil, a Campanha do Laço Branco, que se constitui em um coletivo que reúne homens que combatem violência contra as mulheres. A campanha referida foi lançada em Montreal, no Canadá, no final de 1990, em razão do massacre em que um jovem de 24 anos assassinou um grupo de mulheres que estudavam engenharia, a alegação do homem que as matou foi de que aquelas mulheres ocupavam lugares que eram reservados aos homens. Posteriormente, o rapaz se suicidou. Desde então, grupos de homens se organizaram em campanhas para discutir a naturalização e banalização das violências contra as mulheres (NASCIMENTO, 2018). Reconstruir as masculinidades possibilita deslegitimar práticas machistas, de tal maneira que os homens, em processo de reflexão, consigam problematizar as suas próprias identidades, bem como, de outros homens que estejam em seu círculo social, seja de amizade, trabalho ou família.

11 Atividades pedagógicas, de sensibilização e debate sobre as questões de gênero e a violência doméstica. Essas atividades já foram desenvolvidas em muitos lugares, desde escolas, universidades até encontros de movimentos sociais e audiências públicas.

No Brasil, há falta de políticas públicas específicas que promovam momentos de reflexões sobre as masculinidades com autores de violência contra as mulheres. Alguns países já vêm adotando concepções legais e antropológicas no sentido de compreender que intervenções com autores de violência é uma das ferramentas na prevenção e combate da violação dos Direitos Humanos das mulheres. No entanto, são ocasiões pontuais, e que não foram impulsionadas por órgãos-governamentais, universidades, movimentos sociais e outros espaços de transformação social (LIMA; BUCHELE; CLÍMACO, 2008).

Silva (2019) em seus trabalhos para repensar as masculinidades, utiliza a expressão “grupo reflexivo” ao invés de educação ou reabilitação, conforme dispõe a Lei Maria da Penha. A pesquisadora analisou falas de autores de violência doméstica na cidade de Ponta Grossa - Paraná, com o intuito de demonstrar as possibilidades de oscilar a produção de identidades masculinas, situadas dentro de um padrão hegemônico de comprovação de virilidade, ligada à sentimentos de coragem, ausência de vulnerabilidade, medo, o que é um padrão inalcançável. Esses sentimentos são impostos aos homens de forma naturalizada e violenta, de tal maneira que, como afirma Silva (2018, p. 197), “essa violência, inicialmente imposta pela sociedade, acaba por se integrar ao modo performático de ser homem”.

A violência doméstica como um problema social, pode ser pensada por meio de um entrelaçamento de diversas questões, entre elas: identidade, masculinidades, feminilidades e gênero. Silva (2018) conta que em uma de suas intervenções com autores de violência, certa vez, perguntados sobre o silenciamento de sentimentos de fragilidade, um deles usou a seguinte expressão “guardando um vulcão, e uma hora tem que explodir isso aí”. Aqui, percebe-se, como escreve Silva (2018), que há um poder destrutivo de afetos que não são externalizados em determinada situação, e que pode criar processos de adoecimentos. Outras frases ditas que são comuns em muitos momentos da história de vida em que o homem chora e alguém lhe diz: “você é um homem ou um saco de batatas?”. Nota-se a “pedagogia dos afetos”, mencionada anteriormente, onde existem emoções socialmente reconhecidas, e outras proibidas, dá-se um sentido

as vivências e emoções masculinas na estrutura patriarcal (ZANELLO, 2018).

Portanto, as atividades interventivas com homens representam um ponto de partida nas reconstruções dos sentidos sobre as emoções, alterando performances e cenários violentos, até então frequentes, muitas vezes, no histórico familiar dos autores de violência. O controle e moldagem dos sentimentos consolidam traumas nas mulheres, provocando efeitos na subjetividade, inclusive de aproximação do sentimento de morte. As perdas, abandonos, uso de álcool, condutas possessivas e ciumentas provocam agravamentos na situação de violência da mulher, e fortalecem-se, assim, os obstáculos para o término da violência cotidiana (LIMA; WERLANG, 2011).

Em uma pesquisa do departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), sobre homens que praticaram ou sofreram violência, observou-se entre os resultados que a violência é parte da socialização dos homens, e o uso disso no domínio da vida pública e privada (SCHRAIBER et al., 2012). Silva (2018) aponta a relevância de deslocar as masculinidades e suas configurações hegemônicas:

A fixidez de identidades, como homem/forte, mulher/fraca e outros binarismos, deve ser desconstruída nas atividades desses grupos, a fim de que se possa pensar na mudança das atitudes violentas desses homens e o movimento para outras identidades masculinas, para além do padrão hegemônico e heteronormativo. Esse padrão, que autoriza ao homem agir numa perspectiva hierárquica de poder em relação à mulher e que associa virilidade à agressividade impedindo, por exemplo, que eles aprendam como exercitar as suas emoções, certamente, se demonstra libertador tanto para as mulheres quanto para os próprios homens. Isso porque a busca pela identidade masculina hegemônica também causa sofrimento a eles, na medida em que a grande maioria dos homens, individual ou identificados em grupos, não correspondem a esse padrão, sendo discriminados e punidos socialmente por isso (SILVA, 2018, p. 195).

Além disso, Silva (2018) lembra que as configurações de gênero ocorrem por meio de várias instituições, como a mídia, brinquedos, livros, religiões, até na escola com a divisão de esportes¹² (“meninas jogam vôlei e meninos futebol”). O desenvolvimento de uma “pedagogia dos afetos” ocorre pelas instituições e as chamadas “tecnologias de gênero”. As tecnologias de gênero interpelam performances, e são mecanismos que criam, mantêm e reafirmam hierarquias entre homens e mulheres, o silenciamento de emoções, valores de gênero, fortalecimento do patriarcado, e das violências. As tecnologias de gênero não são meramente representações do sistema de diferenças entre homens e mulheres, elas são sua própria produção. Um dos exemplos disso são as mídias, formadas por TVs, redes sociais, filmes, séries etc. Zanello (2018) reflete sobre o desenho animado *A pequena Sereia*, em que Ariel, a sereia, se apaixona por um homem e troca a sua voz pela possibilidade de ter pernas. A troca feita por Ariel exhibe o homem como centro, a mulher como margem, silenciada para agradar o marido e manter a estrutura desigual e violenta. O silêncio se torna o preço a se pagar por manter uma relação com o homem, como demonstra Zanello:

O primeiro ponto que se destaca nesse desenho é algo bem recorrente em quase todos os produtos culturais direcionados às mulheres: a ideia de que a coisa mais importante que pode lhes acontecer na vida é encontrar um homem e que ele é/deve ser o centro motivador organizacional de sua vida. Ou seja, naturaliza-se a ideia de que o sonho de toda mulher é se casar. [...] A tecnologia de gênero, além de interpelar performances, constitui-se em uma pedagogia dos afetos, uma colonização afetiva (ZANELLO, 2018, p. 47).

12 No campo social, escola, há um imaginário de que “ser um bom aluno” não está ligado a um reconhecimento de masculinidade, ou seja, a escola é um reflexo do patriarcalismo. Ali ocorre, constantemente, batalhas entre os meninos para provar quem é “o mais homem”, anota-se sobre a exclusão na escola, de meninos identificados à aspectos de feminilidade. No entanto, a escola pode ser um dos locais possíveis de transmissão de outros modos de viver as masculinidades, promove-se alterações na estrutura de autoridade e poder, constroem-se relações mais democráticas entre os gêneros (GALET; SEFFNER, 2016).

Embora, inicialmente, possa ser visto apenas como um desenho para crianças, há toda uma estrutura que colabora nos processos de subjetivação de homens e mulheres. As tecnologias de gênero são verdadeiras fábricas de padronização de comportamentos e interpelação de performances. Assim, discutir as masculinidades envolve entender esses mecanismos culturais que fomentam a masculinidade hegemônica e naturalizam as assimetrias de gênero.

Como descrito acima, as tecnologias de gênero legitimam práticas machistas, desde uma dimensão simples até as mais complexas. A violência contra a mulher é permitida e estimulada pelos costumes, determinadas religiões, livros, esportes, filmes, enfim, de forma a fortalecer os estereótipos de gênero e de celebrar e banalizar a violência até entre os próprios homens (LIMA; BUCHELE; CLÍMACO, 2008). Portanto, a violência está presente em vários ambientes que os homens se inserem e participam, no que os centros de reeducação podem ser fulcrais para problematizar essas situações e construir contra-narrativas ao enfrentar a masculinidade hegemônica e os processos de subjetivação produzidos pelas tecnologias de gênero.

Os danos emocionais e psicossociais que os homens causam nas mulheres não é uma prática recente, ela é histórica. Zanello (2018) escreve que os processos de subjetivação foram produzidos, também, entre as teorias científicas. Elas foram utilizadas como tecnologias de gênero, mecanismo para silenciar e controlar as mulheres que marcam a história da psiquiatria, na qual homens chamam mulheres de “loucas” e “histéricas”. As mulheres se tornam objetos de pesquisas dos homens da ciência, aponta-se os diagnósticos diferentes para mulheres e homens com a mesma doença, ocorre um gendramento dos sintomas, assim, há um hiperdiagnóstico de transtornos em determinados grupos e uma invisibilização. O diagnóstico e os sistemas de tratamento não se desenvolvem separados da matriz cultural e histórica, pois dão sentido na compreensão dos transtornos, retroalimentam estes mecanismos, por sua vez, as interações sociais e relações de gênero. A loucura estava entre os diagnósticos das mulheres, o homem era relacionado à racionalidade, e a mulher à insanidade, a loucura era vista como um dos erros naturais da mulher, ou até uma essência feminina. Portanto, a construção social das emoções

se dá como um processo interativo entre cultura e corpo, a estrutura sociocultural representa uma arma poderosa de produção de subjetividades. Zanello (2018, p. 37) questiona “que emoções são permitidas e legitimadas como sendo de mulheres e de homens?”

Ao tentar compreender a violência contra as mulheres, pela localidade das masculinidades, na perspectiva psicológica, descreve-se alguns fenômenos, entre eles, o da armadura psicológica da masculinidade. Esse processo se refere quando homens negam e rejeitam qualquer aspecto que remeta à uma ideia de feminilidade, em busca de um possível reconhecimento social de virilidade. Outra questão destacada é a pressão psicológica, os homens desde o início de suas vidas são ensinados a não expressarem determinados sentimentos, como o medo, carinho e fragilidade. Dentre as emoções legitimadas e alimentadas, está a raiva e a agressividade. As histórias das vivências familiares constituem em um importante fator de desenvolvimento de situações de hostilidade, pois os meninos crescem em um ambiente violento, promovidos por outros homens, como seus pais/avôs/tios etc., e veem essa situação como natural ou até uma norma a ser reproduzida (LIMA; BUCHELE; CLÍMACO, 2008).

Os Centros de reeducação ou reabilitação, bem como, a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento do autor de violência a ir nesses centros representa um importante avanço na reconfiguração das práticas sociais machistas. Ademais, deve-se ter uma postura reflexiva, fundamentadas pelas teorias reivindicatórias feministas, de suas próprias identidades e histórias de vida, de tal forma a se problematizar os privilégios sociais, naturalização e banalização da violência. Por essa perspectiva, há possibilidades de os autores de violência legitimarem outras configurações masculinas, que não sejam pautadas na insensibilidade, dominação e opressão. Tal movimento, pode ser trabalho conjunto empreendido em escolas, famílias, universidades, poder público, movimentos sociais, entre outros, que debatam as masculinidades de forma a construir contra-narrativas, pois discutir as masculinidades é repensar as estruturas políticas, econômicas e culturais. Como certa vez escreveu Connell (1995): “no dia em que fotografias com homens carregando armas se tornarem raras e fotografias com homens empurrando carrinhos de bebê se tornarem comuns, aí saberemos que estamos realmente chegando a algum lugar” (1995, p. 205).

CONCLUSÃO

A pesquisa construída demonstrou a importância de políticas públicas, a exemplo da Lei Maria da Penha, na possibilidade de desfazer a masculinidade hegemônica, percebendo-a como um mecanismo para enfrentar e prevenir a violência doméstica. O texto foi apresentado, em perspectiva não essencialista, na qual gênero é uma estrutura de relações de poder que subjetiva, historicamente, homens e mulheres na sociedade patriarcal. Ressaltou-se discussão sobre os aspectos socioculturais das masculinidades, suas estruturas complexas, simbólicas, sociais que provocam efeitos nas subjetividades masculinas. Ademais, o presente trabalho vislumbrou a existência da naturalização das desigualdades entre homens e mulheres, e que por meio dos debates de gênero em diversos espaços, criam-se possibilidades de romper a repetição de atos de violência.

Prenunciar a possibilidade de reconfigurar as masculinidades, teve como parâmetro o reconhecimento da narrativa hegemônica sobre a masculinidade nas sociedades patriarcais, e de traçar contra-narrativas, portanto, novas possibilidades de masculinidades em direção a uma nova política de gênero, como diz Connell (1995), significando novos pensar, agir e viver na sociedade. Percebeu-se que o caminho para o reconhecimento social do ser homem na sociedade sexista, está repleta de sistemas simbólicos que constituem o “estatuto da masculinidade”, que está diretamente relacionada à historicidade das assimetrias de gênero.

A Lei Maria da Penha foi apresentada como uma conquista das mulheres pelo direito de viverem sem violência, na garantia de exercerem seus direitos fundamentais, como o respeito, dignidade humana, educação, saúde e segurança. Constatou-se que a luta pela cidadania perpassa diversas questões entrelaçadas, uma delas é visualizar o gênero como relacional e o fomento de políticas públicas críticas, com embasamento teórico científico feminista que desconstrua e reconstrua as relações sociais. Portanto, a Lei Maria da Penha ao possibilitar a reeducação e reabilitação de autores de violência, representou para além de uma reparação simbólica e de combate à impunidade, uma tentativa de desfazer ou desmontar as masculinidades e, em seu caráter preventivo, como importante instrumento de transgressão e libertação das mulheres à violência doméstica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUVOIR, S. **O Segundo Sexo**. v.1, 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.984/2020**. Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Brasília: Presidente da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha. **Lei n. 11.340/2006**. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Presidência da República, 2006.

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

CARVALHO FILHO, S. A Masculinidade em Connell: os mecanismos de pensamento articuladores de sua abordagem teórica. **Identities**, Rio de Janeiro, p. 1-8, 2008.

CONNELL, R; PEARSE, R. **Gênero: uma perspectiva global**. 3. ed. São Paulo: Nversos, 2015.

CONNELL, R. W. Políticas da Masculinidade. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, p. 185-206, jul/dez. 1995.

CONNELL, R. W.; MESSERSCHIMDT, J. W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. **Estudos Feministas**: Florianópolis, 2013.

GALET, C; SEFFNER, F. DOIS OLHARES SOBRE MASCULINIDADES NO AMBIENTE ESCOLAR: Brasil e Espanha. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 767-782, 1 jul. 2016. Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação. <http://dx.doi.org/10.21723/riaee.v11.n2.p767>.

HAMLIN, C.; VANDENBERGHE, F. Vozes do Sul: entrevista com Rawebyn Connell. **Cadernos Pagu**, Campinas, v. 40, p. 345-358, 2013.

LIMA, D. C.; BUCHELE, F.; CLÍMACO, D. de A. Homens, Gênero e Violência Contra a Mulher. **Saúde Soc.**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 69-81, 2008.

LIMA, G. Q. de; WERLANG, B. S. G. Mulheres que sofrem violência doméstica: contribuições da psicanálise. **Psicol. estud.** [online]. 2011, vol.16, n.4, pp.511-520. ISSN 1413-7372. <https://doi.org/10.1590/S1413-73722011000400002>.

NASCIMENTO, M. Essa história de ser homem: reflexões afetivo-políticas sobre masculinidades in CAETANO, M. e JUNIOR, P. M. da S. **De guri a cabra macho: masculinidades no Brasil**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2018.

SARTRE, J.P. **O Existencialismo é um humanismo**. In: Os Pensadores. 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SCHRAIBER, L. B. *et al.* Homens, masculinidade e violência: estudo em serviços de atenção primária à saúde. **Rev Bras Epidemiol**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 790-803, 2012.

SILVA, C. S. Identidades: relação entre as masculinidades, gênero e violência. **Revista X**, Curitiba, v. 14, n. 4, p. 184-199, 2019.

WOODWARD, K. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual in Tomaz Tadeu SILVA (organizador). **Identidade e diferença – a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000.

MARQUES, S. M. dos S. et al. Núcleo Maria da Penha: apoio às mulheres, UNIOESTE campus de Francisco Beltrão. In: XIX SEMINÁRIO DE EXTENSÃO DA UNIOESTE., 19., 2019, Toledo. **Anais do XIX Seminário de Extensão da Unioeste**. Toledo: 2019. Disponível em: <https://www5.unioeste.br/eventos/seu/anais/XIX_SEU_Anais.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

ZANELLO, V. **Saúde mental, gênero e dispositivo: cultura e processos de subjetivação**. Curitiba: Apris, 2018.

Beneficiário de auxílio financeiro da Superintendência de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Paraná (SETI) e da Unidade Gestora do Fundo Paraná (UGF), vinculada ao Programa Universidade Sem Fronteiras.

IMPEACHMENT DE MINISTROS DO STF: ENTRE O CONTROLE E A COOPTAÇÃO INSTITUCIONAL

IMPEACHING STF JUSTICES: BETWEEN THE INSTITUTIONAL
CONTROL AND THE INSTITUTIONAL COOPTATION

Guilherme Balbi¹

Data de Submissão: 14/08/2021

Data de Aceite: 20/11/2021

Resumo: Constitucionalmente previsto como instrumento de responsabilização dos integrantes do Supremo Tribunal Federal (STF), o impeachment de ministros passou a ser cada vez mais acionado a partir de 2019. Usado tanto para controlar comportamentos potencialmente excessivos quanto para combater decisões jurisdicionais, ele traz desafios ao presidente do Senado, responsável por analisar sua admissibilidade. Este artigo, de natureza empírica, descreve e analisa os fundamentos e condutas alegados pelos autores das petições de impeachment, além das respostas dadas pelo Senado na inadmissão dos pedidos. Observa que os pedidos passaram a ter um uso cada vez mais político: são movidos cada vez mais por deputados e senadores e muitos deles passaram a pleitear a retirada de todos os ministros da Corte. O Senado, por sua vez, tem exercido sua atribuição de modo político: embora suas decisões tenham assumido encargo argumentativo cada vez maior, os Senadores protelam as decisões de inadmissibilidade, tornando o impeachment um instituto ameaçador aplicável a qualquer tempo. Como os usos e as intenções em torno da ferramenta são diversos, este artigo argumenta que é necessário cautela redobrada em seu manejo, procedimental e argumentativamente, a fim de evitar o uso autoritário do impeachment de ministros.

1 Mestrando e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Palavras-chave: Impeachment de ministros; Supremo Tribunal Federal; Senado Federal.

Abstract: Constitutionally designated as an accountability instrument of the Brazilian Supreme Court (STF) justices, the impeachment has been increasingly triggered since 2019. Used to control potential excessive behaviors, as well as to contest judicial decisions, it presents challenges to the President of the Brazilian Senate, responsible for its admissibility procedure. In this empirical study, I describe and analyze the reasons and misconducts claimed by the petitioners, as well as the responses given by the Senate when rejecting the impeachment requests. I observe that requests have been politically used: they are increasingly moved by deputies and senators and plenty of them seek the removal of all ministers from the Court. The Senate, on the other hand, has played its roll politically: although their decisions have taken on an increasing argumentative burden, the Senators have postponed the inadmissibility decisions, making impeachment a threatening institute applicable at any time. The plurality of usages and intentions regarding the impeachment tool demands caution on its handling in order to avoid its discretionary and authoritarian use.

Key words: Impeachment; Justices; Supremo Tribunal Federal; Senate.

I. Introdução

Nos últimos tempos, pouco se diverge acerca da relevância que o Supremo Tribunal Federal (STF) e seus ministros adquiriram na definição de questões importantes para o país, fenômeno recorrentemente destacado em textos acadêmicos², jornalísticos³ e até pelos próprios ministros.

Ao instalar-se no centro do debate público, o STF passou a ser alvo constante de críticas e ataques. Diante de decisões e condutas polêmicas dos ministros e ministras, setores da sociedade passaram a manifestar, de diversas formas, um incômodo em relação a uma suposta ausência de responsabilização a possíveis excessos cometidos pelo Tribunal – seja por meio da crítica pontual e fundamentada a comportamentos, seja da tentativa de desqualificar o Tribunal e eliminar seus ministros⁴.

Esse cenário colocou em evidência um instrumento presente no arranjo institucional da atual Constituição de 1988, que se tornou um dos principais meios formais de expressão da referida indignação: o impeachment de ministros do STF. Após um aumento no número desses pedidos no ano de 2016, o tema voltou à agenda de discussões em 2018 e 2019, tanto com a ascensão de um candidato à presidência da República que, à semelhança de governos autoritários, manifestou desejo de intervir no STF⁵, quanto com manifestações de atores diversos da cena política⁶, incluindo ministros

2 São exemplos desses estudos que destacam a expansão da atuação do STF e os fortes poderes individuais e colegiados dos ministros: Arantes (2005); Vieira (2008, 2018); Falcão, Oliveira, (2013); Arguelhes, Ribeiro (2018); Silva (2016).

3 Conforme se depreende de: Mendes (2018) e Lewandowski (2018).

4 No primeiro sentido, podemos citar Freitas (2017) e Comparato (2019), além de programas e seminários como Gazeta do Povo (2018) e Folha-FGV (2018). Surgem, por outro lado, manifestações vinculadas a intimidações praticamente explícitas e perseguição a determinados ministros, conforme se depreende das NRs 5, 6 e 7.

5 Conforme se depreende de notícia (FOLHA DE S. PAULO, 2018).

6 Veja, por exemplo, a notícia da Folha de S. Paulo (BRAGON, 2020), que relata que o atual presidente nacional do PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), o ex-deputado

do governo⁷. Com o intuito de afrontar a independência judicial, parlamentares apresentaram pedidos de impeachment como meio de se insurgir contra decisões proferidas pelo STF ou recomendaram seu uso ao Presidente⁸, corroborando o entendimento de que o impeachment de ministros se tornou instrumento saliente na disputa política contemporânea, com possível impacto na estabilidade institucional.

O presente trabalho⁹ busca apresentar como esse instituto tem funcionado, a partir da identificação de quais são os atores e atrizes que o utilizam, como e quando o fazem, bem como de que forma o Senado Federal formalmente reage e manuseia esta ferramenta constitucional. Equilibrando-se entre as intenções de iniciativa correcional e a tentativa de eliminação política de ministros, o instrumento traz uma série de desafios à Mesa do Senado Federal, responsável por decidir pelo acolhimento ou não desses pedidos.

Roberto Jefferson, manifestou opinião à favor da “demissão” e “substituição” dos onze ministros do STF.

7 Em reunião ministerial de 22 de abril de 2020, o ministro da Educação Abraham Weintraub defendeu a prisão dos 11 ministros do STF (MEGALE; TALENTO, 2020).

8 Conforme se depreende de Linhares (2019), Brasil (2019) e Uol (2020).

9 Gostaria de agradecer enormemente a Lívia Gil Guimarães, que tanto colaborou para a estruturação desse estudo e desse artigo; aos integrantes do grupo de pesquisa da Faculdade de Direito da USP, Constituição, Política e Instituições (CoPI), em especial aos professores Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hubner Mendes, e aos pesquisadores Filipe Natal de Gaspari, Luiz Fernando Esteves, Túlio Jales, Nikolay Bispo, Amanda Melillo, Ana Laura Barbosa, Marina Gibson, Artur Pericles Monteiro, Peter Panuto, Meliza Franco e Bonifácio José de Andrada pelos comentários e críticas feitas durante seminário de pesquisa realizado em abril de 2019, em que uma versão preliminar deste texto foi apresentada. Agradeço, também, a Leandro Molhano, pela leitura feita, aos professores Fabiana Luci de Oliveira e Diego Werneck Arguelhes pelas críticas e sugestões feitas durante o IX EPED, em 2019, e aos professores Jairo Lima, Flávia Santiago Lima, Igor Suzano Machado, Rodrigo Martins e José Wanderley pelas críticas e sugestões discutidas durante o VIII EPED, em 2018. Todas as sugestões e críticas feitas foram muito importantes e ajudaram a incrementar o artigo. Toda e qualquer falha, contudo, é de responsabilidade única e exclusiva do autor.

A partir da compreensão de que este instituto encontra-se no centro da noção de freios e contrapesos e que seu uso indiscriminado pode ser elemento constitutivo de disputas em torno da independência do Judiciário, a presente pesquisa evidencia de forma descritiva como o Senado compreende o seu papel nesse exercício de controle de ministros do STF, investiga se há uma construção de parâmetros para o desempenho da função política-judicante dos ministros do STF e analisa, diante do atual uso da ferramenta, sua suscetibilidade a um uso autoritário danoso à independência do Tribunal.

Os dados foram gerados a partir das petições protocoladas no Senado Federal, dos despachos de seu Presidente e dos respectivos pareceres da Advocacia, todos acessíveis por meio do sítio eletrônico do Senado¹⁰. A categorização a ser apresentada observou os dispositivos legais apresentados pelos peticionantes – de modo que, recorrentemente, uma mesma petição aparecerá em mais de uma categoria. Dado o elevado número de petições (ao todo, 74), serão apresentadas as interpretações mais recorrentes e representativas acerca de cada um dos incisos da Lei 1.079/50, para ilustrar os diferentes usos da ferramenta.

Em relação às decisões do Senado, dada a cronologia de seu maior acionamento a partir de 2016, a análise foi recortada às diferentes estratégias e procedimentos empregados pelos senadores Renan Calheiros, Eunício de Oliveira e Davi Alcolumbre, para além das fundamentações principais e mais recorrentes apresentadas por eles.

10 As petições e decisões foram obtidas em consulta via Lei de Acesso à Informação nos dias 29 de maio de 2017, 15 de março de 2018, 30 de janeiro de 2019 e 13 de maio de 2020. Também foram obtidas por meio de pesquisa no site do Senado Federal em pesquisa que utilizou as chaves de pesquisa “impeachment” e “Supremo Tribunal Federal” e ““PETIÇÃO (SF) n°” e “Supremo Tribunal Federal”, tendo sido descartadas as petições que não faziam referência a impeachment de ministros.

II. Desenvolvimento: entre a iniciativa correcional e o ataque institucional: a descrição como método de organização dos dados

Em contexto nacional e internacional de questionamento das instituições democráticas, o impeachment de ministros situa-se na fronteira entre a iniciativa correcional, que busca o aperfeiçoamento do Tribunal, e a tentativa de desqualificá-lo, que objetiva diminuir suas prerrogativas e/ou realizar seu aparelhamento para perpetuação de determinado grupo político no poder. Nesse cenário, o estudo desta ferramenta adquire relevância, não só por auxiliar na reflexão acerca do bom funcionamento das instituições – como o STF e o Senado, mas também por investigar e organizar os dados relativos ao uso deste instrumento no país.

O argumento que este trabalho pretende construir possui natureza descritiva, justamente porque entende que, diante da lacuna na existência de dados nacionais sobre o assunto, são essenciais a exposição e a sistematização desses dados para que, posteriormente, outras pesquisas contendo perguntas de natureza causal possam ser levantadas e, eventualmente, respondidas. A ideia de argumento descritivo não deve ser entendida em oposição às noções de argumentação normativa, mas sim no sentido de desvendar um fenômeno (ou parte dele) de diversas formas¹¹.

Para tanto, o texto está estruturado da seguinte forma: inicialmente será apresentado um levantamento acerca das petições levadas ao Senado Federal, indicando seus autores e as principais condutas que fundamentaram os pedidos. Posteriormente, serão analisadas as decisões do Senado, descrevendo o procedimento, o

11 A ideia de argumento descritivo perseguido neste artigo tem como base as ideias de John Gerring (2012), para quem argumentos descritivos podem ser desenvolvidos independentemente de formulações causais (GERRING, 2012, p.733) e podem ser desenvolvidos a partir de variadas estruturas (taxonomia) não-exaustivas, como a construção de relatos, de indicadores, de associações, de sínteses e de tipologias (GERRING, 2012, p. 725).

comportamento do órgão frente às demandas que chegaram até ele e três principais momentos recentes que sintetizariam sua atuação. Feita esta exposição, serão discutidos os resultados e as considerações finais.

Como se depreende do próprio título do artigo e das premissas estabelecidas algumas linhas acima, as descrições, inferências descritivas, análises e discussões estão organizadas em torno de noções teóricas situadas na ideia de que juízes são atores institucionais constrangidos pelo sistema político que o circunda, de forma que seu poder pode ser mais ou menos limitado pelos outros poderes e pela opinião pública¹². Logo, o artigo se afasta de interpretações que entendam que o STF seja uma instituição jurídica necessariamente distante da política^{13 14}.

O artigo parte da compreensão de que política e direito têm uma relação de interdependência e seus ministros, portanto, podem ser afetados e impactados por jogos de força no mundo da política que ponham em xeque os limites de sua credibilidade e reputação institucionais. Essa escrita, portanto, se dá tanto em um contexto político nacional de ganho de poder supremocrático e ministrocrático, mas também permeado por constantes ameaças contra o Tribunal e aos seus ministros e ministras.

12 Sobre as ideias de como as cortes se relacionam com a opinião popular, ver Friedman (2000), Durr; Martin; Wolbrecht (2000) e Caldera (1986).

13 Sobre decisões judiciais no controle de constitucionalidade (judicial review), diz Friedman (2009, p. 8882): “Claramente o que os juízes (ministros) fazem é lei, e não diminui esta compreensão reconhecer que eles têm uma certa margem de discricção, mesmo uma larga margem dela. Mas a política também influencia a Corte de inúmeras formas que vão desde o processo de nomeações até a responsividade aos sentimentos públicos.” (tradução livre).

14 Oliveira (2017, p. 967), ao analisar notícias do Jornal Folha de S. Paulo entre os anos de 1999 e 2014, chega à conclusão de que “apenas 1% do total de notícias afirma o discurso de imparcialidade e o perfil apolítico da instituição” e “que o jornal Folha de S. Paulo *construiu uma imagem eminentemente política do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1999 e 2014*”.

III. As petições de impeachment

III.1 Previsão normativa do instituto, seus autores e o ano dos pedidos

Previsto no art. 52, II da Constituição de 1988 e regulado pela Lei nº 1.079/50¹⁵, o impeachment de ministros do STF já foi objeto de 74 petições¹⁶ contra os seguintes ministros¹⁷:

Tabela 1 – Número de petições de impeachment por ministros/as do STF até dezembro/2020

Ministro(s) acusado(s)	Número de petições
Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes	17
Dias Toffoli	15
Ricardo Lewandowski	9
Luís Roberto Barroso	8
Luiz Fux e Marco Aurélio	7
Rosa Weber e Luiz Edson Fachin	5
Celso de Mello	4
Nelson Jobim, Barros Barreto, Luiz Gallotti, Cândido de Mota Filho, Carmen Lúcia	2
Ilmar Galvão, Nelson Hungria, Carlos Lafayette de Andrada, Ribeiro da Costa, Vilas Boas, Sampaio Costa, Joaquim Barbosa	1
Sem identificação do polo passivo	1

Fonte: elaboração própria

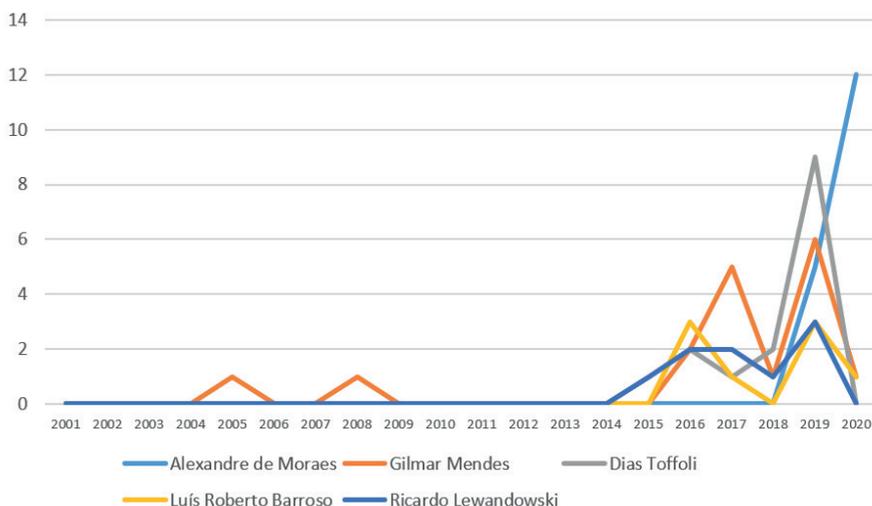
15 “Art. 52: Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal (...)”. O impeachment foi importado do modelo estadunidense, país no qual ele já foi movido mais contra juízes do que contra outras autoridades – 15 juízes federais até 2010, enquanto apenas 2 Presidentes foram julgados pelo Senado (NEUMANN, 2007). No Brasil, o instituto surgiu como instrumento aplicável aos ministros do STF na Constituição de 1891 e continuou nas Constituições seguintes, embora apenas as de 1967, 1969 e 1988 tenham sido feitas já sob a vigência da Lei nº 1.079/50.

16 Dados empíricos sobre algumas dessas petições de impeachment de ministros do STF podem ser vistos também em Balbi (2017, 2019).

17 Vale ressaltar que uma série de petições foram dirigidas a mais de um ministro, ao passo que uma petição (Petição 2/2018), não especificou quais os ministros que comporiam o polo passivo da demanda, insurgindo-se indefinidamente contra “Ministros do STF”.

Analisando o número de pedidos contra os cinco ministros mais acionados ao longo do tempo, é possível observar um aumento substancial de denúncias contra o ministro Alexandre de Moraes a partir de 2020, do ministro Dias Toffoli a partir de 2019 e dois picos de insurgência contra o ministro Gilmar Mendes nos anos de 2017 e 2019. É possível perceber, assim, que o aumento do número de pedidos a partir de 2020 não ocorreu contra o Tribunal como um todo, mas sim contra um ministro em particular – que havia sido alvo de apenas cinco petições até então.

Gráfico 1 – Número de pedidos de impeachment por Ministro (cinco mais acionados)



Fonte: elaboração própria

Tais pedidos, ao total, foram assinados por 103 autores, advindos de diversas profissões discriminadas abaixo:

Tabela 2 – Profissões dos autores dos pedidos até dezembro/2020¹⁸

Profissão	Número de autores
Advogado	27
Deputado federal	22
Cidadão	8
Senador	6
Professor Universitário	4
Funcionário Público	3
Jornalista	3
Funcionário Público	3
Estudante	3
Empresário	3
Deputado estadual	2
Membro do Movimento Mobilização Brasil	2
Contabilista	1
Médico	1
Administrador de empresas	1
Advogado e professor universitário aposentado	1
Ex-Procurador Geral da República	1
Ex-subprocurador geral da República	1
Juiz do trabalho e professor universitário	1
Microempreendedora	1
Desembargador aposentado	1
Corretora de imóveis	1
Auditora Fiscal aposentada	1
Secretária parlamentar	1
Procurador de justiça do MPMG	1
Promotor de justiça do MPSC	1
Promotor de justiça do MPDFT	1

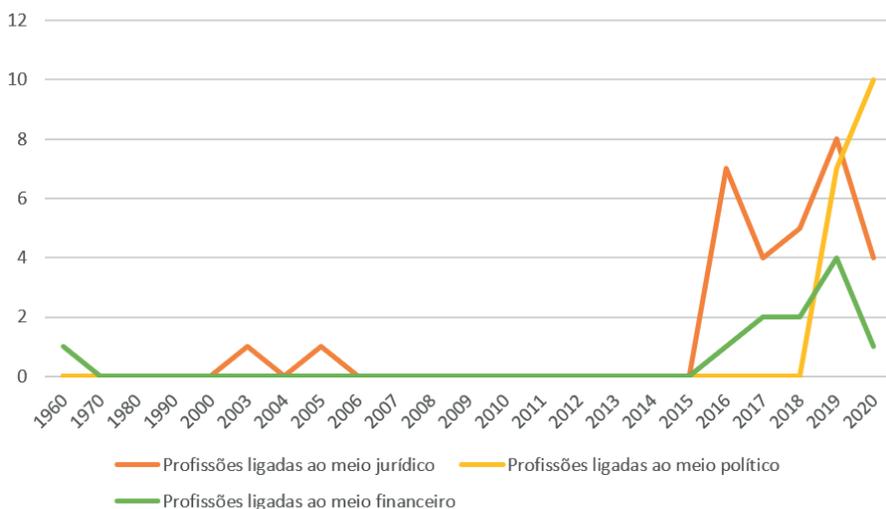
18 Para a construção da tabela, foi considerada a profissão indicada pelos autores na qualificação do pedido de impeachment.

Presidente Frente Cidadã	1
Empresário ex-deputado federal	1
Oficial da PMMG na reserva	1
Policial Militar da Reserva e Deputado Federal (Presidente da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados)	1
Consultor Financeiro Pessoal	1
Militar da Marinha	1
Presidente do PTB	1

Fonte: Elaboração própria.

A análise da profissão dos autores ao longo do tempo revela um aumento substancial de petições assinadas por autores advindos do mundo político nos últimos anos: até 2018, a categoria não havia sido responsável por assinar nenhuma petição. Entre 2019 e 2020, entretanto, eles se tornaram os principais autores – assinando 18 pedidos ao total. Já os autores advindos de carreiras jurídicas tiveram atuação forte em 2016 e 2018, assinando apenas 4 petições em 2020.

Gráfico 2 – Profissão dos autores por número de pedidos ao longo do tempo



Fonte: elaboração própria

A ideia de olhar para a origem profissional das pessoas que entraram com o pedido de impeachment contra ministros e ministras do tribunal possui o intuito apenas de mapear o marcador “profissão”, a fim de entender se há setores sociais, políticos ou econômicos possivelmente mais ou menos inconformados com o STF, ou mesmo se algum desses setores se sente mais ou menos confortável com o manuseio da ferramenta do impeachment. Também teve o propósito de entender quando o instituto passou a ser manejado por políticos.

A forte presença de profissões jurídicas¹⁹ no uso do instituto precisa ser estudada em profundidade, inclusive com um delineamento narrativo sobre suas motivações e suas redes de atuação – o que não é o objetivo desta pesquisa. Há, contudo, estudos que apontam para o forte capital profissional acumulado pela advocacia no campo político da justiça estatal²⁰, o que pode explicar a grande participação desses atores também na mobilização do instituto aqui estudado. Além disso, a recente tendência de mobilização do instituto por políticos também merece aprofundamento, dado o impacto disso na separação de poderes e na estabilidade institucional.

No que se refere aos fundamentos apresentados nas petições de impeachment, grande parte das petições se escorou no art. 39, 5 (proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decore de suas funções). Também foi recorrente a menção aos artigos 39, 4 (desídia) e 39, 2 (não declaração de suspeição dos ministros)²¹.

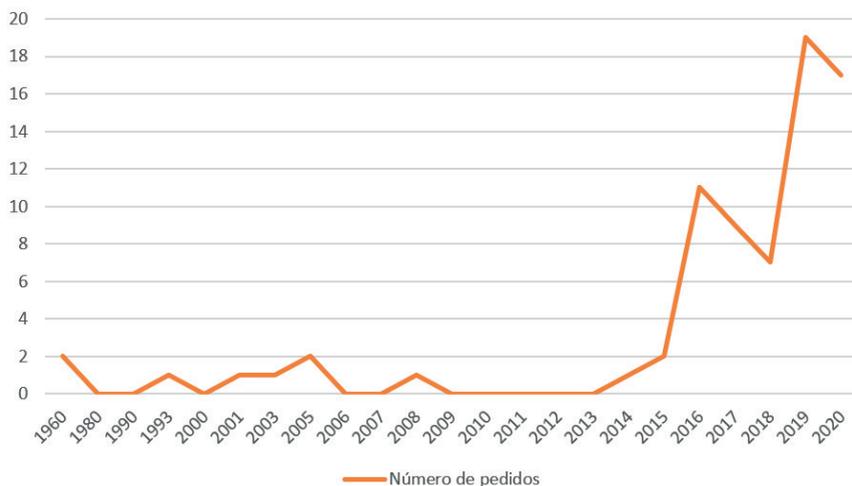
19 Para um estudo aprofundado sobre a elite jurídica e sua atuação em torno da política, ver Almeida (2010), para quem: “*Outra forma de capital simbólico dominante no campo político da justiça estatal é o capital profissional, produzido e acumulado pelos diferentes grupos profissionais da administração da justiça e que é compartilhado e transferido a cada um de seus membros*”. (ALMEIDA, 2010, p. 291-292).

20 “*Nesse aspecto, de acordo com os dados coletados e analisados nesta pesquisa, a advocacia parece ser o grupo profissional com maiores quantidades de capital profissional e com maior capacidade de transmissão, aos seus membros, dos capitais acumulados pelo grupo e, principalmente, por sua organização profissional [...] o capital profissional acumulado pelo grupo, transferido e compartilhado por seus membros, decorre em grande parte do processo de institucionalização do grupo e de consolidação de seu poder profissional, traduzido por sua autonomia em relação ao Estado e outras ocupações correlatas e por sua capacidade de autogoverno, credenciamento e controle do exercício profissional.*” (ALMEIDA, 2010, p. 291-292).

21 Sozinho ou isoladamente com outros dispositivos, os incisos da lei 1.079/50 fo-

No que se refere ao ano em que as petições foram apresentadas, é possível observar um aumento exponencial em seu uso a partir de 2016, com grande número de denúncias em 2019 e 2020²², conforme ilustrado no gráfico abaixo.

Gráfico 3 – Evolução dos pedidos de impeachment por ano de protocolo



Fonte: Elaboração própria.

As causas para tamanho aumento (87% das petições foram protocoladas após 2015) podem ser de diversas ordens. Entretanto, o fato de coincidirem com o aumento do protagonismo do Tribunal no uso de seus poderes monocráticos e colegiados (especialmente após a existência de casos envolvendo a classe política e o combate à corrupção, como os casos vinculados à operação conhecida como Lava Jato) é uma possível hipótese explicativa a ser levantada, em que o impeachment seria usado

ram citados em: art. 39, 1 (alterar voto já proferido): 9 petições; art.39, 2 (não declaração de impedimento e suspeição): 24 petições; art. 39, 3 (atividade político partidária): 19; art. 39, 4 (desídia): 36 petições; art. 39, 5: 54 petições.

22 1960: 2 petições; 1993, 2001, 2003: 1 petição; 2005: 2 petições; 2008 e 2014: 1 petição; 2015: 2 petições; 2016: 11 petições; 2017: 9 petições; 2018: 7 petições; 2019: 19 petições; 2020: 17 petições.

como forma de contrabalançar o que viam como poder praticamente ilimitado dos ministros. Além disso, as constantes afrontas ao STF a partir de 2019, encampadas pelo próprio governo federal, certamente foram elemento relevante para o aumento ocorrido entre 2019 e 2020, especialmente nos pedidos vindos das classes políticas.

Estas hipóteses merecem aprofundamento em estudo próprio, devendo ser testadas com o devido controle de outras variáveis, como o contexto político-eleitoral, a existência de crise econômica, dentre outras, para ser devidamente comprovada ou rechaçada.

III.2 Condutas e fundamentos

III.2.1 “Alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal”

Tipificado como crime de responsabilidade no inciso 1 do art. 39 da Lei 1.079/50, a alteração de decisão ou de voto foi fundamento suscitado apenas em conjunto com outros incisos, estando presente em 9 petições.

No início do século, tal inciso motivou as petições 14/2005 e 14/2001, contra os ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio. Ambas alegavam que, ao errar na contagem dos votos, os ministros teriam alterado indevidamente determinados julgamentos, subvertendo o resultado final legitimamente votado pela maioria dos ministros presentes na sessão. Pautavam-se, portanto, na literalidade do inciso, exposto como título dessa subseção.

A partir de 2019, esse dispositivo passou a mobilizar uma interpretação mais extensiva por parte dos peticionantes, de modo a combater decisões judiciais monocráticas. Nas petições 3, 15, 5/2019 – as duas primeiras movidas contra o ministro Dias Toffoli e a terceira contra o ministro Marco Aurélio – o art. 39, 1 da Lei 1.079/50 é usado como forma de desaprovar as decisões dos ministros que contrariassem os precedentes do tribunal. A primeira se insurge contra decisão que impossibilitou a votação aberta para escolha do Presidente do Senado – em uma atuação monocrática que, segundo os autores da petição, teria violado os prece-

dentes do próprio ministro Toffoli²³. De modo semelhante, a petição 15 sustenta que ele teria incorrido nesse inciso ao suspender, monocraticamente, as investigações com base em dados do COAF, contrariando o entendimento dos Tribunais Superiores.

Nesse mesmo sentido, a petição 5 problematiza decisão monocrática do ministro Marco Aurélio de soltar todos os presos condenados em segunda instância às vésperas do recesso forense. De retórica inflamada²⁴, a petição aponta que o ministro teria deliberadamente contrariado posicionamento fixado em Plenário acerca do tema, incorrendo em crime de responsabilidade.

Essa tendência seguiu em 2020, quando, por meio desse fundamento, o Senador Luiz Carlos do Carmo (MDB) considerou que o ministro Alexandre de Moraes teria cometido crime de responsabilidade ao impedir, via liminar, a posse de Alexandre Ramagem como chefe da Polícia Federal e, posteriormente, declarar extinto o Mandado de Segurança (petição 2/2020)²⁵.

A análise permite constatar, assim, uma expansão na compreensão acerca desse inciso – antes vinculado a uma conduta estritamente proce-

23 “Em que pese à (sic) relevância dos serviços prestados pelo Supremo Tribunal Federal, sua atuação, como guardião constitucional não possui condão de sobrepor à consagrada separação de poderes, tampouco agir de modo incoerente, atacando de forma mendaz os precedentes próprios e da corte de acordo com a conveniência do momento.” Petição 3/2019, p. 2.

24 Em que é exemplo o seguinte trecho: “(...) demonstrando toda sua hipocrisia, o Ministro representado queixou à imprensa que ‘depois de 40 anos de toga não posso conviver com manipulação de pauta’. Ora, a toga já está evidentemente envelhecida e o ministro aparentemente senil”. Petição 5/2019, p. 4.

25 “O aludido tipo sancionatório estabelece que a conduta de alterar, por qualquer forma, a decisão já proferida, constitui crime de responsabilidade. Para assim proceder o denunciado, sem que houvesse recurso de sua decisão, avocou os autos eletrônicos ao seu gabinete e o julgou extinto, por perda de seu objeto, obstando o natural prosseguimento do processo que deveria ir com vista ao Procurador-Geral da República para o imprescindível parecer e posteriormente ao plenário para decisão (...). A alteração da decisão, proferida para extinguir o Mandado de Segurança sem o julgamento plenário, colide frontalmente com o disposto no item 1º do art. 39 da Lei 1.079/1950 e torna permanente uma liminar precária e proferida em instrumento ilegítimo que impediu o Presidente de nomear o Delegado Alexandre Ramagem para o cargo de Diretoria-Geral da Polícia Federal.”. Petição 2/2020, p. 14-15.

dimental, passou a compreender também, por parte dos autores das petições, as decisões individuais dos ministros contrárias aos precedentes do STF. Essa compreensão, se feita de maneira apressada, pode ser bastante problemática, não só porque hoje há uma tendência forte à monocratização do Tribunal, mas também porque, se não devidamente rechaçado pelo Senado, torna o dispositivo um instrumento para punir a atividade jurisdicional típica dos ministros.

III.2.2 Proferir julgamento quando, por lei, seja suspeito na causa

Nessa categoria, enquadram-se as petições que identificaram condutas violadoras da imparcialidade objetiva do Judiciário, quando ministros não se declararam impedidos ou suspeitos (art. 39, 2⁶ da Lei 1.079/50)²⁷.

Presente em 24 petições, tal fundamento, desde o início, mesclou interpretações mais amplas com hipóteses mais taxativas, quase que literais, de supostas violações a esse princípio.

Essa tendência é perceptível já nas primeiras petições: em 1995, um cidadão alegou que o ministro Ilmar Galvão teria cometido crime de responsabilidade ao não se declarar impedido para participar do jul-

26 A referência, nesse trabalho, ao número do inciso em algarismo arábico, e não ao algarismo romano, segue a própria Lei 1.079/50, que utiliza esse modelo para fazer referência aos dispositivos.

27 Para os fins desse trabalho, considerou-se a primeira categoria como violadora da imparcialidade subjetiva do Judiciário, dado que a acusação de parcialidade se fundou um suposto favorecimento a uma das partes. A segunda categoria, por outro lado, foi considerada como violadora da imparcialidade objetiva do Judiciário, pois com frequência se sustentou que a não declaração de suspeição feriria a imagem de imparcialidade de toda a instituição. A divisão acompanha texto de Conrado Hübner Mendes (2017), segundo o qual: “Sempre que questionado, Gilmar Mendes afirma que sua isenção é inabalável, como se fosse esse o problema. (...) Seu equívoco é intencional e confunde imparcialidade objetiva e subjetiva: sabe que os mecanismos legais de suspeição e impedimento não servem para garantir o juiz honesto, mas para assegurar a imagem de imparcialidade da justiça e afastar qualquer desconfiança quanto à legitimidade da decisão. É preciso parecer honesto e imparcial, como a mulher de César.”.

gamento do ex-presidente Fernando Collor, que o havia indicado ao STF. Do mesmo modo, a denúncia 2/1960²⁸ alegava crime de responsabilidade por uma série de ministros ter participado de julgamento que versava sobre tributação do salário de juízes, causa em que teriam interesse.

Posteriormente, entre 2015 e 2018, uma série de petições se insurgiram contra atitude do ministro Dias Toffoli de não se declarar suspeito para julgar ações envolvendo instituição financeira da qual ele era devedor. Baseando-se em uma interpretação literal das hipóteses de impedimento e suspeição²⁹, as petições fazem inúmeras menções à “derrocada moral que assolou o Executivo” e refutam qualquer incompatibilidade do instituto do impeachment com a separação dos poderes³⁰, argumentando que ele seria um meio para proteger a credibilidade do Judiciário diante do suposto descumprimento da lei.

Fundamento semelhante é encontrado em petições envolvendo o ministro Gilmar Mendes: a imparcialidade objetiva do Judiciário teria sido colocada em risco quando ele julgou processo movido por professora da instituição de ensino do qual o ministro é sócio, bem como causas patrocinadas pelo escritório do qual sua esposa seria sócia (peti-

28 As três petições anteriores a 2001 (Denúncia 1/1960; 2/1960; e Diversos 46/1995) não foram catalogadas pelo Senado Federal pelo nome Petição, que passou a ser adotado a partir de 2001.

29 “O Acusado Dias Toffoli contraiu empréstimo bancário junto à instituição financeira Banco Mercantil em valores que superam R\$ 1,4 milhão de reais. (...). A existência do empréstimo bancário, tendo como devedor o Acusado, é incontroversa. (...). Ainda em relação a este empréstimo e, por ilação, talvez seja esta a razão porque o mútuo foi concedido de forma tão inusitada, o Denunciado julgou ações tendo como parte o próprio banco credor, em recursos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal e como agravante, na função de relator! Isso mesmo: foi juiz de seu credor. (...) O Denunciado julgou processos, estando impedido. Julgou sendo suspeito pela lei. A suspeição que se afere é dada por critérios objetivos. (...) Incorreu no art. 135, inciso II do CPC e cometeu, portanto, o crime de responsabilidade capitulado no art. 39, item 2 da Lei 1.079/50.”. Petição 1/2015, p. 32-39.

30 “(...) afirmamos a necessidade de efetivo controle político do Senado da República Federativa do Brasil, eis que não há qualquer mácula ao primado da separação dos poderes, mas há que se evocar a harmonia existente entre eles, a qual é capaz de fazer nascer o dever excepcional de intervenção, uns nos outros, quando surge o comportamento tendente a macular (...) a supremacia da Constituição Federal” Petição 5/2016, p. 12.

ção 12/2016)³¹. Esses casos constituiriam descumprimento manifesto do dever de imparcialidade³² e justificariam o acionamento do sistema de freios e contrapesos pelo Senado Federal³³.

A partir de 2018, uma série de petições³⁴, dirigidas em especial contra o ministro Dias Toffoli, problematizaram decisão monocrática que suspendeu as investigações fundadas em dados do Conselho de Administração de Atividades Financeiras (COAF). Segundo os peticionantes, que incluem membros do Ministério Público e a deputada estadual Janaína Paschoal, o ministro teria utilizado a decisão para satisfazer interesse pessoal, pois os procedimentos implicariam a esposa do ministro³⁵.

31 O mesmo fundamento também é base das Petições 3, 5 e 6/2017; da Petição 4/2018; e Petição 9/2019.

32 “Mas há outras atuações do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em casos nos quais deveria declarar-se suspeito. Uma das situações que chama a tenção é o julgamento ou participação em julgamento de processos em que Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – seu ex-orientando de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, professor coordenador adjunto da Pós-graduação em Direito Constitucional do IDP (instituição de ensino na qual o Ministro Gilmar Ferreira Mendes é proprietário), colaborador em diversas publicações e projetos e advogado pessoal em várias causas – atuou como advogado. (...). Além do julgamento dos casos em que se encontrava sob suspeição, há elementos claros que comprovam que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes tem decidido em casos para os quais se encontra impedido de participar como magistrado. Um dos aspectos mais chocantes reside nas decisões monocráticas em causas em que advoga para uma das partes membro do escritório do qual sua esposa, advogada Guiomar Feitosa Lima Mendes, faz parte dos quatros. (...)” Petição 12/2016, p. 17-20.

33 “Quando falta respeito aos princípios constitucionais por um dos Poderes, outro deles é chamado a acionar o sistema dos “freios e contrapesos”, com vistas a resgatar o equilíbrio no exercício da administração pública – legal, legítima e que atenda ao interesse do povo.” Petição 3/2017, p. 6-7.

34 Trata-se das petições 13/2019; Petição 14/2019; Petição 15/2019.

35 “No entanto, mais e principalmente, o Ministro decidiu sendo suspeito, uma vez que a decisão prolatada pode favorecer a si, a sua esposa e ao escritório de advocacia de que foi sócio. Escritório esse que, mediante uma estranha pensão marital, paga ao Ministro R\$ 100.000 (cem mil reais por mês), conforme reiteradamente veiculado na grande Imprensa, sem qualquer negativa por parte do Ministro. Sim, para que não haja dúvidas do grave crime de responsabilidade praticado pelo magistrado, imperioso destacar que a própria decisão dá conta de que a defesa reclamou do fato de o COAF ter feito contatos diretos com instituições financeiras e não de ter feito as comunicações de praxe. Não obstante, o

A mesma fundamentação é apresentada em petição apresentada contra o ministro Alexandre de Moraes (Petição 14/2019), que teria agido para defender membros do STF ao suspender apurações da Receita Federal sobre contribuintes. Direcionada contra esse mesmo ministro, a petição 5/2020, interposta por deputados estaduais do partido NOVO, sustenta que tal crime teria ocorrido ao longo do Inquérito das “Fake News” pois, por ser alvo do inquérito, o ministro seria interessado em seu julgamento³⁶.

Tal análise demonstra que desde o início esse fundamento esteve suscetível de análises extensivas e potencialmente atentatórias à independência judicial. Mais recentemente, as petições se descolaram ainda mais de hipóteses literais e, sendo manejadas por políticos, passaram a se direcionar a decisões judiciais politicamente sensíveis. Tal uso pode afastar o impeachment da finalidade de aprimorar o Tribunal, completando uma lacuna em seu controle interno – uma vez que, no controle interno do STF acerca da suspeição e impedimento, dados indicam que nenhuma ação desse tipo foi levada a julgamento final no Plenário³⁷ - e torna-lo uma indesejável tentativa de inibir decisões judiciais polêmicas.

III.2.3 Envolvimento político-partidário

O exercício de atividade político-partidária, pelos magistrados, é vedado em diversos diplomas legais e encontra fundamento cons-

magistrado aproveitou o ensejo e, em uma canetada, paralisou todas as apurações em curso no país, conferindo muito além do que a própria defesa pediu.”. Petição 15/2019, p. 15.

36 “Ora, por ‘proferir julgamento’ não se entende apenas a prolação de sentença, mas qualquer exercício de poder jurisdicional, como ocorreu nas decisões proferidas em cognição liminar, sendo evidente que, em sendo integrante do Supremo Tribunal Federal e diretamente alvejado pelas tais manifestações de pensamento dos investigados, a questão atrai a hipótese do artigo 145, VI do Código de Processo Civil (...). E o Denunciado é mais do que interessado, é um dos que se diz ofendido pelas notícias e críticas dos investigados, o que reforça sua suspeição e abalo da imparcialidade que deve pautar a conduta dos julgadores.”. Petição 5/2020, p. 9.

37 Dados a respeito das ações de impedimento e suspeição de ministros conduzidas no STF podem ser encontrados em Glezer et al, 2021.

titucional, além de ser, para os ministros do STF, tipificado como crime de responsabilidade (art. 39, 3 da Lei 1.079/50).

Nesse fundamento, enquadram-se petições que apontavam pretensões eleitorais de ministros (como é o caso da petição 14/2005, direcionada ao ministro Nelson Jobim), bem como atuações pretensoamente favoráveis a um partido (petição 1/2015, contra o ministro Dias Toffoli). Também são impugnados supostos envolvimento do ministro Gilmar Mendes em articulações políticas favoráveis ao então governo Michel Temer (petições 5³⁸ e 6/2017, e 4/2018) – que, para os peticionantes, contrariariam a jurisprudência do STF³⁹ e não teriam recebido adequada responsabilização⁴⁰.

A partir de 2018, é possível observar um direcionamento mais claro desse fundamento para decisões judiciais.

Em diversas ocasiões, os peticionantes passaram a alegar envolvimento partidário em decisões jurisdicionais típicas, tal como a decisão para que o Banco Central fornecesse cópias dos relatórios do COAF ao ministro Dias Toffoli (petição 18/2019); numerosas petições veicularam a acusação de atuação política ao ministro Alexandre de Moraes no Inquérito das “Fake News”, que teria caráter político de inibir críticas à Corte (petições 7/2020, 1/2020⁴¹,

38 “É público e notório o envolvimento do ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes com políticos em especial da sigla PSDB. Conforme amplamente divulgado pela imprensa Mendes, foi flagrado em interceptações telefônicas articulando juntamente com Senador afastado Aécio Neves (PSDB-MG) interferindo no legislativo a pedido de Aécio para aprovar um projeto de lei que teria objetivo de frear as investigações do esquema de corrupção da Petrobras – o projeto de atualização da Lei de Abuso de Autoridade. (...) O partidarismo do denunciado é notório, Gilmar Mendes ao interferir no legislativo junto com o senador do PSDB está exercendo indiretamente atividade político-partidária, atividade vedada no exercício da magistratura.”. (p. 2-4).

39 É citado, nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 127246/DF, rel. Moreira Alves, j. 10.04.1991.

40 “Nada e nem ninguém conseguiu frear a prática de atos inconstitucionais, ilegais e antiéticos do ministro Gilmar Mendes. Terá moral, ética e honradez o Senado Federal para fazê-lo?” Petição 4/2018, p. 58.

41 “A forma como o inquérito foi aberto, sem indicar fato preciso, evidencia a finalidade de instaurar um clima de terror, uma autêntica ‘caça às bruxas’, inibindo críticas à Corte. (...). O cidadão é o titular da coisa pública. O servidor público o mero exercente

16/2020, 18/2020 – estas últimas três interpostas por políticos); e a petição 17/2020, interposta pelo Deputado Federal Alcibio Mesquita Bibó Nunes (PSL) que defendeu que o ministro Celso de Mello teria atuado politicamente ao levantar sigilo de reunião ministerial ocorrida em 22 de abril de 2020 no Inquérito 4831/DF⁴².

O alargamento na interpretação desse dispositivo, incluindo como envolvimento partidário decisões contrárias ao governo, elucida um possível uso desse instrumento como forma de constranger os ministros, muitas vezes por parte de próprios políticos. Embora possa refletir decisões contestáveis e problemas de deliberação do Tribunal, tal uso distancia o instituto da superação desses problemas e do aperfeiçoamento institucional, aproximando-o de uma perigosa ameaça à independência judicial.

de uma função a ele atribuída. Ora, é lógico que o cidadão possa criticar aquele que deve atuar em seu favor. Por isso, o inquérito também viola a liberdade de expressão e de crítica política.” (Petição 1/2020, p. 6).

42 “O eminente Ministro vem se abstenendo da imparcialidade em suas ações no Supremo Tribunal Federal, o que afeta a harmonia entre os Poderes tão propalada na Carta Magna. (...). Ações contra um apenas um segmento do espectro político têm (sic) sido adotadas constantemente, o que denota a intenção de tentar gerar desgaste junto à população. A neutralidade estaria preservada caso se adotassem medidas jurídicas em relação ao outro segmento, como por exemplo, ao vandalismo provocado durante as manifestações há duas semanas ou as ocorridas em 2013. Vejamos alguns exemplos amplamente noticiados: A quebra do sigilo e ampla divulgação da reunião interministerial expôs desnecessariamente assuntos internos do governo. Com todo o respeito, caberia a um magistrado focado em apenas obter elementos de prova para a tomada de suas decisões, manter a degravação restrita às partes do processo. Interpretação no mesmo sentido tenho quando o Ministro chama os apoiadores do Presidente Bolsonaro de nazistas. Compara o presidente eleito a Hitler. O que ganha um magistrado, que deveria estar focado em analisar os milhares de processos que estão para serem julgados naquela Corte? Quem deve dar declarações e prestar esclarecimentos públicos somos nós, eleitos democraticamente pela população. Segue extrapolando quando procura limitar ou intimidar um mandatário mais uma vez, ao considerar um possível delito e encaminhar à Procuradoria-geral da República, uma fala de parlamentar, garantida pelo artigo 53 da Constituição Federal. Essa ação visa a impor medo ao deputado que desejar expressar sua opinião”. Petição 17/2020, p. 3-4.

III.2.4 Ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo

Tipificada como crime de responsabilidade no art. 39, 4 da Lei 1.079/50, a negligência de ministros do STF no andamento de seus processos fundamentou 36 petições no Senado Federal⁴³.

Tais pedidos estiveram fundamentados em casos pontuais – como a ausência de sessão para ir a um casamento (Petição 1/2015) –, na adoção de determinados procedimentos e em certas decisões de mérito.

No aspecto procedimental, a não devolução do pedido de vista do ministro Gilmar Mendes na ADI 4650, que discutia a constitucionalidade do financiamento empresarial de campanhas políticas, constituiu o objeto central da petição 12/2016. A petição qualifica tal atitude como negligente e desrespeitosa às partes e aos colegas de plenário, consistindo em crime de responsabilidade.

Nesse mesmo sentido, as petições 2/2016 e 10/2017, movidas contra o ministro Luiz Fux, problematizam o ato de não submeter ao plenário a liminar que deferiu o direito ao auxílio moradia a todos os juízes federais brasileiros, concedida em 2014 e que não havia sido colocada para ratificação do plenário até então. As petições qualificam como negligência do magistrado as justificativas políticas reveladas pelo ministro, que indicou que só levaria a matéria ao colegiado quando findadas as discussões sobre o anteprojeto da nova LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Frente à inexistência de mecanismo judicial próprio para atacar este tipo de decisão, o impeachment surgiria como “*remédio jurídico único*” e o Senado como “*única instância competente para aplicá-lo*”⁴⁴. Os autores

43 Petição 14, 2001; Petição 1, 2015; Petição 1, 2016; Petição 2, 2016; Petição 7, 2016; Petição 8, 2016; Petição 9, 2016; Petição 12, 2016; Petição 16, 2016; Petição 9, 2017; Petição 10, 2017; Petição 9, de 2018; Petição 3, 2019; Petição 5, 2019; Petição 10, 2019; Petição 11, 2019; Petição 13, 2019; Petição 14, 2019; Petição 15, 2019; Petição 16, 2019; Petição 17, 2019; Petição 18, 2019; Petição 20, 2019; Petição 21, 2019; Petição 1, 2020; Petição 3, 2020; Petição 5, 2020; Petição 6, 2020; Petição 7, 2020; Petição 9, 2020; Petição 11, 2020; Petição 12, 2020; Petição 13, 2020; Petição 16, 2020; Petição 17, 2020; Petição 18, 2020.

44 Petição 2/2016, p. 12.

justificam a atuação do órgão para evitar abusos pelos ministros e ministras⁴⁵, em um arranjo em que ao Senado caberia o papel de garantir a “*estabilidade do Estado e da harmonia entre os Poderes da República*”⁴⁶.

No que se refere às acusações de desídia nas decisões de mérito, antes mesmo de 2019 várias petições também buscaram impugnar atividades jurisdicionais. É o caso da petição 16/2016, que acusa a ministra Rosa Weber e o ministro Edson Fachin de desídia por terem seguido voto do ministro Barroso favorável à descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação; e a petição 9/2017, acerca da decisão de suprimir o comprovante físico do voto eletrônico nas eleições de 2016.

Após 2019, entretanto, é possível observar forte aumento no número de petições que apontavam desídia em decisões de mérito dos ministros: na petição 20/2019, o Senador Major Olímpio criticou a conduta do ministro Dias Toffoli de instalar, de ofício, um inquérito no STF para a apuração de ofensas dirigidas à Corte⁴⁷ e de determinar a suspensão de todas as investigações em curso baseadas em relatório do COAF. Já a petição 6/2019, assinada por uma série de deputados federais e uma secretária parlamentar⁴⁸, defendia a responsabilização dos ministros Celso de Mello, Barroso, Fachin e Alexandre de Moraes por terem votado de modo favorável à criminalização da homofobia na ADO 26 (e no MI 4733). Embora ressaltem que não pretendem “*discutir o mérito da aludida decisão judicial, mas a conduta dos julgadores*”⁴⁹, os deputados discorrem sobre

45 “O repúdio generalizado à máxima ‘the king can do no wrong’ não pode permitir surgimento da máxima ‘the judge can do no wrong’”. Petição 2/2016, p. 14.

46 Petição 2/2016, contra o ministro Luiz Fux, p. 3.

47 Trata-se do Inquérito INQ 4781, instaurado pela Portaria GP 69/2019, assinada pelo presidente do STF, ministro Dias Toffoli, em 14 de março e que tem como relator o ministro Alexandre de Moraes.

48 São eles/elas: Beatriz Kicis Torrents de Sordi, Cláudia de Faria Castro, Alexandre Frota, Caroline Rodrigues de Toni, Christine Nogueira dos Reis Tonietto, Eliéser Girão Monteiro Filho, Heitor Rodrigo Pereira Freire, Márcio Tadeu Anhaia de Lemos, Luiz Philippe Orleans e Bragança, Marco Feliciano, Nelson Ned Previdente, Roberto Sebastião Peternelli Junior, Marcela Amazonas Duarte de Avelar Fiorisi (esta última, secretária parlamentar).

49 Petição 6, de 2019, contra os ministros Celso de Mello, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, de autoria de Beatriz Kicis Torrents de Sordi e outros, p. 8.

o menosprezo à legislação e aos preceitos básicos constitucionais que teriam sido desrespeitados, como a legalidade e a separação de poderes.

Tal padrão se acirrou a partir de 2020: diversas petições apontam como desidiosa a conduta do ministro Alexandre de Moraes na condução do Inquérito das “Fake News” (petição 10/2019⁵⁰; 13/2019; 14/2019; 16/2019; 20/2019; 1/2020; 3/2020; 5/2020; 7/2020; 12/2020; 16/2020; 17/2020; 18/2020); uma outra, interposta por um conjunto de deputados federais pertencentes ao PSL⁵¹, credita ao ministro Luís Roberto Barroso desídia na condução da eleição de 2020, acusando-o de tornar o sistema eleitoral suscetível ao ataque de hackers ao efetuar a totalização dos votos nos Tribunais Regionais Eleitorais e não no Tribunal Superior Eleitoral⁵².

50 “Elencam-se as condutas dos denunciados, já delineados em tópicos anteriores, caracterizadoras de crimes de responsabilidade, diante do abuso de direito, da evidente desídia no cumprimento dos deveres do cargo (...): a) Instauração arbitrária de inquérito inquisitorial, mediante invocação abusiva de dispositivo do Regimento Interno do STF não recepcionado pela Constituição Federal. (...) b) Completa ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, revestindo-se de subjetividade e genericidade que afastam a justa causa para instauração do inquérito; (...) d) Expedição abusiva e aleatória de diversos mandados de busca e apreensão em desfavor de cidadãos, com evidente propósito intimidatório, para impedir o exercício da liberdade de opinião crítica de quem quer que seja contra o STF e seus membros; e) Indevida invasão na competência da Procuradora Geral da República para promover o arquivamento do inquérito (...).” Petição 10/2019, p. 28.

51 São os deputados Daniel Silveira (PSL-RJ), Major Fabiana (PSL-RJ) e Chris Tonietto (PSL-RJ).

52 “As Eleições Municipais Proporcionais e Majoritárias de 2020 foi o primeiro, desde a implantação do sistema de urnas eletrônicas, que centralizou a totalização dos votos no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), diferente do procedimento anterior onde esta soma ficava a cargo de cada Tribunal Regional Eleitoral (TRE) (...). Lamentavelmente, sob a Presidência do ministro Luís Roberto Barroso, soma-se a inovação anterior o título de eleição cujo resultado levou mais tempo para ser divulgado, bem como da eleição menos transparente de todos os tempos. (...). Há ainda relatos preocupantes de alguns candidatos ao cargo de Vereador na cidade do Rio de Janeiro, que identificaram diferença de votos entre a totalização oficial do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e a soma dos boletins individuais de urna sob responsabilidade do Tribunal Regional Eleitoral, ainda sem explicação lógica oficial. Tal dúvida coloca em xeque o sistema como um todo, uma vez que não há como se afirmar se tal diferença é efetivamente aquela encontrada. Em última análise, a omissão, a desídia e conduta irresponsável do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Ministro Luís Roberto Barroso, afrontando substancialmente

Embora aspectos procedimentais continuem a motivar petições (como é exemplo a petição 17/2019, que julga desidiosa a demora para julgar um determinado processo), após 2019 é possível observar aumento vertiginoso no uso de um termo aberto, como a desídia, para tentar impugnar atos jurisdicionais típicos, apesar de contestáveis.

III.2.5 Postura incompatível com a honra, dignidade e decoro do cargo

Tipificado como crime de responsabilidade no art. 39, 5 da Lei 1.079/50, o comportamento incompatível com a honra, dignidade e decoro do cargo envolve grande fecho de condutas que incorrem no mesmo dispositivo – indo desde o excesso de linguagem até a alegação de violação à Constituição.

Atitudes pontuais, como eventual excesso de linguagem, motivaram algumas petições: é o caso da petição 12/2016, que problematiza uma série de declarações do ministro Gilmar Mendes, que ofenderiam autoridades públicas⁵³ de modo incompatível com o cargo^{54 55}, além de outras manifestações sobre processos sob sua jurisdição⁵⁶.

a Legislação Eleitoral, de Acesso à Informação, de Segurança Nacional, e principalmente, a Constituição Federal, resultou flagrante e incontestável conduta típica de Crimes de Responsabilidade.” Petição 11/2020, p. 14.

53 Como quando insinuou que a então Presidente Dilma seria incapaz; que o ato do então vice-Presidente da Câmara, Waldir Maranhão, teria sido um ato circense; que o ministro Lewandowski teria cometido fraude eleitoral); e ao dizer que a Lei Ficha Limpa parecia produzida por bêbados. No mesmo sentido vão as petições 6/2017 e 4/2018.

54 Petição 12/2016, p. 57.

55 “Não satisfeito, um dia depois, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes extrapolou todos os limites verbais de um membro do STF, afirmando que o preparo do ato do Presidente da Câmara ‘foi regado a muita pinga, vinho’, o que teria sido ‘engraçado’. Esse tipo de linguagem extremamente impolida e depreciativa em relação a membros de outros poderes da República incluem-se perfeitamente na hipótese de procedimento incompatível com o decoro, a honra e a dignidade dos cargos. Imaginem se a todos os magistrados fosse permitido usar esse tipo de linguagem desrespeitosa e grosseira, como empregada com frequência pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes. O Judiciário tornar-se-ia um reino livre de descompostura verbal.”. Petição 12/2016, p. 57.

56 As manifestações do ministro, expostas no pedido, referem-se a fatos relevantes

Também foi constantemente enquadrada nesse dispositivo condutas dos ministros que, dolosa ou culposamente, atentariam contra a Constituição: a argumentação, por parte do ministro Luís Roberto Barroso, favorável à constitucionalidade do aborto até o terceiro mês de gestação (petição 16/2016); ou a suposta omissão, por parte desse Ministro, de trechos do Regimento Interno do Senado na votação que disciplinou o procedimento de impeachment (petição 7 e 8/2016).

Após 2019, é possível observar que o padrão se manteve. Atitudes pontuais, como o excesso de linguagem do ministro Lewandowski ao ameaçar prender advogado que teria confrontado publicamente o STF⁵⁷, foram impugnadas nas petições 10/2018 e 2/2019; também foi enquadrada nessa interpretação conduta do ministro Gilmar Mendes ao chamar o procurador Dallagnol de gângster (petição 12/2019).

À semelhança dos demais dispositivos, também se mantiveram, embora em maior número, petições que relacionavam tal fundamento a decisões supostamente contrárias à Constituição. Para além de uma série de petições enquadrando tal dispositivo na condução do Inquérito das Fake News, o art. 39, 5 também foi o fundamento exclusivo de petições como a interposta pelo deputado federal José Antônio dos Santos Meideiro (PODEMOS), se insurgindo contra decisão de suspender efeitos de resolução que favorecia a importação de armas (ADPF 772 MC) e que determinou a suspensão da nomeação do ministro Alexandre Ramagem para a Polícia Federal (petição 19/2020).

Tal dispositivo também albergou petições que ventilam teses conspiratórias para fundamentar o impeachment de todos os ministros da

no contexto político, como o impeachment da ex-Presidente Dilma, a nomeação de ministros ou até o julgamento da chapa eleitoral Dilma-Temer pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que eram objeto de apreciação tanto dos membros do Tribunal quanto do próprio ministro Gilmar Mendes.

57 “Ao reagir como reagiu contra o direito constitucional de um cidadão que nada mais fez do que livre e civilizadamente manifestar o sentimento de vergonha, aliás não exclusivo dele mas de grande parte do povo, que reiteradas vezes tem tomado as ruas do País inteiro para protestar contra um garantismo penal que só a delinquentes poderosos teima em servir, o ministro, abusando de seu poder e autoridade, quebrou o decore do cargo que ocupa e deve responder às penas de crime de responsabilidade.”. Petição 10/2018, p. 6.

Corte. A petição 11/2019 problematiza a atuação do STF na área eleitoral, que vetou a implantação total do comprovante eleitoral impresso do voto nas eleições. Já a petição 16/2019, em mais de 4000 páginas, utiliza os cinco incisos da Lei 1.079/50 para arguir a implantação de uma suposta ditadura civil, por parte do Partido dos Trabalhadores (PT), que teria no STF sua última trincheira. Dos 45 crimes relatados, 40 se referiam ao art. 39, 5 (em conjunto com outros dispositivos, ou sozinho), abrangendo condutas como absolver determinados réus na Ação Penal 470 (p. 74); interferir na regulação do processo de impeachment da então Presidente Dilma (p. 359); defender tese de que parlamentar réu não poderia assumir a Presidência, com o intuito, para os demandantes, de tirar o PDMB da linha sucessória (p. 1314); dentre outros.

A textualidade aberta desse dispositivo o torna bastante suscetível a um uso atentatório à independência judicial, no lugar de um uso em prol do aperfeiçoamento institucional do Tribunal. Ao que indicam os dados aqui expostos, tal característica, associada a decisões juridicamente contestáveis dos ministros, tem sido apoderada por diversos atores institucionais, em especial políticos, para buscar afrontar a independência judicial.

III.3 E, então, o que se pede ao Senado?

Analisados em conjunto, uma grande parcela dos pedidos de impeachment revela uma convergência no que se refere à sua concepção de separação de poderes. Os peticionantes apontam, com frequência, a existência de um cenário de descrédito institucional, que seria aprofundado pelo STF. O Senado, nesse sentido, desponta nessas demandas como o único órgão capaz de impor limites por meio da “eliminação” de ministros, atuando, segundo os peticionantes, em exercício típico do sistema de freios e contrapesos⁵⁸. As variadas formas retóricas e estratégicas em

58 “Nessa linha, afirmamos a necessidade de efetivo controle político do Senado da República Federativa do Brasil, eis que não há qualquer mácula ao primado da separação dos poderes, mas há que se evocar a harmonia existente entre eles, a qual é capaz de fazer nascer o dever excepcional de intervenção, uns nos outros, quando surge o comportamento tendente a macular o sustentáculo fundamental de todos os poderes da

que este instituto é utilizado e seu largo uso nos últimos tempos desafiam o Senado a impor parâmetros para a conduta dos ministros e ministras do Tribunal. Se antes eram pontuais, recentemente, as petições passaram até a pretender a retirada de muitos ou todos os ministros, alegando fatos genéricos e conspiratórios ou mesmo indicando como conduta criminalizante a própria atividade jurisdicional típica deles.

Ao organizar os dados, mapeando atores, fundamentos e sobrevoando a retórica utilizada nos pedidos dessas petições de impeachment, é possível perceber uma crescente e recente politização do instituto. De um lado, ele passou a ser mobilizado por atores do poder Legislativo, algo que antes não havia acontecido; de outro, os diversos peticionantes têm utilizado a ferramenta até para combater decisões jurisdicionais dos ministros e ministras ou mesmo para acusá-los de conivência com governos passados e recentes. Essas novidades na utilização do impeachment de ministros adicionam novas camadas de desafios para o Senado, levando ao questionamento contido no título do artigo: os peticionantes usam o impeachment como iniciativa correcional ou como arma atentatória ao Tribunal e à sua independência?

Em acusações com diferentes graus de especificidade, resta ao Senado o papel de indicar os contornos políticos na utilização do instituto. Conforme julgar conveniente no exercício de controle de freios e contrapesos, ele deve indicar os limites aos comportamentos dos ministros e ministras, ao mesmo tempo em que se equilibra na difícil tarefa de constrianger atores de outros Poderes sem afrontar sua independência funcional.

Na parte seguinte deste artigo, são apresentadas as respostas até hoje dadas pelo Senado a estes peticionantes. Os documentos oficiais foram analisados sob o prisma de algumas questões que as petições informaram, como: em que hipóteses um ministro deve se declarar suspeito?; Alguma atividade política é permitida aos ministros e ministras?;

república, a saber a supremacia da Constituição Federal”. Petição 5/2016, p. 12. Importante ressaltar que o mesmo trecho aparece na Petição 6/2019, assinada por deputados federais que se insurgiam contra ministros que votaram favoravelmente à criminalização da homofobia. Também é encontrado em: “Quando falta respeito aos princípios constitucionais por um dos Poderes, outro deles é chamado a acionar o sistema dos “freios e contrapesos”, com vistas a resgatar o equilíbrio no exercício da administração pública – legal, legítima e que atenda ao interesse do povo”. Petição 3/2017, p. 6.

Há limite e tolerância política para manobras regimentais por parte dos integrantes do STF, como a utilização indiscriminada de pedidos de vista prolongados ou a concessão de liminares não colocadas à votação em plenário?; Há alguma compreensão estática e pré-determinada sobre o que é uma conduta negligente?; E sobre incompatibilidade com a dignidade, honra e decoro do cargo?; Alterar votos é sempre um problema, ou comporta exceções?; dentre outras possíveis.

IV. As decisões do Senado Federal

IV.1 Procedimento e presidentes

Após protocolada por qualquer um que comprove a condição de cidadão (art.41 da Lei 1.079/50), a denúncia de impeachment vai à Mesa do Senado, que exerce um juízo prévio de admissibilidade. Embora o art. 44 dessa lei seja conciso acerca dessa atuação prévia⁵⁹, construção jurisprudencial do STF nega que a atribuição seria meramente burocrática⁶⁰ – cabendo a seu Presidente avaliar os requisitos formais e a existência de justa causa da denúncia. Caso supere esse juízo de admissibilidade, a denúncia enseja a formação de uma comissão especial, cujo parecer opinando se a denúncia deve ser objeto de deliberação será votado. Se aprovado, tem início o processo de impeachment, com audiências e manifestações da acusação e defesa, sucedido da votação para condenação.

Das 74 petições de impeachment protocoladas até dezembro de 2020, todas haviam sido decididas. Os fundamentos utilizados e as estratégias adotadas pelos senadores Renan Calheiros, Eunício de Oliveira e Davi Alcolumbre serão explorados a seguir.⁶¹

59 O dispositivo limita-se a prever que “Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma”.

60 STF, Agravo Regimental no Mandado de Segurança n2 30672. Rei. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, jul. 15 set. 2011, DJe-200 18 out. 2011.

61 Sete Presidentes do Senado já tiveram tal atribuição: Eunício de Oliveira, Renan Calheiros, Garibaldi Alves Filho, Humberto Lucena, José Sarney, Ramez Tebet e Valdir Raupp. Dentre eles, assumem destaque Renan Calheiros e Eunício de Oliveira – com, respectivamente, 12 e 19 decisões negando admissibilidade dos recursos. Até maio de

IV.2 “A interferência de um Poder no outro é o maior desserviço que se pode fazer à República”⁶² – Decisões do Senador Renan Calheiros

Ocupando a presidência do Senado em diferentes momentos, Renan Calheiros foi responsável por duas decisões em 2005 e por grande parte daquelas dadas em função das petições protocoladas onze anos depois, em 2016. Nessas manifestações, o Senador nega a admissibilidade de denúncias fundadas em matérias jornalísticas⁶³ e aponta vícios formais e ausência de atipicidade das petições.

No mérito, indica a ausência de justa causa (BRASIL, 2016, 2016h) e uma intensa proteção da independência judicial – caracterizando, por exemplo, a não liberação da liminar do auxílio moradia pelo ministro Luiz Fux como mero inconformismo com a decisão, que não poderia levar “à criminalização desmedida de atos e decisões judiciais”⁶⁴ (BRASIL, 2016b, 2016m).

Renan Calheiros expressa, ainda, uma rígida concepção de separação de poderes, afirmando, por exemplo, que a penalização ao desvio de conduta dos ministros e ministras deveria se dar pelos próprios órgãos de fiscalização do Judiciário⁶⁵ e que:

É a hora, mais do que nunca, do Poder Legislativo ser legislativo, do Poder Judiciário atuar como judiciário e do Poder Executivo se portar como executivo, cada um exercendo e se limitando à sua competência. A interferência de um Poder no outro é o maior desserviço que se pode fazer à República. (BRASIL, 2016, p. 2).

2020, o senador Davi Alcolumbre não proferiu nenhuma decisão.

62 BRASIL, 2016, p. 2.

63 Para o Senador, elas possuiriam elevado grau de subjetividade, incompatível com o rigor que deve presidir a autoridade julgadora Presente nas decisões que negaram admissibilidade às petições 14/2005; 9/2016; e 12/ 2016.

64 Presente nas decisões que negaram admissibilidade às petições 2/2016 e 13/2016.

65 “Além disso, não caberia ao Senado Federal processar e julgar o Ministro Denunciado por condutas atinentes exclusivamente ao cargo que ocupa, nos exatos limites de seus poderes. Se é que poderia ter havido qualquer desvio em sua conduta como magistrado – repito, ausente do conjunto probatório constante dos autos -, caberia aos órgãos próprios de fiscalização do próprio Poder Judiciário verificação e dilação probatória necessária, bem como eventual penalização. Tudo em absoluta observância ao princípio da separação e harmonia dos Poderes da República”. (BRASIL, 2016l, 2016p).

Esta consideração sugere uma compreensão do papel do Senado bastante distinta daquela que motivou os peticionantes. Enquanto estes acreditam que o órgão legislativo, por meio de uma excepcional tarefa julgadora, atuaria dentro dos limites da harmonia entre os Poderes, a Mesa do Senado, sob a presidência de Renan Calheiros, entendeu que tal atividade extrapolaria o âmbito de atribuições do Senado e seria uma intervenção inadequada em outro Poder. Para ele, tal punição do desvio de conduta de ministros e ministras deveria ser de responsabilidade dos próprios órgãos do Judiciário⁶⁶.

É possível observar que algumas decisões do senador Renan Calheiros não se apoiam em pareceres da Advocacia Geral do Senado⁶⁷ – em procedimento que difere de alguns de seus antecessores (BRASIL, 1995, 2001, 2008), que distribuíam o processo para parecer dos advogados antes de decidir a admissibilidade da denúncia. Além disso, o senador deixou de decidir algumas das petições protocoladas durante sua presidência – como é o caso das petições 10/2015 e 5/2016, que foram decididas pelo senador Eunício de Oliveira no mandato subsequente.

IV.3 “Por se tratar de uma via política, extrema e com caráter punitivo, também se exige fundamentação e produção de provas idôneas”⁶⁸ - Pareceres da Advocacia e decisões do Senador Eunício de Oliveira

Tendo ocupado a Presidência do Senado de 2017 a 2019, Eunício de Oliveira despachou 19 petições, negando admissibilidade a todas elas. Embora, em comparação com seu antecessor, seus despachos sejam ainda mais lacônicos – limitando-se a se referir à denúncia apresentada,

66 Vale ressaltar, entretanto, que, na estrutura do Poder Judiciário, o STF não se encontra submetido a nenhum outro órgão de controle disciplinar – nem ao Conselho Nacional de Justiça, conforme definido na ADI 3367, de relatoria do ministro Cezar Peluso, julgada em 13.4.2005.

67 Há decisões que o fazem, como a Petição 1/2015 e a Petição 16/2016, mas importantes petições (como, a título de exemplo, as Petições 1, 2 e 12/ 2016) não passaram pelo crivo da Advocacia do Senado.

68 BRASIL, 2017*b*, p. 13.

ao parecer da advocacia geral e aos dispositivos da lei 1.079/50 -, todas eles passaram pelo crivo da Advocacia do Senado, de caráter meramente opinativo.

Nesses pareceres, o Senado passou a enfrentar de modo mais explícito alguns dos desafios e questionamentos acerca das condutas dos ministros que eram dirigidos a ele. Em acusação de que o ministro Dias Toffoli deveria se declarar suspeito por manter relação creditícia com instituição financeira, a Advocacia do Senado estabeleceu que a configuração do crime de responsabilidade dependeria da presença de elemento objetivo ou subjetivo que indicasse deliberado favorecimento decorrente de tal relação⁶⁹, em uma interpretação não literal, do art. 39, 2 da Lei 1.079/50⁷⁰.

Diante da acusação de envolvimento do ministro Gilmar Mendes em atividade político-partidária, o parecer ressalta que a postura participativa do ministro na vida pública deve resguardar limites, de modo a preservar sua imparcialidade. Reprova a interlocução com autoridades da República por meios não institucionais, mas argumenta que ela não configura crime de responsabilidade, pois inexisteria prova material de atuação político-partidária⁷¹.

69 “Ocorre que a condição creditícia entre a parte e o julgador, seu cônjuge (companheiro) ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, há de ser observada dentro de parâmetros objetivos e subjetivos que caracterizem uma relação de sujeição tal que possa influenciar o julgador a direcionar sua decisão contra ou favor da parte em face dos termos da mencionada relação creditícia, nela se beneficiando, ou dela tirando proveito, em razão do posicionamento - fundamentos e dispositivo - adotado em seu julgado.” (BRASIL, 2016e, p. 3).

70 “A interpretação a ser dada à disposição que estabelece a suspeição, nesta hipótese, há de ser teleologicamente reduzida, a fim de adaptar o texto normativo às exigências decorrentes da mens legis. Com isso, se pretende sustentar que as relações de crédito ou débito relativas a contratos uniformes (...) não são usualmente suscetíveis de criar uma relação especial de interesse do magistrado sobre o resultado da causa de seu credor ou devedor.” (BRASIL, 2017d, p. 9)

71 “A denúncia não trouxe qualquer outro elemento de prova de que o Ministro Representado teria efetivamente pedido o apoio solicitado na aludida conversa telefônica, ou seja, praticado os atos materiais da alegada atuação político-partidária.”. (BRASIL, 2017f, p. 9-10).

Nas alegações de verbosidade dos ministros, o parecer reprova a conduta, com o cuidado de apontar que sua caracterização como crime de responsabilidade só se comprovaria mediante “alta gravidade”⁷², afirmando a liberdade de interpretação dos ministros e ministras:

Não é demais lembrar também que a liberdade no ato de julgar é essencial em um Estado Democrático de Direito e deve ser assegurada, pois a independência funcional do magistrado é uma prerrogativa indispensável para a correta distribuição de justiça. Por óbvio, não se cuida aqui de defender ou de assentir com qualquer espécie de “voluntarismo vocabular” por parte dos Ministros. Tampouco se pretende agasalhar a tese de que não há espaço para se questionar o modo de formulação do discurso crítico e a sua compatibilidade com a dignidade e o decoro do cargo. Trata-se tão somente de prestigiar uma condição elementar para julgamentos imparciais pelos membros da Corte Constitucional, qual seja: o exercício destemido, livre de pressões e constrangimentos do ofício judicante na Suprema Corte. (BRASIL, 2017f, p. 14)

Se as irregularidades formais, a ausência de justa causa e o suporte probatório exclusivo em matérias jornalísticas continuam sendo motivos de indeferimento, há preocupação em justificar tal exigência, ressaltando que tais elementos garantiriam a cautela que deve pautar a análise dos pedidos de impeachment, que envolvem altas autoridades da República⁷³.

72 “Assim, é indispensável, para a configuração do tipo do art. 39, item 5, da Lei nº 1.079/1950, que a conduta se revista de alta gravidade para que se possa abrir a seara das infrações político-administrativas.” (BRASIL, 2017f, p. 15)

73 Sendo os seguintes trechos os mais representativos: “Requisitos formais buscam resguardar a cautela e a segurança por que se deve pautar o Senado ao analisar representação no grave processo de impeachment em desfavor das autoridades da República. Por se tratar de uma via política, extrema e com caráter punitivo, também se exige fundamentação e produção de provas idôneas, aptas a comprovarem a presença da condição da justa causa, vale dizer, da existência de evidências de autoria e materialidade dos fatos narrados, para que se proceda à instauração de processo por crime de responsabilidade. No caso em tela, faltou o autor em preencher tanto os requisitos formais quanto os materiais.” (BRASIL, 2017b, p.9-10) e “Há que se atentar que o processamento de denúncia por crime de responsabilidade produz consequências danosas não apenas ao

No mesmo sentido encontra-se a indicação de foros mais adequados para a apuração⁷⁴: ao invés de só identificar que a função de punição não seria de atribuição do Senado Federal, há o reconhecimento desse papel excepcional da Casa legislativa, embora não seja sua vocação⁷⁵.

Assume destaque, também, uma retórica de justificativa do impeachment – em que o instituto é visto não mais como meio necessariamente nefasto à separação de poderes, mas como mecanismo de *accountability* político ínsito à noção de Estado de Direito. Tal retórica não desconsidera a cautela que deve nortear o processo, visto que o simples recebimento de acusação já traria instabilidade e incerteza quanto ao exercício de suas funções⁷⁶.

representado, mas também às Instituições. Não há dúvida de que a apuração de infrações das altas autoridades da República seja mecanismo de prestígio da representação parlamentar e do Estado Democrático de Direito; é justamente pela sua importância na concretização dos valores e dos princípios fundamentais da República que não se pode admitir seja utilizada para investigar fatos noticiados sem lastro em prova material direta, mas apenas na narrativa de veículo de comunicação.” (BRASIL, 2017*b*, p. 13).

74 “Considerando que o processo de crime de responsabilidade constitui-se em via extrema (uma vez que enseja grave, embora legítima, interferência do Poder Legislativo em altas autoridades de outros Poderes e de autoridade máxima do parquet), todas as condutas narradas podem ser apuradas em foros mais adequados e menos gravosos, como o Conselho Superior do Ministério Público Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Contas da União, sem mencionar o Poder Judiciário, se provocado.” (BRASIL, 2017*j*, p. 7)

75 “Ocorre que o Senado Federal, exceção feita aos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito (...) não tem vocação de órgão de investigação e, por essa razão, as exigências de admissibilidade de um processo por crime de responsabilidade são mais elevadas, na medida em que os fatos delituosos devem estar bem amparados na existência de elementos de informação e fortemente albergados na tipicidade aberta da Lei do Impeachment”. (BRASIL, 2017*d*, p. 15-16)

76 Por outro lado, é preciso lembrar que a simples instauração de processo contra um membro da Suprema Corte já traz incerteza quanto à investidura dessa alta autoridade da República, podendo redundar em grave prejuízo à estabilidade necessária ao funcionamento regular das instituições nacionais. Nesse giro de ideias, é de se reconhecer o instituto do impeachment como via excepcional e extrema, cuja abertura pelo Senado Federal deve ser vista sempre com parcimônia, a fim de que o impedimento de autoridades não caia em descrédito público.” (BRASIL, 2017*e*, p. 5).

A responsabilização dos agentes políticos, por crime de responsabilidade, é um meio de a sociedade se defender do exercício irresponsável do poder e de comportamentos nefastos ao Estado Democrático de Direito. Logo, é ínsito à noção de Estado de Direito, ou seja, do império da Lei, que haja controle do bom exercício das funções dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Afinal, nenhuma autoridade estatal está imune à responsabilização (...). (BRASIL, 2017e, p. 5)

O papel do Senado, nesse sentido, seria relevante no sistema de freios e contrapesos, abandonando a concepção antes adotada pelo senador Renan Calheiros de rígida separação de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em virtude da insubmissão dos membros da Suprema Corte ao controle eletivo exercido diretamente pelo titular do Poder – o Povo – reforça-se a conveniência de que o controle de seus atos seja efetuado fora do mesmo Poder Judiciário (em homenagem ao princípio de freios e contrapesos) e por uma Corte política, como é o Senado Federal. Daí a adoção, no regime constitucional brasileiro, da função jurisdicional do Senado Federal em relação aos crimes de responsabilidade. (BRASIL, 2017j, p. 3)

Se a atuação da Advocacia do Senado parece sinalizar para um manejo mais adequado do instituto – visto que busca satisfazer os ônus argumentativos levados ao Senado, tentando definir parâmetros mínimos para a caracterização dos crimes de responsabilidade –, é necessário ressaltar que ela não esgota, mas muitas vezes acentua o caráter político das decisões do Presidente do Senado.

Em duas oportunidades (parecer que analisou a petição 10/2017 e a petição 9/2018), a Advocacia do Senado reconheceu que a atuação do ministro Luiz Fux, de não submeter ao plenário a liminar referente ao auxílio moradia dos magistrados, poderia caracterizar crime de responsabilidade⁷⁷.

77 “Quanto à aptidão da exordial, o fato de que o Ministro Luiz Fux não ter afetado ao plenário sua decisão monocrática, somado a questão do custo altíssimo ao erário que esta medida causa, poderiam se subsumir à hipótese de crime de responsabilidade

Os pareceres opinam pela intimação do ministro para manifestar-se acerca da denúncia no prazo de quinze dias⁷⁸ antes que ela prosseguisse.

Esses pareceres não foram seguidos pelo senador Eunício de Oliveira. Embora suas decisões façam referência aos termos desse documento⁷⁹, o senador alega que o prosseguimento da denúncia exigiria a presença de justa causa, que os fatos relatados deveriam possuir a gravidade de um crime de responsabilidade⁸⁰ para arquivar sumariamente a denúncia. A decisão não especifica a ausência de justa causa, tampouco indica os pontos de discordância em relação ao parecer da Advocacia do Senado.

IV.4 “(...) a abertura de processo de impeachment contra magistrados do órgão máximo da Justiça brasileira reclama cautela e prudência”: o tempo e as decisões do Senador Davi Alcolumbre

Embora tenha ocupado curto período na frente da Presidência do Senado, o Senador Davi Alcolumbre foi o responsável pelo maior número de decisões até 2020, tendo decidido, no total, 36 petições. Para além da grande quantidade, foi em seu mandato que as petições passaram a ser

invocada pelo denunciante na exordial (art. 41 e 39, 4 e 5 da Lei 1.079/50)”. (BRASIL, 2018j, p. 6)

78 “Antes da decisão de recebimento da denúncia pelo Presidente da Mesa do Senado, porém, parece razoável, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, levando-se em consideração os graves prejuízos pessoais e institucionais que podem decorrer do processamento de uma denúncia por crime de responsabilidade, e tendo-se em vista, por analogia, o rito constante do art. 4º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 - mais consentâneo com o regime constitucional presente - que seja facultado ao representado manifestar-se acerca da denúncia no prazo de quinze dias, a fim de possibilitar, se for o caso, eventual juízo preliminar de rejeição por justa causa.” (BRASIL, 2018j, p. 6-7)

79 “III. CONSIDERANDO os termos lançados no Parecer nº 686/2018-ADVOSEF, processo administrativo nº 00200.024075/2017-86, que opina pela regularidade formal da denúncia e pela inexistência de inépcia patente da inicial;” (BRASIL, 2018i)

80 “(...) a via política do crime de responsabilidade não se presta para censurar ou revisar atos praticados no regular exercício da atividade típica de outro poder”. (BRASIL, 2018i)

manejadas por políticos e assumiram evidente caráter anti-institucional, ao se voltarem contra interpretações de ministros e buscarem a impugnação de todo o Tribunal.

A despeito de tal particularidade, as fundamentações utilizadas pelo Senador foram semelhantes aos seus antecessores.

Assim como havia ocorrido com Renan Calheiros, o não atendimento de requisitos formais – como assinatura com firma reconhecida, documento de identificação pessoal – foi fundamento exclusivo para indeferimento de 11 petições⁸¹. Em outros 9 casos⁸², foi um dos fundamentos, associado à ausência de justa causa, a ensejar a inadmissibilidade do pedido.

A ausência de justa causa – apontada como fundamento exclusivo de inadmissibilidade em 21 casos – também foi suscitada pelo Senador: embora as petições não tenham parecer da advocacia do Senado, as razões suscitadas por este órgão anteriormente são usadas para trazer o conceito de justa causa. Tal conceito estaria vinculado “ao lastro probatório mínimo e firme, indicativo da autoria e da materialidade da infração imputada, conforme reiterados pareceres da Advocacia do Senado Federal sobre a matéria”⁸³.

O Senador também mobiliza, em suas decisões, o conceito de separação de poderes de modo a enfatizar a impossibilidade de admitir denúncias de impeachment que se dedicassem ao mérito de decisões judiciais⁸⁴. Maneja como fundamento a separação de poderes⁸⁵ e, em algumas

81 Petição 4, 2019; Petição 9, 2019; Petição 10, 2019; Petição 16, 2019; Petição 17, 2019; Petição 19, 2019; Petição 21, 2019; Petição 2, 2020; Petição 7, 2020; Petição 11, 2020; Petição 12, 2020.

82 Petição 6, 2019; Petição 12, 2019; Petição 13, 2020; Petição 14, 2020; Petição 15, 2020; Petição 16, 2020; Petição 17, 2020; Petição 18, 2020; Petição 19, 2020.

83 Presente nas petições: Petição 5, 2019; Petição 11, 2019; Petição 12, 2019; Petição 1, 2020; Petição 3, 2020; Petição 5, 2020; Petição 6, 2020.

84 “CONSIDERANDO que o Senado Federal, em homenagem à separação de Poderes, tem se recusado historicamente a conhecer de denúncias que versem sobre o mérito de decisões judiciais, que gozam de relativa intangibilidade em nosso ordenamento jurídico, somente passíveis de questionamento pela via recursal própria, ressalvada a previsão da legislação processual de conhecimento dessa espécie de fato quando comprovado dolo ou fraude (Art. 143, inc. I, do vigente CPC)” (Petição 13, 2019; Petição 15, 2019; Petição 18, 2019; Petição 20, 2019).

85 “CONSIDERANDO que o núcleo das alegações da denúncia questiona a interpretação e a convicção jurídica firmada pelo Ministro denunciado em votos por ele

oportunidades, faz defesa enfática da independência judicial⁸⁶, muitas vezes considerando decisões do próprio plenário do STF que ratificaram as monocráticas atacadas pela via do impeachment⁸⁷.

À semelhança de seus antecessores, o senador ainda expressa sua visão do impeachment, que constituiria um mecanismo grave, a merecer prudência e cautela do Senado Federal:

“CONSIDERANDO que a abertura de processo de impeachment contra magistrados do órgão máximo da Justiça brasileira reclama cautela e prudência por implicar sérias consequências na estabilidade constitucional e interferir com violência na atividade típica de outro Poder, não se prestando tal via a funcionar como mera moção de desconfiança do Senado da República em relação à atuação de Ministros do Supremo Tribunal” (Petição 7, 2019)

proferidos em processos judiciais submetidos à sua relatoria (suspensão da nomeação do Delegado Ramagem; MS 37.097); CONSIDERANDO que (...) o conteúdo material dos atos jurisdicionais típicos, *stricto sensu*, não se subsume às vedações estabelecidas pela Lei dos Crimes de Responsabilidade, sendo, em regra, imune ao controle político-legislativo do Senado, sob pena de afronta à cláusula constitucional de separação dos poderes e de abalo institucional à necessária independência do Poder Judiciário” (Petição 19, 2020).

86 No mesmo sentido: “(...) o conteúdo material dos atos jurisdicionais típicos, *stricto sensu*, não se subsume às vedações estabelecidas pela Lei dos Crimes de Responsabilidade, sendo, em regra, imune ao controle político-legislativo do Senado, sob pena de afronta à cláusula constitucional de separação dos poderes e de abalo institucional à necessária independência do Poder Judiciário (...)” (Petição 10, 2020).

87 “CONSIDERANDO que as decisões impugnadas na representação foram proferidas em processos judiciais em curso no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do Inquérito n. 4781 e da quebra de sigilo da reunião interministerial nos autos do Inquérito 4831, tratam do juízo de mérito sobre o conteúdo de ato jurisdicional *stricto sensu*, o que não se revela adequado à moldura típica dos crimes de responsabilidade, consubstanciando questão constitucional de alta complexidade; CONSIDERANDO, por fim, que a discussão quanto ao acerto ou desacerto do conteúdo de decisão jurisdicional deve ser travada pelos meios recursais próprios, ou, ainda, receber a devida resposta legislativa; CONSIDERANDO que, em relação ao Inquérito 4.781 (“fake news”) já existe decisão vinculante, proferida no Âmbito da ADPF 572, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por dez votos a um, atestou a legalidade e a constitucionalidade da referida investigação, instaurada com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares.” (Petição 17, 2020).

Diferentemente deles, as decisões do Senador Davi Alcolumbre avançaram na compreensão de alguns dos incisos, delineando, em determinados casos, alguns padrões em que o instituto do impeachment não deve ser mobilizado.

Em petição protocolada pelo jurista Modesto Carvalhosa, em que este acusava o Ministro Gilmar Mendes em uma série de dispositivos da Lei do Impeachment (Petição 7, 2019), a decisão do Senado afirma a impossibilidade de aplicação das hipóteses de impedimento e suspeição do processo civil ao processo penal⁸⁸; que a atividade político-partidária não se configura com o mero diálogo com outros atores políticos, mas que deveria ter uma interpretação restrita⁸⁹; e que a discordância dos requerentes com a postura institucional do ministro não significaria procedimento incompatível com a honra e dignidade do cargo⁹⁰. A decisão faz, ainda, menção à impossibilidade de fatos anteriores à posse no cargo ou muito antigos serem impugnados pela via do impeachment⁹¹.

88 “CONSIDERANDO que não há margem para aplicação extensiva, análoga ou subsidiária das regras de impedimento e suspeição do direito processual civil ao processo penal e que o sistema jurídico oferece às partes interessadas mecanismos próprios para resguardar a imparcialidade do magistrado;”

89 “CONSIDERANDO que a atividade político-partidária não se confunde com a manifestação do pensamento e opinião, devendo o conceito jurídico de atividade político-partidária, por consubstanciar infração funcional do magistrado e restringir suas liberdades públicas, receber interpretação restrita, pelo que descabido o elástico pretendido na denúncia; CONSIDERANDO que a interlocução de Juízes da Suprema Corte com outras autoridades da República, inclusive representantes eleitos, não são, por si só, condutas antijurídicas, sendo certo que a Constituição veda ao magistrado condutas de participação explícita, corriqueira e imprópria na vida política nacional, a exemplo de atitudes como a filiação partidária, a atuação em comícios ou propaganda eleitoral, a candidatura a cargos eletivos, etc., o que não é o caso;”

90 “CONSIDERANDO, por fim, que os fatos narrados não se subsomem às vedações contidas no art. 39 da Lei 1.079/195, uma vez que a discordância dos requerentes em relação à atuação institucional e a forma de participação na vida pública do Ministro denunciado não dá azo à deflagração do processo de impedimento por conduta incompatível com a dignidade, honra e decoro do cargo;”

91 “CONSIDERANDO que, como regra, ações tomadas antes da assunção do cargo não servem como fundamento para a abertura de processo de impedimento, muito menos narrativas de fatos supostamente ocorridos há mais de duas décadas, decurso temporal este que, em tese, fulminaria o direito de punir do Estado mesmo em se tratando de crimes graves”

Em petição alegando desídia do ministro Marco Aurélio, ao conceder liminar para soltar o traficante conhecido como “André do Rap” (HC 186144), o Presidente do Senado ressalta que a decisão do ministro, além de atividade jurisdicional típica, era coerente com as posições defendidas pelo ministro ao longo de sua carreira jurisdicional, afastando a alegação de negligência na prestação jurisdicional⁹². O mesmo fundamento também surge para afastar outras pretensões de punição ao ministro Marco Aurélio, expostas nas Petições 6 de 2020 (pela mesma decisão) e 5 de 2019 (que se insurgia contra a decisão monocrática de soltar todos os presos condenados em segunda instância).

A despeito de uma louvável maior ênfase argumentativa dada pelo Senador Davi Alcolumbre – que permite delinear determinados contornos dos usos e desusos de instituto caro à independência judicial e estabilidade institucional do país -, é possível perceber que o modo pelo qual o Senador manejou o instituto ainda o torna suscetível a um uso autoritário.

Diferentemente de seus antecessores, o Senador foi o que mais demorou para negar admissibilidade aos pedidos⁹³: todos foram arquivados apenas em dezembro de 2020, ou seja, ao fim do mandato do Senador. Tal dado sinaliza um uso político do instrumento, pode ter sido mantido ao longo dos anos como uma ameaça aos ministros, bastante prejudicial à independência judicial. A despeito dos fundamentos relevantes de defesa da independência judicial, eles poderiam ter maior impacto político e simbólico se expostos de imediato quando do protocolo das petições,

92 “CONSIDERANDO que a decisão do Ministro foi tomada no exercício de atividade jurisdicional e em razão de sua livre convicção, e é coerente com a posição que sempre foi defendida pelo Ministro durante seus mais de trinta anos de atuação na Corte Constitucional” (Petição 13, 2020)

93 Os três Presidentes aqui analisados tiveram as seguintes médias de tempo, em dias, para decidir uma petição de impeachment contra um Ministro do STF: Renan Calheiros (20,9 dias); Eunício de Oliveira (295,7 dias); Davi Alcolumbre (352,7 dias). As médias foram calculadas pelo programa Excel e consideraram as datas indicadas na petição, como a data de protocolo, e a data indicada na decisão como data do despacho. Para as petições que foram protocoladas sob uma gestão e decididas na gestão posterior (como as Petições 10/2015, 5/2016 e 10/2016, protocoladas na gestão de Renan Calheiros e decididas por Eunício de Oliveira) considere, como data inicial, a posse como Presidente do Senado do Senador responsável pela decisão.

até inibindo o protocolo de outras denúncias que apontavam condutas semelhantes.

Desse modo, é possível depreender que, diante de um uso cada vez mais político do instituto do impeachment – dado não só a qualificação de seus autores, como a intenção quase que manifesta de substituir o Tribunal –, as petições foram abordadas sob um procedimento também político na presidência do Senador Davi Alcolumbre. Enquanto seus fundamentos sinalizam em favor da independência judicial, além de buscar satisfazer um ônus argumentativo acerca do que seria um crime de responsabilidade para ministros do STF, o procedimento adotado de demora para despachá-las alimentou um uso político que permitiria até a mobilização casuística do impeachment, para além de favorecer a proliferação de petições.

V. Conclusão: o uso político do impeachment

Esse trabalho, ao analisar o histórico de mobilização do impeachment contra ministros do STF, permitiu identificar um uso cada vez mais político dele: por parte dos peticionantes, a tentativa de desqualificação de seus ministros e de retirada de vários ou até de todos os ministros tem prevalecido em detrimento da iniciativa correccional, de aprimoramento ao Tribunal. Até 2018, é possível identificar motivos e condutas pontuais dos ministros a ensejarem as petições; tais petições misturam ataques inflamados ao Tribunal e críticas a seus procedimentos com a inexistência de *accountability* sobre suas ações. Os principais autores que o mobilizaram foram pessoas ligadas ao meio jurídico. Poucas dessas petições se direcionam à atividade jurisdicional dos ministros; em grande medida, se voltam contra hipóteses literais previstas na lei ou contra procedimentos contestáveis, como a extensão do pedido de vista do ministro Gilmar Mendes na ADI 4650 ou a não ratificação, em plenário, da liminar que estendeu o auxílio moradia a todos os magistrados.

A partir de 2019, entretanto, as petições passaram a ser manejadas por deputados federais, estaduais e senadores; os crimes de responsabilidade previstos nos incisos, antes interpretados predominantemente de modo literal, passaram a ser interpretados de modo a possibilitar a im-

pugnação de decisões controversas. As denúncias acirraram a veiculação de teses conspiratórias e passaram a indicar, no polo passivo, vários ou até todos os ministros do STF.

Essa mudança pode ser observada tanto do ponto de vista qualitativo, a partir das condutas indicadas para a motivação da denúncia, quanto do ponto de vista quantitativo: 12 das 17 petições interpostas em 2020 se dirigiram contra o ministro Alexandre de Moraes, sendo que 9 delas mencionam o inquérito das fake News e, as outras 3, a decisão do mesmo ministro para impedir a posse de Alexandre Ramagem como diretor geral da Polícia Federal.

Tal mobilização do instituto pode revelar uma vertente perigosa à estabilidade institucional: o impeachment de ministros pode servir como arma legalmente prevista para intimidar ministros da Corte ou buscar a substituição deles e cooptação do STF. Experiências semelhantes, em países vizinhos da América Latina, podem servir como alerta para a fiscalização e estudo desse instrumento⁹⁴.

Por parte do Senado, à medida em que as petições passaram a se tornar mais genéricas e perigosas à independência judicial, o órgão passou a buscar satisfazer cada vez mais um esforço argumentativo.

No primeiro momento descrito, sob a presidência de Renan Calheiros, as negativas de admissibilidade se fundamentaram em razões formais e em uma concepção estática de separação de poderes; não houve, por parte do Senador, qualquer esforço argumentativo de avançar no mérito da denúncia, explorando o conteúdo dos crimes de responsabilidade e explicitando por que as petições **não mereciam prosperar**.

Já sob a presidência do senador Eunício de Oliveira, o laconismo das decisões foi complementado, em alguns casos, pelos pareceres da Advocacia do Senado Federal, que forneceram razões e compreensões de cada um dos incisos. Em outros casos, entretanto, houve divergência entre o parecer da Advocacia e a decisão: duas denúncias envolvendo a

94 A manipulação política da composição da Corte Constitucional encontra vasto repertório de experiências na América Latina, como ocorreu na Venezuela, com Hugo Chávez (TAYLOR, 2007), no Peru, com Alberto Fujimori, em 1997 (CONAGHAN, 2005), e na Argentina sob variados Presidentes, como Perón e Menem (CASTAGNOLA, 2020).

liberação de auxílio moradia via liminar não colocada para votação pelo Plenário tiveram sua admissibilidade reconhecida pelos pareceres, de caráter meramente opinativo. A decisão, embora não tivesse que seguir a opinião técnica, não esclareceu os motivos pelos quais ela não mereceria prosperar, passando a impressão de que, para além da análise técnico-jurídica do pedido, fatores políticos não só influenciam mas são decisivos para o êxito ou não de um pedido de impeachment.

No terceiro momento, sob a presidência do Senador Davi Alcolumbre, o esforço argumentativo permite delinear como o Senado compreende alguns crimes de responsabilidade: o mero encontro com autoridades públicas não seria exercício de atividade político-partidária, as causas de impedimento e suspeição previstas no processo civil não se aplicariam ao impeachment e a manutenção de posicionamentos jurisdicionais, ainda que contrários ao Plenário, não constituiriam crimes de responsabilidade. Há enfática defesa da independência judicial e visão de que o impeachment mereceria cautela e prudência.

A despeito disso, o procedimento adotado pelo senador, de despachar a negativa de admissibilidade apenas em seu último dia de mandato, revela uma estratégia política de manejo do impeachment possivelmente perigosa à independência judicial e à estabilidade institucional.

Os três senadores aplicaram, em variados graus, estratégias políticas de negar a admissibilidade: Renan Calheiros, ao fundamentar-se em visão estática de separação de poderes; Eunício de Oliveira, ao não investir esforços argumentativos mesmo quando sua decisão contrariou os pareceres; e Davi Alcolumbre ao manter as denúncias pendentes de análise durante todo seu mandato.

Tal uso político do instituto é natural, dado não só a natureza política do cargo de Presidente do Senado como a própria configuração institucional do impeachment de ministros. Apesar de um invólucro jurídico, a ferramenta tem uma natureza política – e nisso não há grandes diferenças em relação ao impeachment de presidentes da República. É assim ao olhar para os pedidos e também é assim ao analisar as decisões de inadmissibilidade.

Entretanto, para o funcionamento do impeachment compatível com a estabilidade institucional, tal uso, ainda que político, deve observar

certos limites para que se dê dentro das regras do jogo. Os peticionantes não podem usar da ferramenta para buscar a substituição de toda uma composição, tampouco para alegar fatos genéricos ou decisões jurisdicionais típicas. Sua mobilização deve servir para punir agentes públicos irresponsáveis, e não para forjar, no Tribunal, maiorias politicamente orientadas em um ou outro sentido.

Por parte do Senado, seu uso político deve se dar sob critérios minimamente transparentes, até para permitir a *accountability*, por parte da população, da atribuição de admitir pedidos de impeachment. Negociações políticas nos bastidores são inevitáveis, mas não podem servir de pretexto para que o presidente do Senado se furte de fundamentar as inadmissibilidades. Tal esforço é importante não só para concretização da publicidade, como também para fomentar o próprio uso da ferramenta dentro dos limites institucionais, e não como arma para interferência no funcionamento do Tribunal.

O que se aponta neste trabalho é que o bom manejo do instituto do impeachment passa necessariamente pelas razões políticas, mas não termina nelas. A ausência de transparência procedimental nos despachos que encerram as demandas por impeachment de ministros e ministras pode ensejar dúvidas e causar insegurança nas instituições envolvidas, de forma a prejudicar, em alguma medida, a estabilidade institucional. A transparência nas trocas entre as instituições são fontes capazes de aumentar a estabilidade e a legitimidade de suas atuações, na medida em que entendem melhor seus limites e buscam ao máximo o aperfeiçoamento. Tal clareza é ainda mais importante em termos de acirramento político, em que o uso do impeachment pode se dar de maneira distorcida de sua função precípua, no sentido de desincentivar o uso casuístico da ferramenta e construir instituições mais fortes.

Embora seja um instrumento legítimo na dinâmica de freios e contrapesos, o impeachment de ministros deve ser visto com bastante parcimônia – em especial em meio a um cenário nacional e internacional de afronta à independência judicial e de cooptação de instituições do Estado, em especial Cortes Constitucionais, para o enfraquecimento

da democracia⁹⁵. A dificuldade em remover ministros de suas funções é elemento indispensável para a separação de poderes. Do contrário, estaríamos diante de uma fragilidade incontestável do sistema, que permitiria o mando e o desmando do Legislativo (representado nesta relação pelo Senado) e, em seguida, pelo recrutamento emergencial de novo(s) integrante(s) para compor o Tribunal por parte do Executivo.

Sendo o impeachment uma ferramenta com potencial de desestabilizar os arranjos institucionais, seu manejo pelo órgão político responsável deve se dar de modo responsável: para além da retórica de defesa do tribunal, é necessário a adoção de procedimentos que blindem a ferramenta de um uso político futuro casuístico e de fundamentos que desenhem os contornos de um controle dentro dos limites das funções de cada poder. Controlar, nesse sentido, não é sinônimo de impedir, e muito menos deve ser sinônimo de eliminar ministros.

Inerente a esse tipo de mecanismo de impeachment, a dualidade entre controlar e eliminar ministros foi posta à disposição do Senado pela Constituição de 1988, ao prevê-lo como competente para julgamento. Para além de fiador da estabilidade institucional e da independência funcional dos juízes da cúpula do Judiciário, o Senado pode usar seu poder para diferenciar seu uso dentro das regras democráticas, de um manejo posto para atacar ministros e forjar maiorias artificiais – garantindo que o impeachment, embora seja o “pior sistema imaginável para disciplinar agentes políticos, exceto todos os outros” (GERHARDT, 1996, p. 178, tradução livre), não atente contra as regras do jogo que ele busca preservar.

95 Para além dos já mencionados casos na América Latina, outros casos de alteração de composição de Cortes Constitucionais, por meio de outros mecanismos que não necessariamente o impeachment são Hungria (primeiro-ministro Viktor Orbán, Venezuela (governos Chávez e Maduro) e Polônia (partido da Lei e da Justiça) (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A Nobreza Togada: As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil.** Tese de Doutorado, FFLCH-USP, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. **Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil**, in R. Sieder; L. Schjolden; A. Angell (orgs.), *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York, Palgrave MacMillan. 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro.** *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, Abril. 2018

BALBI, Guilherme. **Controlando o moderador: impeachment de ministros do STF à luz do controle disciplinar do CNJ.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), sob orientação da Profa. Livia Gil Guimarães, 2017. 20ª turma.

BALBI, Guilherme. **Julgando os julgadores: impeachment de ministros do STF e separação dos poderes nas decisões do Senado Federal.** Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do Prof. Conrado Hübner Mendes, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2019.

BRAGON, Ranier. **Novo aliado, Jefferson posta foto com arma e pede que Bolsonaro demita ministros do STF.** Folha de S. Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/novo-aliado-jefferson-posta-foto-com-arma-e-pede-que-bolsonaro-demita-ministros-do-stf.shtml?origin=folha> (último acesso em 9 de maio de 2020).

BRASIL, Senado Federal, 2019. **Major Olímpio formaliza representação por impeachment do Presidente do STF.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/04/major-olimpio-formaliza-representacao-por-impeachment-do-presidente-do-stf> Último acesso em 13.07.2020.

BRASIL, 1995. Senado Federal. **Decisão do Presidente do Senado referente à Petição 45/1995.**

BRASIL, 2001. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 14/2001.**

BRASIL, 2008. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 1/2008.**

BRASIL, 2016. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 1/2016.**

BRASIL, 2016b. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 2/2016.**

BRASIL, 2016e. Senado Federal. **Parecer da Advocacia do Senado Federal referente à Petição 5/2016.**

BRASIL, 2016h. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 8/2016.**

BRASIL, 2016l. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 12/2016.**

BRASIL, 2016m. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 13/2016.**

BRASIL, 2016p. Senado Federal. **Decisão referente à Petição 16/2016.**

BRASIL, 2017d. Senado Federal. **Parecer da Advocacia do Senado Federal referente à Petição 4/2017.**

BRASIL, 2017e. Senado Federal. **Parecer da Advocacia do Senado Federal referente à Petição 5/2017.**

BRASIL, 2017f. Senado Federal. **Parecer da Advocacia do Senado Federal referente à Petição 6/2017.**

BRASIL, 2017h. Senado Federal. **Parecer da Advocacia referente à Petição 8/2017.**

BRASIL, 2017j. Senado Federal. **Parecer da Advocacia do Senado Federal referente à Petição 10/2017.**

BRASIL, 2018i. Senado Federal. **Decisão do Presidente do Senado Eunício de Oliveira que arquivou a petição 10/2017.**

BRASIL, 2018j. **Parecer da Advocacia do Senado Federal referente à Petição 10/2018.**

CALDERA, Gregory. **Neither the purse, nor the sword:** dynamics of public confidence in the Supreme Court. *The American Political Science Review*. Vol. 80, N. 4, 1986, pp. 1209-1226.

CASTAGNOLA, Andrea. **La trampa de la manipulación judicial:** un análisis histórico de la manipulación política de la Corte Suprema Argentina. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, v. 29, n. 1, p. 49-79, 2020.

CONAGHAN, Catherine M. **Fujimori's Peru:** deception in the public sphere. University of Pittsburgh Pre, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A remodelação na cúpula do Judiciário.** Folha de S. Paulo, 12 de maio de 2019.

DURR, MARTIN, WOLBRECHT. **Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court.** *American Journal of Political Science*. Vol.44, n.4, 2000. Pp.768-776

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?.** *Lua Nova*, 88: 429-469. 2013.

FGV-SP, Relatório ICJ Brasil. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrazil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Último acesso em 26/03/2019.

FREITAS, Jânio. **Gilmar Mendes age como quem pode desafiar e desacatar o que quiser.** Folha de S. Paulo, 24.08.2017.

FRIEDMAN, Barry. **Mediated Popular Constitutionalism.** *Michigan Law Review*. v.101, n.8, 2003. Pp.2596-2636.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People:** How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution. Farrar, Straus and Giroux, 2009. (Formato Ebook Kindle. ISBN da fonte dos números de páginas: 0374220344).

FOLHA DE S. PAULO. **Bolsonaro quer aumentar número de ministros do Supremo**, Folha de S. Paulo, 2 de julho de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml>. Último acesso: 6 de julho de 2019.

FOLHA-FGV, Seminário. **O STF precise de reforma?**, com Conrado Hubner, Eloísa Machado, Oscar Vilhena Vieira e Soraya Lunardi, 9 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fiZ-TA3nsbxI>. Acesso em 03.06.2020.

GAZETA DO POVO, Podcast “Ethos”. **Os maiores problemas do STF e como resolvê-los**, com Rubens Glezer e Diego Werneck, 2 de março de 2018.

GERHARDT, Michael J. **The Federal Impeachment Process: a constitutional and historical analysis**. Princeton University, 1996.

GERRING, John. **Mere Description**. B.J.Pol.S. 42, 721–746, Cambridge University Press, 2012 doi:10.1017/S0007123412000130). 2012.

GLEZER, Rubens. GUIMARÃES, Livia Gil. FERRARO, Luíza Pavan. BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos Ministros do STF**. Manuscrito submetido e aceito à publicação em revista, arquivo disponibilizado aos autores.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Freios e Contrapesos**, Folha de S. Paulo, 23 de maio de 2018.

LINHARES, Carolina. **Janaína pede impeachment de Toffoli por decisão que beneficiou Flávio Bolsonaro**. Presente em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/janaina-pede-impeachment-de-toffoli-por-decisao-que-beneficiou-flavio-bolsonaro.shtml>. Último acesso 13.07.2020.

MAZUI, Guilherme; FALCÃO, Márcio. **Bolsonaro atravessa praça dos três poderes a pé e vai ao STF acompanhado de ministros.** G1, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/07/bolsonaro-atravesa-praca-dos-tres-poderes-a-pe-e-vai-ao-stf-acompanhado-de-ministros.gh.html>. (Último acesso em 15/05/2020).

MEGALE, Bela; TALENTO, Aguirre. **Em reunião, Weintraub disse que ministros do STF têm que ir para cadeia.** Jornal O Globo, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-reuniao-weintraub-disse-que-ministros-do-stf-tem-que-ir-para-cadeia-1-24423035>>. Acesso em 03.06.2020.

MENDES, Conrado Hubner. **STF, vanguarda ilusionista**, Folha de S. Paulo, Caderno Ilustríssima, 28 de janeiro de 2018. Presente em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. (Último acesso em 29/03/2019).

_____. **O inimigo do Supremo.** JOTA, Brasília, 5 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/ru/oi-nimigo-do-supremo-05062017>>. Acesso em 23.08.2019.

_____. **Por quem Gilmar Mendes se dobra?** Folha de S. Paulo, 31 de agosto de 2017.

_____. **STF, vanguarda ilusionista**, Folha de S. Paulo, Caderno Ilustríssima, 28 de janeiro de 2018;

NEUMANN, Richard K. Jr. **The revival of Impeachment as a Partisan Political Weapon.** Hastings Constitutional Law Quarterly, Volume 34, Number 2, 2007.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Judiciário e Política no Brasil Contemporâneo: Um Retrato do Supremo Tribunal Federal a partir da Cobertura do Jornal Folha de S. Paulo.** Dados [online]. 2017, vol.60, n.4, pp.937-975.

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um voto qualquer”? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal.** Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 180-200, jan. 2016.

TAYLOR, Matthew M. **The limits of judicial independence:** A model with illustration from Venezuela under Chavez. *Journal of Latin American Studies*, p. 229-259, 2014.

UOL. **Bancada da bala sugere a Bolsonaro pedir impeachment de ministros do STF.** 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/04/bancada-da-bala-sugere-a-bolsonaro-pedir-impeachment-de-ministros-do-stf.htm>. Último acesso em 13.07.2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, **Revista Direito GV**, jul-dez 2008, p. 441-464.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes.** Companhia das Letras, 2018.

REFLETINDO O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO SOBRE O CASO *BAR BODEGA* (1996) E A LEI Nº 13.964/2019

REFLECTING THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: A STUDY ON THE
CASE BAR BODEGA (1996) AND LAW Nº 13.964/2019

*Jeissyane Furtado da Silva*¹

*Emanuelle de Araújo Teles*²

*Layne Medeiros de Souza*³

Data de Submissão: 15/08/2021

Data de Aceite: 09/11/2011

Resumo: Ocupando a posição da terceira maior população carcerária do mundo, o Brasil entra em uma cegueira social. As razões que levaram ao expoente crescimento das taxas do sistema carcerário desde 1990, refletem o que a pesquisadora Michelle Alexander chama de colorblindness: o presidiário brasileiro tem um perfil, é negro, jovem e favelado. Nas discussões eleitorais de 2018, o lema “bandido bom é bandido morto” demonizou os direitos humanos e desconsiderou as reais razões para a atual situação que o Brasil se encontra, em uma histeria social que mata e relativiza as vidas envolvidas, de policiais a infratores. Em virtude de suas propostas, tecemos uma análise comparativa da Lei nº 13.964/2019 com o caso Bar Bodega, crime que aconteceu em 1996, na cidade de São Paulo. Sob as contribuições de Carlos Dorneles (2007) e Michelle Alexander (2017), refletimos sobre o cenário no qual o Sistema Penitenciário Brasileiro.

Palavras-chave: Sistema Prisional; Lei nº 13.964/2019; Bar Bodega.

1 Doutoranda, mestre em Letras e bacharelanda em Direito, pela Universidade Federal do Acre.

2 Bacharelanda em Direito, pela Universidade Federal do Acre.

3 Bacharelanda em Direito, pela Universidade Federal do Acre.

Abstract: Occupying the position of the third largest prison population in the world, Brazil enters a social blindness. The reasons that led to the exponent growth of the prison system rates since 1990, reflect what researcher Michelle Alexander calls *colorblindness*: the Brazilian inmate has a profile, is black, young and slum. In the 2018 election discussions, the motto “good bandit is dead bandit” demonized human rights and disregarded the real reasons for the current situation that Brazil find itself in, in a social hysteria that kills and relativizes the lives involved, from police officers to violators. Due to its proposals, we present a comparative analysis of Law n° 13.964/2019 with the case Bar Bodega, a crime that occurred in 1996, in the city of São Paulo. Under the theoretical contributions of Carlos Dorneles (2007) and Michelle Alexander (2017), we reflect on the scenario in which the Brazilian Penitentiary System.

Keywords: Prison System; Law n° 13.964/2019; Bar Bodega.

INTRODUÇÃO

Em nosso país, vivenciamos uma crise no Sistema Penitenciário, enquanto produto de tomadas histórico-sociais, que levam o Brasil a alcançar a 3º maior população carcerária do mundo, consequência do descaso do Estado com a Segurança Pública. Nesse cenário, os presídios estão superlotados e os presos, muitas vezes, recebem um tratamento desumano. Além disso, nosso sistema prisional não possui estrutura para alcançar um de seus objetivos referente à ressocialização dos infratores na sociedade.

Frente a esse cenário, o então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresenta o pacote anticrime, “um conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal” (BRASIL, 2019). Em sua proposta legislativa, altera 14 leis e decretos nas áreas de atuação policial, regras de processo penal, banco de dados, progressão de regime, corrupção, enriquecimento ilícito, dentre outros.

Segundo Moro (2019), as mudanças foram organizadas visando combater três questões centrais: a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos, que, ao seu ver, estão interligados. Entretanto, um dos pontos do projeto assegura proteção legal a policiais envolvidos na morte de suspeitos, legitimando a ação do agente, que não precisaria mais “aguardar a ameaça concreta ou o início da execução do crime” (2019).

Devido à excessiva proteção aos policiais, legitimados por essa lei, neste artigo o comparamos com o crime do Bar Bodega, a fim de visualizar os meandros entre a teoria e a prática legislativa, além das variáveis que circundam esse cenário, concebidas desde a violência policial, enquanto legado da Ditadura Militar, até o processo de encarceramento em massa. Apesar de ter acontecido na década de 1990, o crime levanta questões atemporais e, em um contexto de tensão racial, ainda necessários.

O caso em questão ocorreu no Bar Bodega, bar frequentado pela elite paulistana, quando homens armados entraram no local e anunciaram um assalto, resultando na morte de duas pessoas. O caso teve grande repercussão, foi destaque em todos os jornais por meses, e rapidamente

nove suspeitos foram presos, dentre eles Cléverson, menor infrator envolvido com drogas, acusado de assassinato e com passagem pela então Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor (FEBEM). Quando foi levado pela polícia, Cléverson foi torturado até “assumir” que cometeu o assalto e, assim, “entregar” quem estava com ele no ato. Entretanto, depois de passar por diversas torturas, por falta de provas, os suspeitos foram soltos e, algum tempo depois, os verdadeiros autores do crime foram presos.

A discussão racial entra em questão quanto ao perfil do presidiário e do bandido no Brasil, quando lugares subalternos lhe são legitimados, devido ao longo processo de escravidão e a não reparação do Estado. Segundo Dornelles, “nas matérias telegráficas que a imprensa publicou, nenhum comentário sobre o fato de que os acusados anteriores eram negros ou mulatos, e não brancos como os verdadeiros assaltantes” (2007, p. 172). Como, então, atribuir um crime a Cléverson, quando nada indicava ser ele o autor do crime? Segundo Foucault, “os mais pobres – observa um magistrado- não tem possibilidade de serem ouvidos na justiça” (2012, p. 60), conseqüentemente, as pessoas pobres estão mais sujeitas a sofrerem injustiças, podendo a Lei nº 13.964/2019 reforçar essas injustiças.

Logo, tal caso trouxe uma discussão sobre quem é o infrator no Brasil e a forma como são tratados os presos no Brasil. Ainda que o fato tendo ocorrido há anos, ainda hoje encontramos relatos de tortura e prisão ilegal, bem como autos de resistência, que ocorrem dentro de nosso sistema carcerário. Isso nos leva a pensar sobre até que ponto essa lei vai nos ajudar, haja vista que a política do atual Governo Federal, de combate ao crime no país, expressa formalmente na lei, mantém a punição apenas à população pobre e negra, sem desvelar os problemas estruturais do Sistema Penitenciário Brasileiro e nem do problema nevrálgico da segurança pública, como política pública e direito fundamental do cidadão brasileiro.

Nesse contexto, este artigo visa analisar as mudanças que a Lei nº 13.964/2019 propõe, em consonância com o crime do Bar Bodega, para legitimar a sua efetividade e intervir com possíveis soluções, de acordo com a fundamentação teórica em questão. Com esta pesquisa, preten-

demos, inicialmente, apresentar um panorama sobre a situação dos Sistemas Penitenciários, apontando o perfil do presidiário, as razões que o levam a essa condição, o trânsito e a reincidência do sujeito, pensando em uma articulação teórica sobre o encarceramento em massa, que tende a se intensificar após a aprovação da lei em questão.

1 EXECUÇÃO PENAL E CÁRCERE: UM PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O encarceramento em massa gera lucros enquanto devora a riqueza social, tendendo, dessa forma, a reproduzir justamente as condições que levam as pessoas à prisão (DAVIS, 2018, p. 17)

O surgimento e pro(re)gresso dos sistemas penitenciários decorreram da constante necessidade de um local de condicionamento, no qual os indivíduos pudessem ser isolados e punidos de acordo com os seus crimes. No entanto, é notório que questões sociais, econômicas, políticas e, até mesmo, religiosas, influenciaram na construção e moldagem de um mecanismo de controle da liberdade e julgamento por determinados atos, considerados errados.

É durante o ciclo que se estende da Idade Média até a Queda do Império Romano, entre o século VII a.C. e V d.C., que é moldada a ideia de um local para aprisionar, ou seja, restringir a liberdade dos indivíduos. Tal ato levava como prerrogativa exercer uma punição, levando em conta os preceitos de moralidade, justiça e civilidade daquela época. A historicidade dos sistemas prisionais engloba um conjunto de práticas torturantes, tidas como instituições degradantes e precárias, até o surgimento de novas moldagens e teorias a respeito da prisão, no qual se debruça sobre a sua função com a sociedade. Para Foucault (2012), a finalidade da prisão perdeu o teor de causar dor física, e a finalidade da punição deixou de atingir o corpo para se exercer sobre a alma do infrator, tal situação é exemplificada ao citar o modelo panóptico, de Bentham, o qual tinha como finalidade gerar desconforto aos prisioneiros pela constante vigilância e observação dos mesmos, atingindo a integridade moral

e psíquica, contribuindo para uma função repressora de forma indireta, tendo como cerne o poder disciplinador de um indivíduo sobre outro. Em relação a isso, Bentham já descrevia:

O edifício é circular. Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser de celas. Essas celas são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por partições, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior. O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de alojamento do inspetor. [...] Cada cela tem, na circunferência que dá para o exterior, uma janela, suficientemente larga não apenas para iluminar a cela, mas para, através dela permitir luz suficiente para a parte correspondente do alojamento. A circunferência interior da cela é formada por uma grade de ferro suficientemente fina para não subtrair qualquer parte da cela da visão do inspetor (BENTHAM, 2000: 18.).

O modelo panóptico, de Bentham, registrado na imagem abaixo, descreve a clara função onipresente do vigilante em relação aos prisioneiros, a qual se relaciona com a constante precariedade e marginalização dos apenados no Brasil, pois a prisão se (re)cria ao postular diferentes contextos e realidades, bem como a privação da liberdade, a instituição pública, a questão de saúde, a segurança, a econômica e a política, o local de ressignificação e o nascimento de novos problemas sociais.

Dentre os reais, mas não efetivados, objetivos e prerrogativas do sistema penitenciário, ressaltamos a prisão como um sistema de reintegração, ressocialização e transformação do indivíduo, no uso do trabalho e da educação como meio para garantir a integridade humana e social, além de tratamentos que respeitem os direitos humanos e condições que zelem pela dignidade física, moral e psicológica.

Os sistemas penitenciários mundiais, tendo em vista a diferença no setor econômico, social e político dos países, constituem-se como um fértil terreno de comparação, ligação e dicotomia, ao tratar da pesquisa e do estudo sobre a situação do Sistema Prisional Brasileiro. Por exemplo,

os Estados Unidos, com suas regras criminais e forte policiamento, transforma as prisões em um local de encarceramento em massa, tendo em vista sua política de luta contra as drogas, penas exacerbadas e punições distintas:

Discutir se a prisão se tornou uma instituição obsoleta passou a ser algo especialmente urgente diante do fato de que mais de 2 milhões de pessoas (de um total mundial de 9 milhões) atualmente vivem em prisões, cadeias, reformatórios e centros de detenção de imigrantes nos Estados Unidos (DAVIS, 2018, p. 10)

Angela Davis, enquanto defensora da abolição dos sistemas prisionais, questiona a sua efetividade na reeducação do sujeito, ao considerar o tratamento desumano e a superlotação que alcança diferentes países. Sobre este fato, destacamos a China, com o seu sistema agressivo e repressor. Até 2013, por exemplo, muitos presos chineses eram enviados aos campos de reeducação pelo trabalho, em uma situação forçada e degradante, no qual os infratores chegavam a trabalhar 15 horas por dia, sem folgas durante os feriados ou nos fins de semana.

A Rússia, por sua vez, consta com um sistema muito criticado, pela violação dos direitos humanos, pelas condições desumanas como tratam os presos, os abusos de poder, as posições retrógradas e as condições análogas à escravidão. Tais características, portanto, remontam uma herança histórica da época em que a União Soviética mantinha os campos de trabalho forçado.

E, por fim, a Noruega que, necessariamente, causa uma dicotomia entre os outros países citados, haja vista seu baixo nível de encarceramento, um tratamento que respeita a dignidade e integridade do indivíduo, além de garantir que os presidiários tenham a ressocialização assegurada e o acesso a atividades lúdicas, em um tratamento humano e que destoa do contexto brasileiro, estadunidense, chinês e russo.

Nesse contexto, a prisão, não somente como instituição, mas também como um mecanismo de política pública, deriva de um complexo sistema heterogêneo. Sendo assim, a diferença territorial, social e, principalmente, histórica, reformula a criação de uma sociedade disciplinar-

mente voltada para fixar, no tempo e no espaço, o indivíduo criminoso, utilizando mecanismos punitivos e vigilantes, enquanto “um conjunto de relações simbióticas entre comunidades correcionais, corporações transnacionais, conglomerados de mídia, sindicatos de guardas e projetos legislativos e judiciais” (DAVIS, 2018, p. 115).

No entanto, esses objetivos não são consolidados, haja vista que o encarceramento em massa e com ele a perda integridade humana leva à disciplinarização do indivíduo. Sem nenhum retorno no seu crescimento moral e social, percebemos o nítido crescimento de reincidentes no sistema carcerário. Sempre visando a ordem social, a punição e o controle humano, esquecemos, por vezes, que a teoria se consolida como prática, no qual há o crescimento de um fértil terreno de desvirtuamento, esquecimento e individualismo.

Controle social dos encarcerados, ao invés de mudanças sociais nos indivíduos, encarceramento em massa, condições precárias de habitação, reintegração social falha, mortes em presídios, desrespeito ao direito das mulheres, principalmente às presidiárias gestantes, são algumas palavras-chave que corroboram para um Sistema Penitenciário Brasileiro degradante e que trilha caminhos retrógrados aos direitos individuais e humanos. Em cume à construção de uma ótica velada sobre a prisão, principalmente como núcleo de uma nova in(re)clusão, discorrer a respeito do perfil social do presídio, bem como a criação de estereótipos e preconceitos concebidos sob um campo de ignorância e desigualdade, tornam-se uma necessidade temática nos meios acadêmicos.

Quanto à idade dos presidiários brasileiros, o panorama já se mostra intenso entre os jovens, haja vista que a faixa etária da população carcerária se encontra com maior porcentagem entre os sujeitos de 18 a 29 anos, com 30%, ganhando dos que estão entre 25 a 29 anos, que carregam uma taxa de 25%. Além da idade, há, também, o fator mais acentuado nesse cenário: o perfil social do presidiário molda-se, quase ou totalmente, sob o viés da cor, raça ou etnia dos presidiários, no qual mais da metade do público carcerário pesquisado é negro, com a taxa de 64%. Somado aos dados de escolaridade, nos quais pessoas analfabetas, alfabetizados informalmente e aqueles que têm até o ensino fundamental completo representam, respectivamente, 4%, 6% e 51% da população

prisional, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de 2016.

De fato, o levantamento do perfil social do preso brasileiro é bastante padronizado: negro, jovem e com escolaridade baixa. Tais características abrem portas para uma outra junção de estereótipos: o negro jovem que tem escolaridade baixa e é de periferia, marginalizado pelos impasses da sociedade, prejudicado pelo âmbito social, econômico e civil.

Afinal, o presente cenário brasileiro induz, automaticamente, o cidadão branco, com nível superior completo e renda alta a subjugar e disseminar a criação de uma sociedade nivelada, onde a superioridade racial, o poder aquisitivo, a taxa de escolaridade e, até mesmo, as vestimentas, são métodos utilizados para impor a exclusão, desrespeito ou injustiça – elementos esses que são cruciais neste presente artigo.

2 BAR BODEGA E A LEI Nº 13.964/2019: ENCARCERANDO SUJEITOS PELA COR

Uma das alternativas e promessas do governo bolsonarista se ateu à erradicação e à solução da corrupção e do crime organizado, no qual responsabilizava os governos anteriores. Sob uma ótica reducionista sobre o problema que assola o Brasil, a não compreensão da complexidade do sistema nos leva a pensar como solucionar o tráfico de drogas, a criminalidade e a corrupção no Brasil, o que chega a ser um discurso político banalizado. Com a eleição e a indicação do ex-juiz, Sérgio Moro, aclamado como herói nacional pelo seu destaque na Operação Lava Jato, para o cargo de Ministro da Justiça, o então projeto de lei “Pacote Anticrime” surgiu como uma série de medidas que viriam a “solucionar” os problemas da Segurança Pública no país.

Encaminhada no dia 19 de fevereiro ao Congresso Nacional, o então pacote alterava 14 leis, objetivando o endurecimento das penalidades e a “efetividade” do sistema: Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código do Processo Penal), Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), Lei nº 8.072/1990 (Crimes Hediondos), Lei nº 8.429/1992 (Improbidade Administrativa), Lei nº 9.296/1996 (Sigilo nas Comunicações), Lei nº 9.613/1998 (COAF),

Lei nº 10.826/2003 (Armamento), Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), Lei nº 11.671/2008 (Transferência e Entrada de Presos em Presídios de Segurança Máxima), Lei nº 12.037/2009 (Identificação Criminal do Civilmente Identificado), Lei nº 12.850/2013 (Organização Criminosa e Procedimento Criminal) e a Lei nº 13.608/2018 (Procedimento de fiscalização alimentícia). Sancionada no dia 24 de dezembro de 2019, pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro e o então Ministro Sérgio Moro, o pacote se tornou a Lei nº 13.964.

Dentre as vinte medidas propostas, algumas tendem a piorar a execução penal, visto as divergências e as tensões sociais que o Brasil apresenta na contemporaneidade, dentre as quais citamos, a redução de penas em caso de legítima defesa, a condenação e a prisão imediata, o endurecimento no cumprimento das penas, a elevação dos casos não julgados que complicaria a situação da superlotação, dentre outros.

A exemplificar algumas propostas, temos a primeira medida, que propõe assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância, no qual altera-se o Art. 283 do Código de Processo Penal, que, caso aplicada no crime “Bar Bodega”, a ser explicado posteriormente, levaria os suspeitos a cumprir pena e aumentaria o índice de casos não julgados, respectivamente, altera-se, também, o Código Penal, nos Art. 50 e Art. 51.

Em alteração do Código Penal, relacionado à legítima defesa, altera o Art. 25, Parágrafo Único, legitimando e reduzindo a pena em caso de homicídio doloso, se comprovada legítima defesa. Nestes casos, o atentado ocorrido no Rio de Janeiro, onde um homem fora assassinado por 80 tiros disparados pelo Exército, levanta o questionamento do que deve ser considerado nas “situações de confronto”, visto que as tensões raciais marcam um estereótipo do criminoso a ser confundido, mesmo quando não lhe é garantido o direito a defesa. Ainda nesta medida, propunha uma mudança no Art. 309-A, no Código de Processo Penal, que foi vetado em sua sanção. Esta medida, se aprovada, poderia configurar a sentença dos acusados no Bar Bodega, mesmo que ainda inocentes, como discutiremos posteriormente.

2.1 O Bar Bodega e a funcionalidade jurídica: um cenário brasileiro

No dia 10 de agosto de 1996, acontecia um dos crimes mais conhecidos daquela época, a nível nacional pela comoção midiática, que comprometeu todo o processo jurídico, e a nível internacional, por ferir a imparcialidade jurídica e ferir os direitos humanos, mesmo que ainda a Lei nº 9.455/97 não estivesse no sistema jurídico. O então conhecido caso do Bar Bodega aconteceu na região nobre de São Paulo, no bairro Moema, decorrente de um assalto que gerou duas mortes:

Os homens entraram em fila no bar. Eram três. Na frente, o mais forte, um paredão. Não chamavam a atenção de ninguém. Mais quatro homens entraram depois. Duas e meia da madrugada de um sábado. Noite fria, muitas mesas já estavam vazias, mas ainda havia uns vinte clientes. Os dois grupos se dividiram, para os fundos do bar e para o caixa. Nenhuma arma era visível. Três minutos antes, o grandalhão, segurança da casa, tinha sido rendido na entrada. Não deu tempo pra nada. Um homem magro, franzino, encostou a arma no pescoço dele. - Hoje, eu sou o crime!. Os manobristas foram rendidos ao mesmo tempo. E entraram no bar, todos em fila. Primeiro, dois assaltantes e Vivaldo, o segurança, que foi levado para próximo do banheiro. Depois entraram os manobristas com outros dois assaltantes. Em segundos, o barman e o caixa já tinham canos de armas na barriga. Só então o assalto foi anunciado (DORNELLES, 2007, p. 17).

O caso talvez seja um dos mais conhecidos da época, por diversas razões, como o sensacionalismo midiático, que acabou por interferir nas investigações, a conseqüente movimentação popular, com o movimento *Reage São Paulo*, os devidos procedimentos jurídicos, que apresentaram várias falhas e só não resultou em uma condenação injusta pela atuação do promotor Eduardo Araújo da Silva, a não condenação dos torturadores e pelo Estado não ter indenizado os envolvidos, que passaram por uma série de torturas:

Ninguém passa incólume pela FEBEM. Foi ali que Cléverson teve certeza de que o mundo é dividido entre os que mandam e os que têm medo. Não tinha dia em que não visse uma surra. Dos companheiros nos outros, dos outros nos companheiros e dos monitores em todos. Não precisava motivo. Um olho atravessado e pronto. Cara feia não tinha perdão, era desafio à autoridade. [...] Eram fases intercaladas. Saía um Valmir ou Luciano, entrava Cléverson outra vez. Os policiais queriam mais, queriam outros cúmplices, queriam as armas, queriam o dinheiro, os cheques, as joias. Na segunda sessão de tortura, Cléverson viu que não tinha saída, tinha que entregar mais alguém. E apontou Natal. Natal estava na malandragem havia pouco tempo. Nunca tinha saído preso. Trabalhava como pedreiro, tinha ficado desempregado fazia 6 meses. Acompanhou Cléverson em dois assaltos. Uma hora dizia que queria ir, noutra, que não, queria ficar longe de confusão. A maior de todas estava apenas começando. Ele foi torturado quatro vezes. Uma numa delegacia e mais três vezes em outra. Os policiais ameaçavam colocar pacotes de cocaína na casa dele para incriminar a família inteira. Depois de cada espancamento, um delegado botava papéis a sua frente para que assinasse. Natal recusou-se sempre (DORNELLES, 2007, p. 25; 48).

Com a devida pressão midiática, todo o trabalho da polícia e da investigação acabou por virar um espetáculo popular. Pelo bem social, era necessário solucionar o caso e dar uma resposta à população, que se encontrava ameaçada. Os diversos veículos de São Paulo, sem se preocuparem com a integridade do sujeito, lhes propuseram um estereótipo, baseado no ódio, na amargura e no não arrependimento:

Nos dias seguintes, o assunto continuaria em destaque. No *Diário de São Paulo*, uma entrevista exclusiva com Cléverson começa com a seguinte frase: “Triste, carrancudo, cheio de ódio e amargura. Assim é Cléverson, que executou o dentista no dia do assalto ao Bodega...”. Ele é descrito como alguém frio porque só pensa em vingança pelo assassinato da mãe. No *Jornal da Tarde*: “Quem é e o que pensa C. A. S., dezesseis anos, um dos assassinos do Bar Bodega”. Mais uma vez, o perfil do ódio. Cléverson tinha

virado um prato cheio, personagem principal, apontado como líder pela polícia e aceito pela imprensa como a estrela do espetáculo. (DORNELLES, 2007, p. 60).

Com a pressão popular e as torturas exercidas, a fim de agilizar o processo, os órgãos precisavam solucionar o caso e dar uma resposta à sociedade. Com algumas lacunas na história, nas versões contadas e no não reconhecimento dos acusados pelos funcionários do Bar Bodega, diversos crimes foram cometidos, desde infrações contra o Estatuto da Criança e o Adolescente até o crime de tortura, estabelecido em lei no ano seguinte.

Se o promotor do Ministério Público não tivesse agido, este seria mais um crime que puniria inocentes, pautados em um dito perfil social do criminoso. Com o pedido para abrir as investigações, as reconstruções da cena do crime e os depoimentos retomam as lacunas do caso, inocentando os acusados e investigando os verdadeiros culpados pelo crime:

O promotor Eduardo Araújo da Silva estava no trânsito, próximo do parque do Ibirapuera, quando ouviu a notícia da prisão de Cléverson e dos outros quatro acusados. Ficou aliviado. O crime bárbaro não ficou impune. Mal sabia que, um mês depois, ele mesmo estaria no caso Bodega. Tinha só 29 anos. Era um desconhecido na mídia, tão repleta de promotores assíduos [...] Ele não era o promotor natural do caso Bodega. Foi designado, furo a fila. Uma tarefa de confiança do procurador-geral do Ministério Público. Já havia um zunzunzum de que as coisas estavam complicadas na investigação, boatos de que os funcionários do Bodega estavam se reunindo, não entendiam o rumo das investigações. [...] Vivaldo, o segurança do Bodega, liderava o movimento dos funcionários. Ele próprio tinha passado por maus bocados, e não se conformava. Quando foi chamado para reconhecer os acusados, não identificou ninguém, mas quase caiu pra trás quando viu Natal, uma incrível coincidência. Era o mesmo Natal, filho do seu Nilo, que tinha morado perto da sua casa, anos atrás, numa rua do Bixiga. O segurança chamou uma delegada e falou que conhecia Natal. Imediatamente foi levado para uma sala, de onde ouviu gritos

de espancamentos. E ali mesmo levou uns tapas. Foi acusado de fazer parte do grupo. Um policial quebrou uma prancheta na sua cabeça. Vivaldo, um armário que lutava boxe e judô, não pode reagir. Foi algemado, transferido de delegacia e solto na madrugada. A polícia não sabia o que fazer com ele. Ao contrário do que a imprensa e a polícia diziam, os funcionários do bar não estavam conseguindo reconhecer os acusados. Sem saber em quem confiar, procuraram policiais militares, que alguns deles conheciam. A história chegou ao serviço reservado da PM, que começou a fazer investigações em sigilo (DORNELLES, 2007, p. 78-79).

Reconstruído pelo jornalista, Dornelles (2007), o caso *Bar Bodega* é tido como um crime de imprensa, pela mobilização e pela influência que as mídias jornalísticas deram ao caso, como nos mostram a imagem 1 e a imagem 2. Como aponta o jornalista, os verdadeiros autores foram condenados a penas que variaram de 23 a 48 anos, o movimento *Reage São Paulo* se findou com o caso, os acusados nunca foram indenizados pelo Estado e os policiais, que praticaram tortura, nunca sofreram qualquer pena pelo ato, bem como nenhuma mídia foi processada pelo que fez.

Imagem 2 – O caso “Bar Bodega” e a influência midiática

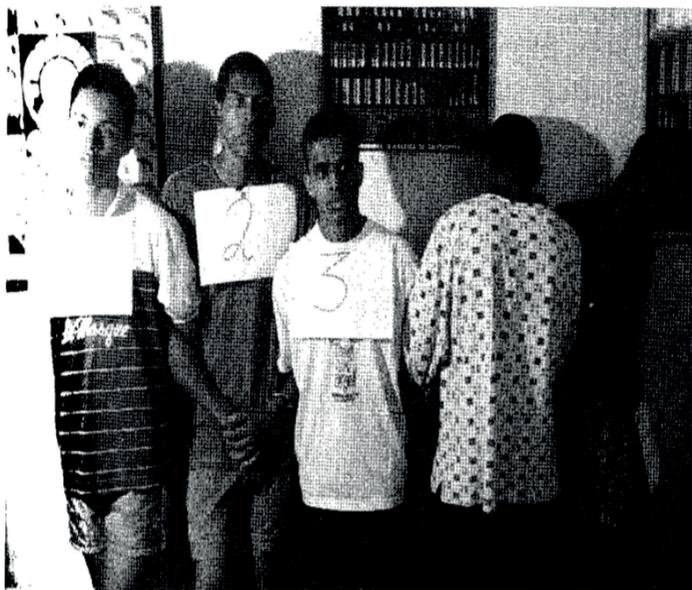


*A cobertura equivocada e ditada pelos passos da polícia.
(Diário Popular, 27/08/1996).*

Disponível em: DORNELLES, Carlos. **Bar bodega: um crime de imprensa**. São Paulo: Globo, 2007.

Tendo ciência dos conflitos étnico-sociais que nossa sociedade apresenta, intensificados pela miséria e desigualdade social, cabe-nos a reflexão dos procedimentos adotados em um crime, que ocorreu na década de 1990, época na qual os acusados, mesmo inocentes, foram culpabilizados pelo seu perfil social, como demonstrado na imagem 3 e 4, e, com toda a mobilização do caso, passaram por uma morte social. Nessa reflexão, propomos questionar como a Lei nº 13.964/2019 pode intensificar algumas tensões, culpabilizando sujeitos e superlotando os presídios, que, apesar de todas as garantias, mantêm a precarização e esquecimento dos indivíduos.

Imagem 3 – Os suspeitos do caso Bar Bodega: jovens negros da periferia de São Paulo.



*(Os suspeitos: jovens negros da periferia de São Paulo.
(Lalo de Almeida / Folha Imagem)*

Disponível em: DORNELLES, Carlos. **Bar bodega**: um crime de imprensa. São Paulo: Globo, 2007.

Imagem 4 – Os suspeitos do caso Bar Bodega: dia da liberdade.



O dia da liberdade: atitude considerada desafiadora.
(João Wainer / Folha Imagem)

Disponível em: DORNELLES, Carlos. **Bar bodega: um crime de imprensa**. São Paulo: Globo, 2007.

Considerando a situação sub-humana pelas quais esses indivíduos passam, é necessário verificar as consequências físicas, psicológicas e sociais nas quais estão sujeitos. Em um contexto contemporâneo, o diálogo entre Brasil e Estados Unidos nunca foi tão denso: pela repressão policial com as “classes inferiores”, o encarceramento em massa e o controle de corpos negros. Estudar o caso Bar Bodega, em um contexto brasileiro, em uma realidade acentuada pelas discussões raciais na realidade e na mídia, no movimento “I can’t breathe” e na série *When they see us* (2018), nos leva a pensar como as intermediações culturais se propõem a configurar um estereótipo que é reflexo de uma colonialidade.

2.2 O perfil social do presidiário brasileiro: controle social e encarceramento em massa

A população carcerária brasileira cresceu exponencialmente nos últimos anos, superlotando os presídios e gerando uma crise nos diversos setores de Segurança Pública. Os últimos dados estatísticos indicam que possuímos mais de 700 mil habitantes privados da liberdade, dentre sua maioria com recorrências de roubo e tráfico de drogas, tendo entre 18 a 24 anos, com escolaridade até o ensino fundamental e com uma condição étnica negra, a contabilizar negros e pardos.

Consoante ao caso Bar Bodega, vale destacar que o perfil dos acusados atendia o estereótipo do penitenciário, apontado nas últimas estatísticas. Mesmo inocentados, como dito anteriormente, não houve nenhuma comoção social para se desculpar pelo que fora dito ou feito com os acusados, que tiveram de enfrentar todo o sistema corporativo que os torturou:

A vontade de esquecer não impediu que eles voltassem a ficar diante de um juiz. Um mês depois da descoberta dos verdadeiros culpados, Luciano, Natal e Valmir da Silva tiveram que contar, outra vez, todos os detalhes da tortura. Agora, eles tinham esperança de que os policiais fossem punidos. Eles disseram que foram torturados por policiais do 15º e 37º distritos e por agentes do GOE - o Grupamento de Operações Especiais. Denunciaram a omissão dos médicos do IML, que só fizeram exames de verdade depois que a Justiça recebeu as denúncias da tortura. Só neste momento a imprensa ficou sabendo que um outro menor, Edson, também tinha sido preso. Ele ficou detido ilegalmente na delegacia por dois dias, acusado de fazer parte do grupo. Agora, ele ajudava na denúncia das torturas. Disse que apanhou sem trégua, o tempo todo em que esteve na delegacia. Acabou sendo solto 'por falta de provas'. Os rapazes acusaram treze policiais - quatro delegados, oito investigadores e um carcereiro - de participação nas torturas. [...] Com tamanhos disparates jurídicos, o processo foi seguindo de instância em instância. Em novembro de 1998, o juiz Sérgio Godoy Rodrigues de Aguiar absolveu os delegados João Lopes Filho, José

Eduardo Jorge e Antônio Primante e o investigador Alexandre Ferreira Victal ‘por falta de provas’. Novo recurso do Ministério Público até que o Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão em junho de 2002. Ninguém foi punido. (DORNELLES, 2007, p. 176; 178).

Em um contexto norte-americano, duas figuras se destacam na contemporaneidade ao teorizar sobre as relações entre prisão, racismo e encarceramento em massa. Davis (2018) e Alexander (2017) são importantes para pensar como tais aspectos se relacionam e condicionam pessoas aos estereótipos e lugares, reforçando o que o pesquisador e tradutor Almeida (2018) concebe por racismo estrutural.

Entendendo que o aprisionamento na contemporaneidade é reflexo do processo de escravidão nas Américas, entendendo que sua fala parte de um contexto estadunidense, Davis afirma:

Para Du Bois, a mão de obra negra não era nem economicamente livre nem politicamente autônoma. Consequentemente, os negros entraram numa esfera pública da democracia norte-americana como inferiores e desiguais [...]. Com a abolição da escravidão, os negros deixaram de ser escravos, mas imediatamente se tornaram criminosos - e, como criminosos, tornaram-se escravos do estado. (DAVIS, 2009, p. 13-14).

Da mesma forma, Alexander (2017) compreende que, para além de um reflexo escravocrata, que condiciona indivíduos a uma estrutura marginal, o encarceramento é reflexo de uma guerra contra às drogas que, assim como no Brasil, exerce a sua erradicação na favela, em um controle pela “política do medo, da divisão, do bode expiatório e do controle [social]” (ALEXANDER, 2017, p. 21). Ainda sobre a condição que essa guerra resultou, nos indica:

Milhões de pessoas - em sua maioria, pessoas pobres e não brancas - foram varridas para prisões e cadeias em razão de uma ‘guerra contra às drogas’ racialmente enviesada e ao movimento político de ‘endurecimento’ que destruiu famílias e dizimou comunidades inteiras [...]. Mais de 90% daqueles rotulados como ‘criminosos’ ou ‘bandidos’

não recebem um julgamento ou uma defesa consistente; eles se confessam culpados porque são ameaçados com sentenças mínimas obrigatórias duríssimas caso ousem desafiar suas acusações. Uma vez terem cumprido suas penas de prisão, milhões são introduzidos num universo social paralelo, no qual os direitos civis e humanos básicos garantidos à demais pessoas não se aplicam a eles (ALEXANDER, 2017, p. 20).

Dessa forma, para além de todo processo e ordenamento jurídico, por vezes, há aspectos que são desconsiderados. Para além de todas as discussões que propomos, é necessário identificar o que leva o infrator a praticar tal ato, bem como deve-se problematizar o perfil do “criminoso”, entendendo que parte de um reflexo histórico e do condicionamento do indivíduo a uma situação inferior. Tais questionamentos são importantes na hora de pensar nas hipóteses, nas intervenções e nas aplicabilidades da gestão prisional, em uma consideração das alternativas para a crise do sistema penitenciário.

3 HIPÓTESES, INTERVENÇÕES E APLICABILIDADES: PENSANDO ALTERNATIVAS PARA A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Em uma elevada estatística, o Brasil apresenta cerca de 726 mil detentos (INFOPEN, 2017), com uma estrutura que comporta apenas 300 mil presos. Nesse cenário, o sistema carcerário encontra-se superlotado em todas as regiões do país, desvinculando-se de sua função idealizada, de proteger a população e reabilitar o indivíduo para a vida em sociedade. Ao contrário, essa carência estrutural, em conluio com a corrupção policial e a negligência do sistema judicial, cria um ambiente de precariedade, insalubridade e severas invasões aos direitos humanos, além do assédio a jovens pelas facções criminosas que intensificam seus recrutamentos nos presídios.

Dentre a população carcerária do país, 44% são presos provisórios, que ainda estão no aguardo de uma decisão judicial, sendo jovens entre 18 e 29 anos, presos por crimes contra o patrimônio (70%) ou tráfico de

entorpecentes (22%), negros e de baixa renda (64%), de acordo com o INFOPEN (2017). Logo, a crise do sistema penitenciário não é apenas um problema da segurança brasileira, mas também um reflexo do gritante abismo social, ocasionado pelas desigualdades socioeconômicas.

Nessa perspectiva, o jovem periférico não possui recursos para arcar com os custos de todo o processo judicial, tornando-se dependente da ineficiente defesa pública e da lentidão do sistema judiciário, que se apresentam como variáveis que mantêm o jovem preso, condicionando-o à violência do meio carcerário e ao crime organizado. Assim sendo, a justiça faz-se seletiva e as prisões transformam jovens infratores em massa de manobra do narcotráfico.

O sistema carcerário do país se faz desigual em seu todo. Para começar, a maioria dos crimes é inafiançável, no qual é preso imediatamente. Logo após, encontra-se sujeito tanto ao abuso de violência física e à tortura quanto às falhas processuais e ao descaso da Justiça. Esse cenário, característico das prisões de caráter unicamente punitivo, contribui para o aumento da reincidência dos presos e o crescimento do tráfico, que surge justamente como única forma de fuga do indivíduo daquela realidade. A partir do momento em que se retira a liberdade do cidadão, mesmo que esse esteja cumprindo uma pena, e não se respeita os demais direitos universais nas prisões, de imediato se está trabalhando de forma contrária para a recuperação dessa pessoa, como acontece no Brasil, segundo relatórios da ONG Human Rights Watch, que relata as péssimas condições de vida e habitação nas celas brasileiras.

Diante de todas as questões supracitadas atuais nos presídios brasileiros, entende-se que a procura de alternativas para extirpar, ou pelo menos diminuir o caos instalado, vem se tornando a grande missão do Estado e daqueles preocupados com a problemática. O caos nas penitenciárias brasileiras é uma dificuldade antiga e que vem sendo discutido há pouco tempo, no qual muitos questionamentos têm sido levantados, prós e contras são chamados a discutirem a temática, mas poucas são as soluções alcançadas.

É notório a emergência em se pensar alternativas para solucionar ou amenizar o caos instalado no sistema prisional, tecidos pela falta de qualidade das prisões e a ineficácia na manutenção de direitos dos presos

não. Deste resultamos e inferimos que a probabilidade de reincidência desses indivíduos é muito alta, acrescido ainda da falta de conhecimento por parte dos administradores a respeito do perfil carcerário.

Diante desse quadro, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Ministério da Justiça formularam o Plano Diretor do Sistema Penitenciário, visando diagnosticar os principais problemas encontrados nos cárceres do país, ao planejar ações frente às várias alternativas e primar pela busca dos resultados, a saber, colaborar para a concretização dos direitos das pessoas privadas de liberdade, assim como para a atualização qualitativa da gestão prisional do Brasil.

Além disso, o Depen, a partir do Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional, estimula os estados da federação a elaborarem projetos estratégicos de ações, por meio dos múltiplos âmbitos responsáveis dos órgãos de gestão prisional, o que pode ser possível por meio da subdivisão do Plano em temas estratégicos: sistema de justiça, modernização da gestão e reintegração social. Entre as medidas pensadas no plano, temos: a aplicação de penas alternativas ao cárcere, a criação de comissões técnicas de classificação em cada região e a avaliação de leis fomentadoras do déficit prisional no país, como a Lei das Drogas de 2006 (11.343), responsável pelo inchaço carcerário no país, por exemplo.

Enumerando as matérias mais importantes do Plano, destacam-se o fornecimento de uma assistência jurídica de melhor qualidade ao preso e de educação como forma de reabilitação moral do indivíduo. Deparando-se com a enorme quantidade de pessoas que cumprem penas mais duras do que a sua infração delimita, devido à negligência do sistema judicial com o preso pobre e negro, é fundamental que a justiça brasileira invista na melhora da defesa pública, na contratação de advogados, no custeamento de todo o processo e no levantamento de dados a respeito do indivíduo, não só como amparo legal do preso, mas como forma de individualizar cada processo, para uma sentença mais justa:

Os presos provisórios, condenados e internados que comprovem a insuficiência de recursos para constituir advogado têm direito à assistência jurídica, que deve ser ampliada e efetivada para atender à Constituição Federal e a Lei de Execução Penal. A Resolução nº 14/1994 – CNPCP dis-

põe que a assistência jurídica deve ser oferecida de forma gratuita e permanente ao preso pobre, e que este atendimento será em local reservado, atendendo ao direito de privacidade do preso. A assistência prestada aos presos tem como uma de suas finalidades o desencarceramento daqueles que estão com excesso de execução e a promoção da celeridade nos processos para a concessão de benefícios. O objetivo estratégico do Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional que trata sobre a assistência jurídica visa a ampliação da oferta dessa assistência aos presos do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2009, p. 8).

Nessa perspectiva, a educação nas prisões tem como objetivo aumentar o índice de alfabetização e ampliar a escolarização dos presos. De acordo com um dos objetivos estratégicos do Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Penitenciário, há a previsão de criação de espaços literários e aquisição de acervo bibliográfico para as unidades prisionais. Esses locais disponibilizarão aos presos livros instrutivos, recreativos e didáticos. Em relação à educação, os artigos 17 a 21 da Lei de Execução Penal estabelecem:

(...) Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos (...) (BRASIL, 1984).

Apesar de todos os estudos e conhecimento do poder público, existe uma dificuldade em se resolver essa situação, que ainda é uma realidade

de brasileira. Sabemos que existem experiências internacionais, que, caso sejam aplicadas no Brasil, ajudariam a resolver uma série de problemas, na qual, entre as melhores soluções e alternativas bem-sucedidas apontadas, destacamos o investimento em educação. A oferta educacional nos estabelecimentos prisionais é dever do Estado, com vistas à prevenção do crime e à orientação do preso ao retorno à convivência em sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia inicial das prisões consistia na (re)existência e a (re)adequação social do preso, para que, posteriormente, pudessem ser (re)inseridos na sociedade. Entretanto, percebemos que essa ideia não foi eficaz, haja vista que os índices de criminalidade não diminuíram e a maioria dos presos não alcançavam a política social proposta. Tais fatores levaram Foucault (2012), por exemplo, a descrever a prisão como um grande fracasso da justiça penal. Diante disso e dos estudos teóricos e históricos da problemática questão da prisão e seus efeitos retrógrados, é de se concluir que o indivíduo, enquanto marginalizado e estereotipado, não alcançará os ditames da verdadeira função punitiva, tão pouco retornar à verdadeira integridade humana.

Nesse contexto, inferimos que o sistema penitenciário brasileiro é repleto de falhas, sendo que as prisões servem meramente como forma de punição, deixando de lado o caráter educativo e a tentativa de ressocializar e reintegrar o preso na sociedade, fato que traria muitos benefícios, tendo em vista que, como foi mostrado, a maioria dos presos são pessoas jovens, negras e de baixa renda.

Porém, o sistema brasileiro vai ao encontro da ideia primária das prisões, nas quais não ocorre, nem mesmo, uma tentativa de transformação do preso e, apesar da Constituição Federal prever, no seu artigo 5º, inciso XLIX, do Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (1988), o Estado continua fracassando nas prerrogativas mínimas de custódia em todos âmbitos.

Além disso, a individualização da pena acaba por ser lesada, pois o fato de colocar presos que cometeram delitos leves em convívio com

os que praticaram delitos mais graves traz grandes riscos, por exemplo, ao “aprender” práticas criminosas mais perigosas com o outro, o que contribui para o aumento da criminalidade e a não transformação dos presos, questão essa que transforma as prisões, obsoletas e retrógradas, em verdadeiras “escolas do crime”, contribuindo para que o apenado mergulhe em um fértil terreno de aprendizado do crime e perpetuação de reincidência criminal.

Tendo em vista os fatos expostos, é notório que a Lei nº 13.964/2019 apenas reforça a punição à população, sem tentar desvelar os problemas estruturais do sistema penitenciário brasileiro. Além disso, percebemos que esse complexo não tem estrutura para essa lei, haja vista que o número de presos sofreria um aumento significativo, principalmente de pessoas pobres e negras, já que ficou mais que claro que, atualmente, esse é o perfil do presidiário brasileiro.

Faz-se necessário, após a presente análise e exposição de fatos, em um contexto sociotemporal, um investimento na Segurança Pública, que é praticamente nula e ineficaz, e no Sistema Penitenciário Brasileiro, uma vez que, com uma melhora nessas duas esferas, a criminalidade no país tenderá à diminuição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, M. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa.** São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em jun 2019.

BRASIL. **A história das prisões e dos sistemas de punições.** Disponível em: <http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>. Acesso em jun 2019.

BRASIL. **Anticrime.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>. Acesso em jul 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=O%20tempo%20de%20cumprimento%20das,ao%20limite%20m%C3%A1ximo%20deste%20artigo.&text=%E2%80%9CArt.,-91%2DA. Acesso em jul 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em jun 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em jun 2019.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN - dezembro 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN - junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. **Plano diretor de melhorias no sistema prisional.** Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BRASIL. **População prisional brasileira pode chegar a quase 1,5 milhão até 2025.** Disponível em: https://justica.gov.br/news/copy_of_collective-nitf-content-26. Acesso em jul 2019.

BENTHAM, J. **O Panóptico ou a casa de inspeção.** In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). *O Panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

DAVIS, A. **A democracia da abolição:** para além do império das prisões e da tortura. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

DAVIS, A. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018

.DIAS, I. F. B. S. GONÇALVES, F. P. F. Bar Bodega: um crime de imprensa – uma breve análise jurídico-literária. **Revista Interfaces:** Saúde, Humanas e Tecnologia, Juazeiro do Norte, v. 3, n. 11, p. 10-13, 2015.

DORNELES, C. **Bar bodega:** um crime de imprensa. São Paulo: Globo, 2007.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir.** 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

POMBO, O. **Da Sociedade Disciplinar à Sociedade de Controle.** Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar/Pan%C3%B3ptico.htm>>. Acesso em jun 2019.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NOVOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS APÓS O HC 379.269/MS E A SUPERAÇÃO DA TEMÁTICA DO DESACATO

CONVENTIONALITY CONTROL IN SUPERIOR COURT OF JUSTICE: JURISPRUDENCE AFTER HC 379.269/MS AND THE OVERRULING OF DISRESPECT CRIME THEME

Jorge Luis Chaves de Assunção Lima¹

Data de Submissão: 20/08/2021

Data de Aceite: 09/11/2021

Resumo: O presente artigo busca apresentar os resultados obtidos após pesquisa analítica crítica de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça envolvendo controle difuso de convencionalidade, publicados posteriormente aos notáveis julgados que envolviam a convencionalidade do desacato. A relevância da análise se dá por duas justificativas principais: novos tópicos envolvendo o tema foram discutidos nos julgados analisados, sendo verificadas algumas rupturas e novas compreensões, ainda não discutidas no ambiente acadêmico brasileiro. A partir de breve análise qualitativa dos 4 principais novos acórdãos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, pretendeu-se dar luz aos novos padrões interpretativos do Tribunal da Cidadania em relação à temática. Ao longo das análises, foram identificadas interessantes conjunturas, como: 1- A participação ativa do Ministério Público Federal; 2- A dispersão jurisprudencial criada entre a 1ª e 3ª Seção do Tribunal; 3- Os avanços interpretativos na 3ª Seção, caso comparados com o conteúdo do HC 379.269, de 2017.

1 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Monitor de Direito Internacional Público e membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPDI/UFRJ). E-mail: jlcalima@ufrj.br

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Superior Tribunal de Justiça. Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Direitos Humanos.

Abstract: This article intends to present the results obtained after analytical research of the Brazilian Superior Court of (Common) Justice (STJ) rulings involving the diffuse conventionality control subsequent to the notable judgments involving the conventionality of officer disrespect crime. The relevance of the analysis is given by two main reasons: new topics involving the control of conventionality were discussed in the analyzed judgments and some ruptures and new understandings were verified, not yet discussed in the Brazilian academic environment. Thus, from a brief qualitative analysis of the 4 new cases judged by the Superior Court of Justice, here it was intended to illuminate the new interpretative standards of the STJ in relation to the subject. The result was the identification of the following paradigms and occurrences: 1- The essential role of the Brazilian Federal Public Ministry; 2- The jurisprudential dispersion created between the 1st and 3rd Section of the Court; 3- Interpretive advances in the 3rd Section, if compared with the content of HC 379.269, of 2017.

Keywords: Conventionality control; Brazilian Superior Court of Justice; Relations Between International Law and Municipal Law; Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade no Superior Tribunal de Justiça é tema que está na ordem do dia do tribunal. O primeiro acórdão que fazia referência direta ao tema é o Recurso Especial 1.640.084, que após gerar esperança aos entusiastas da convencionalização de nosso sistema jurídico, logo foi suprimido pelo Habeas Corpus 379.269. Até o presente momento, os estudos que se debruçam sobre o controle de convencionalidade na alçada do STJ referem-se massivamente ao já superado tema que envolve a convencionalidade do desacato, questão pacificada pela ADPF 496. Contudo, existem novos casos em voga, que contornam novas temáticas e trazem novos paradigmas interpretativos a serem analisados.

Se inegavelmente 8 dos 14 acórdãos do Tribunal da Cidadania que envolvem controle difuso de convencionalidade dizem respeito ao tipo penal do desacato, existem outros 6 julgados — 3 publicados recentemente, no ano de 2021 — que abordam os mais diversos temas, como: internalização de norma de *jus cogens*, direitos dos povos indígenas, competência do STJ para exercer controle de convencionalidade e pessoas privadas de liberdade.

Desse modo, o que se objetiva no presente artigo é, a partir da análise crítica dos recentes julgados, fornecer luz ao debate que envolve o controle de convencionalidade no maior tribunal superior de nosso país, a fim de avaliar continuidades ou rupturas interpretativas após os emblemáticos julgados relativos ao tema do desacato, já exaustivamente analisados. Se, ao analisar a convencionalidade do artigo 331 do Código Penal, o Tribunal havia promovido um “desserviço e retrocesso” (GUERRA, 2018, p. 20) em relação ao controle de convencionalidade difuso no plano interno, o que esperar a partir da análise dos novos casos?

A metodologia utilizada no artigo será a análise crítica comentada de casos recentes — e ainda não discutidos — envolvendo o controle de convencionalidade no Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, em primeiro lugar descreveremos brevemente o conceito de controle de convencionalidade em sua forma difusa para, então, adentrar na análise dos julgados recentes. Os acórdãos abordados neste artigo serão os se-

guintes²: Recurso Especial 1.798.903/RJ, Acórdão relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca; Agravo Interno no Recurso Especial 1.704.452/SC, de relatoria do Ministro Og Fernandes; Recurso Especial 1.641.107/PA, de relatoria do Desembargador Federal convocado Manoel Erhardt; Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 136.961/RJ, também de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Por óbvio, caso todos os acórdãos fossem abordados profundamente, cada um deles forneceria material analítico suficiente para promover artigos de análise individual; contudo, o objetivo do presente trabalho é distinto, pois examina apenas o mérito relativo ao controle de convencionalidade, a fim de buscar um padrão valorativo utilizado pelo Tribunal da Cidadania.

2. AFINAL, O QUE É CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE?

Ainda que neste trabalho não se tenha como objetivo definir controle de convencionalidade — o que já foi feito por juristas altamente renomados —, é importante assentar o conceito, que atravessa toda a sua produção. Segundo Valério Mazzuoli (2013, p.3) controle de convencionalidade diz respeito à possibilidade de existir um controle normativo de normas domésticas a partir da verificação de sua compatibilidade com normas internacionais internalizadas, tácita ou expressamente, por um determinado Estado.

O controle difuso de convencionalidade seria uma das diversas modalidades de controle convencional possíveis, sendo aquele que é aplicado no plano interno dos Estados. Na alçada Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade se solidifica — dado que já a Corte já havia se posicionado em relação ao tema tanto na

2 Um importante adendo: os outros dois julgados restantes não abordados aqui são o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.684.232 e o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.577.745. O primeiro apenas repete o conteúdo do acórdão 1.798.903, citado no artigo; o segundo, julgado da Quinta Turma, reconhece a possibilidade de se fazer controle de convencionalidade em sede de Recurso Especial, mas o Agravo é desprovido pois o apelante deixou de apontar o dispositivo supralegal violado.

Opinião Consultiva nº 14 quanto no caso *Barrios Altos Vs. Peru* — a partir do caso *Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile*, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a inconvenção da Lei de Anistia chilena por conta de seu desalinhamento com dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos:

119. Leis de anistia com as características descritas (par. 116 supra) conduzem à desproteção das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, razão pela qual são **manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e indubitavelmente afetam direitos nela consagrados. Isso constitui, per se, uma violação da Convenção e gera responsabilidade internacional do Estado. Consequentemente, dada sua natureza, o Decreto Lei nº 2.191 carece de efeitos jurídicos e não pode seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso**, nem para a identificação e a punição dos responsáveis, nem pode ter igual ou similar impacto a respeito de outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Chile. (CORTE IDH, 2006, p. 51, grifo nosso)

Após o emblemático julgamento, o controle de convencionalidade solidificou-se cada vez mais, a partir do desenvolvimento progressivo da jurisprudência da Corte IDH (LEGALE, 2020). No Brasil, a sustentação normativa do controle de convencionalidade está pautada no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, consignado ao entendimento solidificado pelo RE 466.343, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008, que consagrou importante paradigma em nosso ordenamento jurídico: tratados internacionais de direitos humanos internalizados na ordem brasileira, que não tenham passado pelo rito descrito no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal e infraconstitucional. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, solidificada em nosso ordenamento jurídico, legitima a anulação de disposições normativas infraconvencionais, obrigando todos os poderes do Estado, por constituir obrigação adquirida pela República Federativa do Brasil de modo conjunto (BRASIL, 2007).

3. RECURSO ESPECIAL 1.798.903/RJ: SOBERANIA, NORMA DE *JUS COGENS* E A IMPRESCRITIBILIDADE DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.

O caso envolve recurso interposto pelo Ministério Público Federal, em desfavor de acusados pelo suposto envolvimento com o atentado à bomba do Riocentro, ocorrido na noite de 30 de abril de 1981. A tese dos Procuradores, acatada em primeira instância e rechaçada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, era a de que os crimes cometidos naquela noite caracterizariam crime contra a humanidade, o que violaria normas imperativas de direito internacional público — prescrições inderrogáveis, que não demandam internalização pelos Estados (MAZZUOLI, 2021, p. 82) — decorrentes da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968. Tal raciocínio, que resume a tese em questão, está na decisão de recebimento da denúncia em 1ª instância por parte da juíza Ana Paula Vieira de Carvalho:

Passados 50 anos do golpe militar de 1964, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos naquele período fazia parte de uma política de Estado, conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental.

Os fatos narrados na denúncia encontram-se, em tese, dentro deste contexto, na medida em que, segundo a tese ministerial, a ser submetida ao contraditório, o atentado a bomba descrito fazia parte de uma série de outros quarenta atentados a bomba semelhantes ocorridos no período de um ano e meio, direcionados à população civil, com o objetivo de retardar a reabertura política que naquele momento já se desenhava.

[...]

Admitida a tese de que se está diante de um crime contra humanidade, deve-se reconhecer, também, a imprescritibilidade destes fatos. Vejamos.

Muito embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia

Geral da ONU em 1968 – pois estava no auge da ditadura militar nesta época –, **entende a doutrina estarmos diante, na verdade, de verdadeiro princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais.**

[...]

A força desse princípio, absorvido como verdadeiro costume internacional, permitiu fosse inserido em novos instrumentos internacionais, sendo de destacar-se sua previsão no Estatuto de Roma, que trata do Tribunal Penal Internacional. **O reconhecimento da imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade como um princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais, foi explicitamente realizado pela Corte Interamericana de Direitos, no “Caso Almonacid Arellano”**

[...]

Não bastasse a natureza de costume internacional conferida à imprescritibilidade destes crimes, **considero estarmos diante de verdadeiro ius cogens, que não pode ser ignorado pelos Estados** (BRASIL, 2019, p. 21-22, grifo nosso)

Contudo, a decisão foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sede de Habeas Corpus relatado pelo Desembargador Ivan Athié. A decisão do relator pode ser considerada um tanto quanto controversa, por confundir a jurisprudência de tribunais internacionais com decisão de tribunal alienígena ao invés de fonte legítima do direito internacional público — que pode gerar obrigações e, por força normativa, acabar por criar normas inderrogáveis de direito internacional — e comparar normas de direito internacional com normas de direito comparado:

Mesmo se nada disso existisse, a prescrição também impede a perseguição criminal. Anote-se a total impertinência da tese esposada pela decisão que recebeu a denúncia, com base em entendimento do Tribunal de Nuremberg. Não se aplica aqui no Brasil decisão de tribunal alienígena, como norma cogente. Serve, claro, como conclusão a ser pensada, meditada, mas não com a amplitude vista pela D. Juíza.

À toda evidência, e como se não bastasse aqui não ser lei decisão de tribunal de fora, os atos atrabiliários – e assim se enquadram os praticados no caso Riocentro, no âmbito, na intenção, na vontade, e também no resultado, estão abissalmente distantes de atos de extermínio de seres humanos considerados inferiores, e dos demais atos analisados pelo tribunal referido na decisão de 1º grau, enfim não há como estender-se a nós como norma cogente qualquer decisão estrangeira, senão, por absurdo, teríamos de admitir a incidência no Brasil da legislação alienígena, e não só a repressiva, mas também a permissiva. Não pode, em resumo, e por exemplo, aqui ser adotada a Lei de Talião, também as adúlteras não podem ser chicoteadas como permitido em alguns países, não cabe pena de morte a adversários políticos, assim como, ao contrário de alguns países, que até permitem ao pai tirar e com violência a vida de filho em caso de apostasia, aqui pode sim, e sem qualquer consequência (sic), renunciar-se a qualquer religião. (BRASIL, 2019, p. 25)

Após a concessão do Habeas Corpus no TRF-2, foi impetrado Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, demandando a requalificação de crime contra a humanidade a partir do reconhecimento da incidência de norma internacional de *jus cogens*, o que levaria à extinção da prescrição. O caso foi levado para julgamento da Terceira Seção — colegiado que reúne os Ministros da Quinta e Sexta Turma do STJ —, por tratar de tema importantíssimo para o sistema de justiça brasileiro. Por fim, o que se extraiu do julgamento, em que venceu voto-vista divergente proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca — vencidos Rogério Schietti Cruz e Sebastião Reis Júnior — foi o conhecimento parcial do recurso e negativa de seu provimento.

As abordagens que discutem o mérito do controle de convencionalidade no caso em questão podem ser divididas em dois blocos: o primeiro está nas discussões referentes à convencionalidade da Lei de Anistia; o segundo está na possibilidade ou não de internalização de norma de *jus cogens* internacional.

Em relação à convencionalidade da Lei de Anistia, o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça foi a simples escolha por factualmente não

entrar no mérito da questão (BRASIL, 2019, p. 138), posto que, apesar da EC 26/1985 e da Lei 6.683/1979 já terem sido declaradas recepcionadas pelo ordenamento constitucional vigente, nos termos da ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a inconvenção da Lei de Anistia brasileira no caso Gomes Lund e outros (“Guerilha do Araguaia”) Vs. Brasil:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, **carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso**, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (Corte IDH, 2010, p. 113, grifo nosso)

No entanto, a despeito da clara declaração de inconvenção, a sentença ainda não foi internalizada no plano interno em sua completude, tendo em vista que, apesar das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos serem dotadas de autoexecutoriedade no plano estatal, não existem mecanismos internos em nosso ordenamento jurídico que efetivem a anulação dos efeitos de uma lei por conta de exigência normativa supralegal. Em vista disso, foi protocolada a ainda pendente de julgamento ADPF 320, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se pleiteia o cumprimento integral da sentença, a partir da tese de que a omissão do Estado brasileiro em cumprir o disposto na decisão caracteriza ofensa a princípio fundamental de nossa República. Por conta da pendência de julgamento, a análise do mérito relativa ao controle de convencionalidade nessa primeira questão foi deixada de lado.

Já o tópico correspondente ao controle de convencionalidade por força de norma cogente teve seu mérito examinado (BRASIL, op. cit., p. 139-156). Em primeiro plano, é importante que se faça um adendo: ainda que conste na ementa do julgado que o Supremo Tribunal Federal havia limitado a força de norma cogente no plano interno na Extradicação

1.362/DF, não foi esse o entendimento do voto condutor do acórdão. O Ministro Relator do Recurso Especial no STJ inclusive deixou claro para seus pares que se tratava de entendimento minoritário da Corte (Idem, p. 148). Além disso, importante citar que, ainda antes de entrar no mérito da questão e sem afastar sua análise, o relator afirmou que o mais produtivo seria se o próprio Supremo Tribunal Federal se pronunciasse em relação ao tema da internalização de norma de *jus cogens* (Ibidem).

No tocante à força vinculante de norma inderrogável de direito internacional, o entendimento majoritário foi o de que, em respeito à ordem constitucional vigente, era inviável imputar prática delituosa por força de norma internacional, por conta da incidência normativa disposta no artigo 5º da CRFB, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Ainda que essa interpretação possa ter sido a mais adequada caso falemos de força de tratado com status supralegal, talvez não faça sentido usar o mesmo entendimento quando se trata de norma costumeira inderrogável, que possui autoexecutoriedade e obrigação de cumprimento no plano interno. É nesse sentido que entende Mazzuoli:

Dizer que o *jus cogens* é “norma imperativa de Direito Internacional geral” não significa dizer que os seus preceitos são somente obrigatórios, uma vez que mesmo aqueles derivados do *jus dispositivum* também o são, **mas quer significar que são insusceptíveis de derrogação pela vontade das partes**. Em princípio, toda norma jurídica é obrigatória, mas nem todas são imperativas, como é o caso do *jus cogens*. **Portanto, o que diferencia a norma de *jus cogens* das demais normas jurídicas é exatamente esse aspecto: a impossibilidade de derrogação pela vontade das partes**. Assim, a imperatividade das normas de *jus cogens* passa a encontrar o seu fundamento de validade em sua inderrogabilidade. (*op. cit.*, p. 113, grifo nosso)

A despeito do entendimento supracitado, a Terceira Seção estabeleceu que os efeitos legais de norma de *jus cogens* não podem se presumir, sob pena de se “revelar verdadeira afronta à própria soberania estatal e à supremacia da Constituição da República” (BRASIL, *op. cit.*, p. 151).

A arguição aqui levantada pelo relator é exatamente aquela chamada de retrocesso por Sidney Guerra (*op. cit.*, p. 20): “invocar a soberania estatal para adotar posicionamento que não leva em consideração o atual estágio da proteção dos Direitos humanos, seja em razão das regras ou dos princípios [...] corresponde a um desserviço e retrocesso prestado pelo Tribunal da Cidadania”. O que se percebe em relação a essa temática é a continuidade limitadora do, já duramente criticado (GUERRA; MARCOS, 2018), entendimento proferido nos termos do HC 379.269.

Além do tópico relativo à internalização de norma cogente, outro debate interessante foi citado no acórdão, a fim de dirimir possíveis interpretações difusas (BRASIL, 2019, p. 145): a incidência das tipificações presentes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, internalizado pelo Decreto 4.388 de 2002. O Ministro Relator considerou pertinente analisar as possibilidades de tipificação delituosa de crimes lesa-humanidade, previstos no artigo 7º do Estatuto do TPI, assim como sua imprescritibilidade, prevista no artigo 29.

No entendimento do Ministro Rogério Schietti — voto vencido — o reconhecimento constitucional de submissão à jurisdição do TPI obrigaria o Brasil a internalizar tanto a tipificação convencionalmente prevista quanto sua imprescritibilidade. Contudo, a Terceira Seção novamente levou em conta as limitações positivadas pelo artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição, entendendo que tratados internacionais internalizados não poderiam criar tipos penais. Nessa perspectiva, tipificações penais demandam obrigatoriamente a criação de disposição normativa interna para surtir efeitos em nosso sistema jurídico, pois ainda que reconhecido o caráter supralegal do tratado, deveria incidir o que foi disposto constitucionalmente. Importante citar que seria forçoso afirmar que a submissão jurisdicional ao TPI — prevista no § 4º do artigo 5º da CRFB — é suficiente para elevar as disposições de seu Estatuto ao status de norma que integra efetivamente o bloco de constitucionalidade, dado que não se confunde o reconhecimento de competência para julgar com a internalização de tipificação lá prevista.

Além disso, em voto-vogal complementar ao entendimento vencedor, a Ministra Laurita Vaz (*Idem*, 2019, p. 175) considerou que, caso reconhecida a incidência de tipificação por força do Estatuto de Roma para

crimes cometidos no ano de 1981, haveria claro desrespeito ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal — *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (Batista, 2011, p. 66-67). A consideração é relevante, dado que seria problemático imputar delito por força de norma que sequer existia factualmente no plano internacional até o ano de 1998, ao menos na alçada do TPI.

Encontrar as respostas corretas para o caso em questão é tarefa mais difícil do que parece, principalmente ao considerarmos novos institutos pouco considerados pela hermenêutica jurídica, como a incidência direta das normas de direito internacional no plano interno. Se, de um lado, a norma cogente talvez tenha amplitude normativa suficiente para imputar tipos penais costumeiramente, o constitucionalmente reconhecido princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* também deve ser levado em conta, especialmente se levarmos a cabo as premissas de que, no Estado Democrático de Direito, garantias são destinadas inclusive aos ofensores dos bens mais caros à sociedade e tratados internacionais estão positivados para conferir garantias, não as mitigar.

4. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 1.704.452/SC E RECURSO ESPECIAL 1.641.107/PA: CONSULTA PRÉVIA DE POVOS INDÍGENAS E A LIMITAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA 1ª SEÇÃO.

A estreia do controle jurisdicional de convencionalidade na 1ª Seção — competente para julgar demandas envolvendo direito público — foi discutida pela Segunda Turma do Tribunal da Cidadania em sede de Agravo em Recurso Especial decidido monocraticamente pelo Ministro Og Fernandes. O mérito da questão, trazida para o Superior Tribunal de Justiça pelo Ministério Público Federal, envolvia a instalação de empreendimento graneleiro em área que supostamente afetaria o interesse de comunidades indígenas locais.

Nos termos do art. 6º da Convenção 169 da OIT, internalizada pelo Decreto 5051 de 2004, povos indígenas devem ser consultados pre-

viamente caso exista qualquer medida legislativa ou administrativa que envolva seus interesses diretamente:

Artigo 6^a

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

[...]

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (BRASIL, 2004).

O Ministro Og Fernandes negou o pedido, repetindo a tese vencedora em 2^a instância, entendendo que a manifestação de entidade representativa de povos indígenas por força da Convenção era “meramente facultativa” (BRASIL, 2019, p. 2) e que a FUNAI havia sido provocada, mas não se manifestou em prazo razoável. Em relação ao controle de convencionalidade, foi inaugurada uma tese um tanto quanto problemática: Og Fernandes entendeu que normas supraleais, provenientes de tratados internacionais de direitos humanos, não deveriam ser analisadas pelo Tribunal da Cidadania, mas sim pelo Supremo Tribunal Federal:

No que tange à consulta das comunidades indígenas à luz da Convenção 169/OIT, cabe preliminarmente, ponderar sobre o cabimento do presente feito. Não se desconhece a existência de julgados desta Corte reconhecendo sua competência para apreciar os recursos fundados na violação de tratados de caráter supraleal (nesse sentido, por exemplo, o REsp 1.640.084/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 1º/2/2017). Entretanto, tem a Corte Suprema sinalizado que os tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda que não submetidos ao rito do art. 5º, § 3º, da CF/1988, integram

o que se denomina de “bloco de constitucionalidade”, ganhando caráter supralegal.

[...]

Nesse plano, compreendo descaber a análise, por esta Corte, de violação da norma convencional veiculadora de direitos humanos. Ademais, ao paralisar a eficácia da norma legal, o tratado supralegal, parece-me, aproxima-se ontologicamente muito mais de disposição constitucional que de legislação federal. (BRASIL, 2019, p. 2)

O entendimento foi revisado pelo plenário em sede de Agravo Interno e, no dia 10 de março de 2020, a 2ª Turma reforçou o precedente por unanimidade. A decisão merece ressalvas, pois ainda que reconhecida a integração de tratados de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade sem que passem pelo rito constitucional da EC/45 de 2004, nos termos do § 2º do artigo 5º da CRFB (Carvalho, 2016, p. 169), o caráter supralegal da norma, estabelecido nos termos do RE 466.343/STF, não exclui de modo algum a competência jurisdicional constitucionalmente direcionada ao STJ, tendo em vista que o poder constituinte definiu “contrariar tratado” lato sensu, independente de seu status normativo no ordenamento brasileiro:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - **julgar, em recurso especial**, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...]

a) **contrariar tratado** ou lei federal, ou negar-lhes vigência (BRASIL, *op. cit.*, grifo nosso)

Apesar das controvérsias possíveis, também foi com base nesse entendimento que a 1ª Turma afastou o instituto do controle de convencionalidade no Recurso Especial 1.641.107/PA, julgado em 15 de junho de 2021. O caso, levado ao Tribunal da Cidadania pela Centrais Elétricas Brasileira S/A (Eletrobras) envolvia Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal e abrangia litígio relativo à ausência de consulta prévia a povos indígenas locais ao longo do procedimento le-

gislativo do Decreto 788/2005, que autorizou a construção da Usina de Belo Monte. A decisão, agora proferida pela 1ª turma por unanimidade, também afastou a aplicação do controle difuso de convencionalidade, replicando o entendimento da 2ª Turma:

74. Verifico ainda, que este STJ já reconheceu a suprallegalidade da Convenção 169/OIT, em precedente recente da egrégia Segunda Turma, aduzindo que o controle de convencionalidade, nesse caso, seria atribuição do Supremo Tribunal Federal [após isso, cita a ementa do Resp 1.704.452] (BRASIL, 2021, p. 41)

As decisões em comento acabaram por criar uma delicada dispersão jurisprudencial entre a 1ª Seção, especializada em direito público e a 3ª, que cuida de matéria penal e processual penal. Enquanto a Terceira Seção admite o exercício do controle difuso de convencionalidade de forma reiterada na alçada do Tribunal, as duas turmas da 1ª Seção afastaram essa possibilidade nos precedentes citados.

5. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS 136.961/RJ: NOVOS PARADIGMAS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

O Agravo em comento trata de decisão amplamente comentada em meios midiáticos e diz respeito ao cumprimento de medida provisional proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 22 de novembro de 2018, em que, por conta das condições desumanas constatadas no Instituto Plácido de Sá Carvalho, localizado no Complexo Penitenciário de Bangu, cada dia de privação de liberdade ali cumprido deveria ser computado em dobro:

4. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam

acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução. (Corte IDH, 2018, p. 24-25)

A decisão foi acatada em primeira instância pelo juízo da Execução Penal; contudo, valorando os parâmetros iniciais para contagem a partir da data em que foi proferida a medida, entendimento que foi reforçado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (STJ, 2021, p. 3). O caso foi levado ao Tribunal da Cidadania, em julgado histórico proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que entendeu os efeitos da decisão proferida pela Corte IDH como retroativos para todo o tempo cumprido pelos apenados beneficiados com a contagem, em respeito ao princípio da interpretação pro persona, amplamente consagrado (NETTO, 2017) no Sistema Interamericano de Direitos Humanos:

Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Nesse ponto, vale asseverar que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio pro personae, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados. (BRASIL, 2021, p. 5)

Por unanimidade, o entendimento foi mantido na Quinta Turma, em sede de Agravo Regimental movido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Se, na 1ª Seção, o controle de convencionalidade parece “respirar por aparelhos”, na 3ª ele está vivo e em desenvolvimento progressivo. Uma importante e alentadora consideração a ser feita em relação à internalização de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos é o avanço percebido ao compararmos o entendimento do HC 379.269 de 2017. Se lá havia se consagrado o juízo de que a existência de decisão da Corte IDH não seria suficiente para surtir efeitos jurídicos no

plano jurídico interno, por força da soberania estatal (BRASIL, 2017, p. 45-46), agora, no entendimento da 5ª Turma, foi possível perceber interpretação que busca uma relação dialógica entre o plano internacional e interno, sem qualquer tipo de dúvida no que tange a obrigatoriedade de cumprimento de decisão da Corte.

Partir de entendimento conservador para o pleno reconhecimento de medida provisional da Corte IDH por unanimidade em uma das turmas da Seção, com efeitos expandidos pelo princípio da interpretação pro-persona, é inegavelmente uma tremenda revisão de paradigmas, talvez influenciada pelas diversas críticas publicadas em periódicos científicos.

6. OCORRÊNCIAS IDENTIFICADAS APÓS A ANÁLISE DOS JULGADOS

Ao longo da pesquisa que resultou na exposição dos tópicos anteriores, foram identificados importantes padrões e fenômenos que ainda não haviam sido apontados na alçada do Superior Tribunal de Justiça. Seguem adiante os principais, assim como algumas proposições de análise.

6.1. DESTAQUE PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Tanto no Recurso Especial 1.798.903/RJ, que envolvia a convencionalização de norma de *jus cogens*, quanto nos recursos 1.704.452/SC e 1.641.107/PA, que envolviam a consulta prévia a povos indígenas por força da Convenção 169 da OIT, foi destacável a atuação do Ministério Público Federal, lançando mão de teses que buscavam o controle de convencionalidade na alçada do Superior Tribunal de Justiça. Não é de hoje que se reivindica o papel do Ministério Público como essencial para a construção de um Estado que cumpra devidamente suas obrigações adquiridas no plano internacional (HEEMANN, 2019); no entanto, a constatação empírica dessa construção no âmbito do controle difuso

no plano interno é inédita e essencial para o avanço do cumprimento das normas internalizadas em nosso plano jurídico.

A função institucional do Ministério Público, que possui amplo rol elencado pelo legislador constituinte, visa garantir essencialmente a defesa da coletividade em uma república marcada pelo patrimonialismo, mandonismo, racismo, corrupção, desigualdade e violência (SCHWARCZ, 2019). Esse papel desafiador muitas vezes não encontra sustentação normativa no plano do direito interno, mas pode basear-se em normas de direito internacional — internalizadas ou cogentes. A solidificação do diálogo de fontes favorece a sociedade, ao mesmo tempo que auxilia o Ministério Público a cumprir suas funções institucionais, em uma relação dialógica que depende da ampliação de teses convencionais em nossos organismos de controle.

6.2. DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL ENTRE A 1ª E 3ª SEÇÃO

A dispersão jurisprudencial não é fenômeno incomum em nosso sistema de justiça, sendo criticado inclusive por Ministros do próprio Superior Tribunal de Justiça (SALOMÃO, 2017). Por óbvio, entendimentos díspares gerados por conta da matéria tratada pelas Seções do tribunal são habituais, dadas as especialidades de cada norma por elas ponderada. No entanto, quando se trata de matéria dialógica e normativamente equitativa para todo o Tribunal, como é o caso do cabimento ou não do exercício de controle difuso de convencionalidade, a dispersão pode ser prejudicial.

Para além do fato da disparidade entre os entendimentos criar insegurança jurídica, torna-se de difícil compreensão qualquer tipo de previsão em relação ao futuro do controle de convencionalidade no STJ. Desse modo, podemos esperar, futuramente, a análise da matéria por parte da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a uniformização jurisprudencial é sua competência, nos termos do inciso IV do artigo 16 de seu Regimento Interno.

6.3. AVANÇOS NOTÓRIOS NA 3ª SEÇÃO

Como citado anteriormente, parece que houve certo amadurecimento por parte dos Ministros que compõem a 3ª Seção — especificamente na Quinta Turma — caso façamos uma análise comparativa da tese acatada no HC 379.269, de 2017, e no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 136.961, de 2021. Entre poucos julgamentos, saímos da tese que poderia abrir margem jurisprudencial para o não cumprimento de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o devido cumprimento de medida provisional proferida pela Corte, deferido por unanimidade. Estaríamos diante da superação de uma interpretação restritiva no âmbito da Seção que julga matéria penal?

7. CONCLUSÃO

Inegavelmente ainda há muito para avançar quando discutimos a amplitude do controle de convencionalidade e a cada vez maior convencionalização do ordenamento jurídico interno na contemporaneidade. O que se pretendeu, ao promover uma análise crítica dos julgados, foi apresentar aspectos que devem ser analisados com rigor à luz da teoria do diálogo de fontes e internalização de normas e tratados internacionais, a fim de construir o conhecido constrangimento epistemológico (STRECK, 2020 p. 61-66) em relação às deficiências decisórias e questões em aberto para a ciência do direito.

O recente crescimento do instituto do controle difuso de convencionalidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça — que, até 2016, não havia proferido nenhuma decisão colegiada e apenas 4 monocráticas (hoje mais de 200) a respeito da temática — é indício de que estamos em progressivo desenvolvimento para a cada vez maior convencionalização jurisdicional do sistema de justiça brasileiro. A tese transconstitucionalista de Marcelo Neves (2009; 2014) já foi utilizada para analisar o tímido diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, mas muito provavelmente, no ano da publicação do referido artigo, não poderíamos imaginar que em tão pouco tempo esta-

ríamos a presenciar teses convencionais tão bem estruturadas no plano interno, em tribunais da justiça comum.

Esse artigo promoveu a função de produzir mais perguntas do que respostas, mas o que seria isso se não a maior função da produção acadêmica? Nas palavras de Jaspers (2011, p. 24), ao discorrer acerca do objeto essencial da epistemologia: “os fenômenos devem ser explorados ao infinito”. O papel do Ministério Público Federal e a dispersão jurisprudencial corrente até o momento de submissão desse texto, assim como o estudo aprofundado das decisões aqui comentadas e das decisões monocráticas que apenas fazem crescer, são matérias que se insurgem para análise daqueles que nutrem interesse pelos direitos humanos e, igualmente, contribuem para a construção de um sistema de justiça cada vez mais convencionalizado, mirando sempre a conquista do “Estado Convencional de Direito”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

BRASIL. **Decreto 5051 de 19 de abril de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 136.961/RJ**. Relator do Acórdão: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 15 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2069460&num_registro=202002844693&data=20210621&peticao_numero=202100442356&formato=PDF . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 379.269**. Relator do Acórdão: Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603035423&dt_publicacao=30/06/2017 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 136.961/RJ**. Relator do Acórdão: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 28 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.641.107/PA**. Relator do Acórdão: Manoel Erhardt (Desembargador Federal convocado). Brasília, 15 de junho de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>

SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603146082&dt_publicacao=30/06/2021 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.452/SC**. Relator do Acórdão: Og Fernandes. Brasília, 19 de março de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702708531&dt_publicacao=19/03/2020 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.798.903/RJ**. Relator do Acórdão: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 30 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502567234&dt_publicacao=30/10/2019 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 229.096/RS**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520131>

CARVALHO, F. **O bloco de constitucionalidade brasileiro**. Tese (doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2016.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. **Sentença de 26 de Setembro de 2006**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em 19 ago. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. **Sentença de 24 de Novembro de 2010**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 19 ago. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Provisórias a respeito do Brasil: assunto do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho. Resolução de 22 de Novembro de 2018. Disponível em: ht-

[tps://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em 19 ago. 2021.

GUERRA, GR; MARCOS, HJB. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 63, n. 2, p. 169-189, 2018.

GUERRA, S. Avanços e Retrocessos sobre o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira: uma análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, v. 2, n. 2, p. 72-92, 2018.

HEEMANN, T. **O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público**. Escola Superior do Ministério Público do Paraná, p. 1-21, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/36133211/O_Exerc%C3%ADcio_do_Controlo_de_Convencionalidade_pelo_Membro_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

JASPERS, K. **Introdução ao pensamento filosófico**. Editora Cultrix, 2003.

LEGALE, S. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. 2ª edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAZZUOLI, V. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, V. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 417-434, 2013.

NETTO, CCB. **Princípio pro-persona: conceito, aplicação e análise de casos da corte interamericana de direitos humanos**. 2017. 140 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NEVES, M. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina.** Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SALOMÃO, LF. Conversa Sobre Processo 004 BLOCO 3/4. Youtube. 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=N7LjhSMSUd4> apud CONJUR. **Para Salomão, “dispersão da jurisprudência é absolutamente contraproducente”.** Revista Consultor Jurídico. 19 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/dispersao-jurisprudencia-contraproducente-salomao>. Acesso em: 19 ago. 2021.

SCHWARCZ, LM. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

STRECK, L. **Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2020.

A LINGUAGEM JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE PODER: UMA ANÁLISE DISCURSIVA E SOCIAL DO “JURIDIQUÊS”

LEGAL LANGUAGE AS AN INSTRUMENT OF POWER: DISCURSIVE AND SOCIAL ANALYSIS OF “JURIDIQUÊS”

Layz Moraes de Paula¹

Data de Submissão: 11/08/2021

Data de Aceite: 14/11/2021

Resumo: No dia a dia da prática do Direito no Brasil ocorre o uso excessivo da linguagem técnico-jurídica de forma antiquada e rebuscada, ao que diversos autores denominam como “juridiquês”. Este trabalho objetivou apresentar o escopo analítico-conceitual acerca do tema “juridiquês” e discorrer quanto aos possíveis impactos de seu uso no acesso à Justiça. Foi realizada pesquisa exploratória, retrospectiva e de base documental, com revisão bibliográfica de artigos publicados em português sobre o tema sem delimitação temporal. Esse estudo permitiu percorrer as características construtivas do “juridiquês” como instrumento de linguagem, apresentar as principais teorias de “análise de discurso” que sustentam seu poder discursivo e discutir os impactos sociais de seu uso. Como conclusão, aponta o “juridiquês” como obstáculo para democratização do Direito ao criar dois importantes abismos na paisagem jurídica: o informacional e o de acesso. Ao final apresenta movimentos e propostas de soluções para estimular o uso da linguagem como exercício de plena cidadania, de forma que o Direito possa cumprir seu papel fundamental de servir democraticamente a todos.

Palavras-chave: linguagem jurídica; poder; acesso à justiça; discurso.

1 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Abstract: In the everyday practice of Law in Brazil, there is an excessive use of technical-legal language in an outdated and convoluted manner, which many authors call “juridiquês”. This work aimed to present the conceptual-analytical scope of the “juridiquês” theme and discuss the possible impacts of its use on access do Justice. Exploratory, retrospective and document-based research was carried out, with a bibliographic review of articles published in Portuguese on the subject without temporal delimitation. This study allowed an exploration of the constructive characteristics of “juridiquês” as a language instrument, present the main theories of “discourse analysis” that support its discursive power and discuss the social impacts of its use. In conclusion, it pointed out the “juridiquês” as an obstacle to the democratization of Law by creating two important abysses in the legal landscape: of information and access. At the end, it presents movements and proposals for solutions to encourage the use of language as an exercise of full citizenship, so that the Law can fulfill its fundamental role of democratically serving everyone.

Keywords: legal language; power; access to justice; discourse.

Introdução

Tendo como marco referencial o artigo intitulado “A simplificação da linguagem jurídica como meio de aproximação do cidadão à justiça” da advogada Mariana Belém (BELÉM, 2013), no qual a autora alertava para o uso da linguagem jurídica como ferramenta do poder e, por conseguinte, como forma de afastar o cidadão da Justiça, nasceu o interesse em pesquisar esse tema durante o decurso da Disciplina de Antropologia do Direito.

Na busca de literatura especializada para aprofundamento teórico acerca desse assunto, e ao se aproximar da abordagem de diversos autores, a pesquisa reforçou a inquietação inicial e expandiu o interesse sobre o debate existente acerca do uso da linguagem jurídica enquanto instrumento do poder e de seus possíveis impactos na democratização do acesso à Justiça.

Assim, o chamado “juridiquês”, importante fenômeno da prática diária do Direito no Brasil, apresenta-se como importante obstáculo de acesso à Justiça. Mostra-se potencial ferramenta de exclusão social ao dificultar o acesso ao aparato jurídico, bem como de exclusão informacional, ao dificultar a compreensão dos usuários da Justiça. Essas dificuldades podem ser caracterizadas como abismos ou rachaduras na paisagem jurídica, com forte potencial de segregação social.

Além disso, esse artigo buscou contemplar algumas ideias e ações que visavam combater o uso do “juridiquês” no país.

1. Da linguagem jurídica

A linguagem pode ser definida como o sistema de signos usado para estabelecer uma comunicação (MOREIRA; LIRIO, 2015). Esta última pode ser definida como campo de trocas, de interações, que permite seus participantes de se expressar, se relacionar, ensinar e aprender (SOUZA, 2012). Para que todo esse processo ocorra, a linguagem faz uso de sua unidade básica, a palavra. O linguista Mikhail Bakhtin define a palavra como fenômeno da linguagem (BULHÕES, 2008), enquanto o

escritor Ronaldo Xavier concede à palavra a função de signo, de significar, de transmitir sentido (CAETANO et al., 2015).

No âmbito do Direito, é pela linguagem que acontecem todos os processos jurídicos. Isso se dá porque “o Direito é a ciência da palavra” (Xavier, 2003 apud CAETANO et al., 2015, p.97). Portanto, como todos os entes, instituições e agentes do Direito se utilizam da linguagem para praticá-lo, o Direito só se concretiza por meio da linguagem (MOREIRA; LIRIO, 2015).

Sobre esta relação, os professores Eduardo Bittar e Guilherme Almeida afirmam que “direito e linguagem convivem [...], uma vez que aquele depende desta como forma de manifestação. Quer-se afirmar desde já que a linguagem possui um papel fundamentalmente instrumental perante o direito” (2001, apud MOREIRA; LIRIO, 2015, p. 27). Dessa forma, o Direito é filho da linguagem e por isso, criou para si uma linguagem própria. Essa criação é chamada de linguagem jurídica.

A linguagem jurídica é específica do âmbito jurídico, sendo caracterizada pelo uso de termos técnicos que seguem toda uma tradição linguística (BELÉM, 2013). Essa linguagem é fruto da união umbilical entre palavra e Direito (REOLON, 2011). Palavra e Direito são tão unidos que o jurista David Mellinkoff afirma que “/.../a Justiça é uma profissão de palavras e as palavras da lei são, de fato, a própria lei/.../” (1963, apud COLARES, 2010, p. 9).

Sobre as características da linguagem do Direito, o professor José Vianna afirma que características como clareza, concisão, precisão, formalidade e impessoalidade são fundamentais nessa linguagem (2008, apud SOBRINHA, 2010). É marcada entretanto por arcaísmos, estrangeirismos e, ainda, latinismos² (BELÉM, 2013).

Sobre a tradição dessa linguagem, Vianna afirma que “esta é uma das maiores diferenças entre o Direito e as ciências aplicadas que trazem uma linguagem revolucionária, inovadora, que incorporam novos termos e expressões” (2008, apud SOBRINHA, 2010, p. 10). Ademais, a pes-

2 A autora Mariana Belém define arcaísmos como palavras e expressões que já estão em desuso, estrangeirismos como a incorporação de palavras e expressões estrangeiras e latinismos como o emprego de expressões em Latim (BELÉM, 2013).

quisadora Eliane Bulhões denomina essa tradição de “conservadorismo vocabular” (BULHÕES, 2008, p. 73).

Dessa forma, a linguagem jurídica mostra-se bastante específica, pois “os inúmeros termos técnicos e as expressões peculiares à área formam um léxico que tende a ser totalmente compreendido apenas no meio jurídico” (TARTUCE; BORTOLAI, 2015, p. 11). Acerca desse léxico exclusivo, surge um confronto. Isso ocorre pela falta de um léxico comum entre sociedade e entes jurídicos, pois estes últimos resistem em mudar seu léxico reforçando suas características excludentes (MELO, 2013).

Com isso, Bulhões apresenta a dupla faceta da linguagem jurídica. De um lado, o vocabulário técnico, específico da ciência do Direito e, por outro lado, a ornamentação e o rebuscamento. Esses dois últimos visam somente embelezar e requintar o texto (BULHÕES, 2008).

Assim, analisando todas as características citadas da linguagem jurídica, nota-se um paradoxo. Ao mesmo tempo em que é defendida a clareza e a objetividade, são apresentados o uso do rebuscamento e do “conservadorismo vocabular”. Dessa forma, percebe-se um desvio da linguagem jurídica que parece dificultar a comunicação, ao invés de estabelecê-la (SOBRINHA, 2010).

Conclui-se que “a discussão relacionada à importância do uso da linguagem jurídica se justifica no sentido de que, a linguagem conecta o homem à sua realidade” (SOUZA, 2012, p. 3) e esta é a função social da linguagem. Além disso, a linguagem deve cumprir seu objetivo final que é transmitir algo ao seu destinatário de forma compreensível. Segundo os autores, no Direito nem sempre a função social ou o objetivo final da linguagem são cumpridos. Muitas vezes, isso ocorre exatamente pelo uso do desvio da linguagem jurídica. A esse desvio nomeia-se “juridiquês”.

2. Do “juridiquês”

O “juridiquês” pode ser definido como o uso de termos antiquados e em desuso, figuras de linguagem extravagantes (REOLON, 2011), linguagem técnica exacerbada, jargões e expressões em latim, preciosis-

mo³ (PEREIRA, 2016), excesso de formalidade, neologismo, arcaísmo, parágrafos longos, textos robustos, (CAETANO et al., 2015), fraseonomia⁴ (MOREIRA; LIRIO, 2015), termos internacionalizados (CARNEIRO; MURRER, 2018) e certo exibicionismo (MOREIRA, 2014 apud TARTUCE; BORTOLAI, 2015).

Observando as características do “juridiquês”, nota-se que ele abandona os preceitos de clareza, objetividade e formalidade requeridos na linguagem jurídica. Por esse motivo, pode-se afirmar que “juridiquês” é um “desvio da linguagem jurídica” (BELÉM, 2013, p. 316).

Belém cita como exemplo o termo petição inicial. Muitas vezes, o termo é substituído por peça vestibular, peça prologal, petição exordial ou petição de introito. Outro exemplo, mais famoso, é contado pelo juiz federal Marcio Barbosa Maia:

Um conhecido conto popular retrata que um ladrão foi surpreendido pelas palavras de Rui Barbosa ao tentar roubar galinhas em seu quintal:

– Não o interpele pelos bicos de bípedes palmípedes, nem pelo valor intrínseco dos retrocitados galináceos, mas por ousares transpor os umbrais de minha residência. Se foi por mera ignorância, perdoe-te, mas se foi para abusar da minha alma prosopopéia, juro pelos tacões matabólicos dos meus calçados que dar-te-ei tamanha bordoadada no alto da tua sinagoga que transformarei sua massa encefálica em cinzas cadavéricas.

O ladrão, todo sem graça, perguntou:

– Mas como é, seu Rui, eu posso levar o frango ou não? (SANTANA, s.d., apud CARNEIRO; MURRER, 2018, p. 14).

Com esses exemplos, torna-se claro que o “juridiquês” se caracteriza como meio de dificultar a comunicação. Além disso, o jurista José Carlos Moreira aponta para a má impressão dada aos usuários da Justiça, “a impressão quase inevitável é a de que lhe estão querendo sonegar o acesso à compreensão do que se passa”. Isso “só contribui para fortalecer a

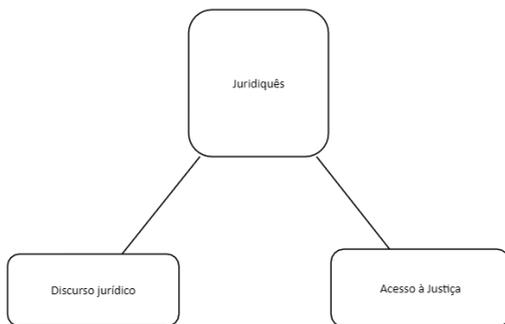
3 Preciosismo seria o conjunto do uso de latinismo, arcaísmo e neologismo (Andrade, 2009, apud PEREIRA, 2016).

4 Fraseonomia seria a formulação de frases rebuscadas sem conteúdo relevante (MOREIRA; LIRIO, 2015).

má reputação do linguajar judiciário” (MOREIRA, 2014 apud TARTUCE; BORTOLAI, 2015, p. 12). Além disso, a professora Helena Lubke afirma que o juridiquês “é um dos elementos responsáveis pela lentidão da máquina judiciária” porque, com seu uso, os textos consomem mais tempo para análise (Lubke, 2014 apud CAETANO et al., 2015, p. 101).

Segundo Carneiro e Murrer, o uso do “juridiquês” cria um abismo entre os entes jurídicos e a sociedade, um recorte em duas principais áreas (CARNEIRO; MURRER, 2018). A primeira área recortada é o discurso, enquanto a segunda é o acesso à Justiça (figura 1). Sobre a primeira, nota-se a “segregação do conhecimento” (OLIVEIRA; SILVA NETO, 2020, p. 53569) entre quem entende e quem não entende o discurso jurídico, ou seja, uma barreira ao exercício do direito de acesso à informação. Já na segunda, que é derivada da primeira, percebe-se outra barreira ao exercício do direito de acesso à Justiça.

Figura 1. Os dois abismos do “juridiquês”. Autoria própria, 2021.



Com isso, antes de avançar, vale destacar duas visões opostas sobre o juridiquês. A primeira, contra seu uso, do ex-ministro Edson Vidigal do Superior Tribunal de Justiça:

Compara o “juridiquês” ao latim em missa, acobertando um mistério que amplia a distância entre a fé e o religioso; do mesmo modo, entre o cidadão e a lei. Ou seja, o uso da linguagem rebuscada, incompreensível para a maioria, seria também uma maneira de demonstração de poder e de manutenção do monopólio do conhecimento (PEREIRA, 2005, apud CARNEIRO; MURRER, 2018, p. 10).

Já na segunda, a favor do “juridiquês”, tem-se a fala do jurista Miguel Reale:

Cada cientista tem sua maneira própria de expressar-se, e isto também acontece com a jurisprudência, ou ciência do direito. Os juristas falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem multimilenar, dignidade que bem poucas ciências podem invocar (Andrade, 2010, apud SOUZA, 2012, p. 11).

3. Do discurso

Posteriormente, avançando para o primeiro abismo é importante definir o discurso. A linguista Eni Orlandi assim o define:

A palavra discurso, etimologicamente, tem em si a ideia de curso, de percurso, de correr por, de movimento. O discurso é assim palavra em movimento, prática de linguagem: com o estudo do discurso observa-se o homem falando. (FERNANDES, 2008, apud VIZIOLI; SARCI-NELLI, 2020, p. 185).

Sendo o discurso linguagem em ação (BELÉM, 2013) e somado à definição de Direito como ciência da palavra, conclui-se que o Direito também está relacionado ao discurso. Isso se dá pois o Direito é praticado e exercido pela linguagem, dessa forma o discurso também compõe o Direito. Ademais, na visão de Orlandi sobre o estudo do discurso como observação do homem falando, compreende-se que a linguagem e o discurso também estão presentes nas relações sociais. Isso se dá porque:

É possível um olhar sob uma perspectiva discursiva se se considerar que o léxico (vocabulário) compõe enunciados produzidos por sujeitos, que, por sua vez, ocupam um lugar institucional, ou seja, são determinados por regras sócio-históricas. Entre um enunciado e o que ele enuncia, não há apenas relação semântica ou gramatical, exis-

te uma relação que envolve os sujeitos em determinadas condições de produção⁵(MELO, 2013, p. 238 - 239).

Essa explanação pode ser somada à concepção de que “o poder é operacionalizado através do discurso” (FERNANDES; CARVALHO, 2021, p. 9). Pode-se definir poder baseado na teoria da microfísica do filósofo Michel Foucault:

Rigorosamente falando, o poder não existe; existem sim práticas ou relações de poder. O que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona. E que funciona como uma maquinaria, como uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social. Não é um objeto, uma coisa, mas uma relação (Foucault, 2011, apud FERNANDES; CARVALHO, 2021, p. 8).

Com isso, a disseminação do poder também se dá pelo discurso e é por isso que ele o opera. Os pesquisadores Tom Moylan, Ildney Cavalcanti e Felipe Benício chamam esse fenômeno de poder discursivo, que é a reprodução de significado (2016, apud FERNANDES; CARVALHO, 2021). Vale apontar a concepção de poder simbólico do sociólogo Pierre Bourdieu, que se assemelha ao poder discursivo:

O poder simbólico como o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer crer e fazer ver, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo: poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica) (BORDIEU, 2005, apud OLIVEIRA; SILVA NETO, 2020, p. 53570).

Assim, o discurso está intimamente ligado às relações sociais e de poder. Da mesma forma, está ligado o discurso jurídico como afirma o professor Alberto Vespaziani:

5 Essas condições são os contextos histórico-sociais onde são produzidos os discursos (Fernandes, 2008, apud VIZIOLI; SARCINELLI, 2020).

A relação entre linguagem e poder é uma relação ambígua. Observada sob a perspectiva do direito, ela parece focalizar-se no poder: o direito é a linguagem do poder. Portanto, a linguagem não é senão um instrumento que o direito coloca a serviço do poder (VESPAZIANI, 2015, p. 69).

O Direito é um instrumento do poder pois ele reproduz o Estado. O jurista Candido Dinamarco explica essa afirmação:

A atividade do juiz no processo não se rege pela autonomia da vontade, nem atua ele em defesa de interesses próprios. Dirige o processo segundo as disposições impostas pela lei, porque o poder que exerce não é seu, mas do Estado (2000, apud COLARES, 2010, p. 79).

Pela pesquisa, foi possível concluir que reside aqui o primeiro problema do “juridiquês”. Esse desvio da linguagem jurídica, entendido como instrumento de poder discursivo, restringe o cidadão à compreensão do Direito. Isso ocorre pois o cidadão tanto não consegue entender as ideias contidas no discurso quanto não é capaz de refletir sobre as ideias que precedem o discurso jurídico e é aí que está o primeiro abismo do “juridiquês”. A pesquisa também apontou possíveis cinco maneiras de se analisar como se origina tal abismo discursivo, que são apresentadas a seguir.

3.1 Análise de Discurso (AD)

A Análise de Discurso estuda os processos de determinação dos sentidos, ou seja, a construção histórica por trás dos discursos. Seus principais autores são o francês Michel Pêcheux, o criador da AD, e a brasileira Eni Orlandi.

Orlandi afirma que “na Análise de Discurso, procura-se compreender a língua fazendo sentido, enquanto trabalho simbólico, parte do trabalho social geral, constitutivo do homem e da sua história” (2013, apud SANTOS, 2016, p. 19). Ela ainda acrescenta que “o trabalho do analista de discurso é mostrar como um objeto simbólico produz sentidos, como os processos de significação trabalham um texto” (1996,

apud SANTOS, 2016, p.10). Pode-se concluir que a AD descreve como o discurso produz sentido. Além disso, a AD é transdisciplinar pois se utiliza das questões de linguagem, das práticas retóricas, discursivas e do contexto e das ideologias em que o sujeito está inserido (FERNANDES, 2008 apud VIZIOLI; SARCINELLI, 2020).

Para a AD, o discurso é o lugar onde se relacionam a língua e a ideologia. O discurso produz significados, sentidos e ideologias que se materializam na língua. Esses sentidos e significados são produzidos por sujeitos e visam os próprios sujeitos. Desse raciocínio, os sujeitos na AD são compostos pela ideologia, por “sua relação com a história de dada conjuntura social que o constitui” (SANTOS, 2016, p. 24). Pêcheux argumenta a especificidade do sujeito da AD. Esse outro tipo de sujeito, que rompe com a tradição de sujeito individual moderno, é agora constituído historicamente pela ideologia. Os efeitos ideológicos⁶ materializam os sentidos do discurso no sujeito.

Dessa maneira, o sujeito-falante⁷ ao praticar o discurso se “esquece de que é com base no funcionamento ideológico que as significações são atribuídas para descrever uma realidade” (SANTOS, 2016, p. 23). Dessa forma, os sujeitos esquecem que o que dizem, seus discursos, são compostos por todo um processo histórico e social. Pêcheux acrescenta que esse esquecimento também ocorre nos discursos científicos, como é o discurso do Direito.

Sobre o Direito, a AD o entende como “modo de reprodução de um funcionamento social que reproduz o Estado, e que, ao mesmo tempo, quer ser visto desvinculado dos fenômenos sociais” (COLARES, 2010, p. 75). Isso se dá segundo a concepção de Orlandi, “nem todos podem interpretar de acordo com a vontade, há especialistas, há um corpo social a quem se delegam poderes de interpretar, tais como juízes, o professor, o advogado, o padre, entre outros” (2005, apud VIZIOLI;

6 Esses efeitos determinam a posição do sujeito e os sentidos produzidos pelo seu discurso. É pelo sujeito que as interpretações são produzidas para significar a história e a sociedade (SANTOS, 2016).

7 É o resultado do processo no qual o indivíduo se identifica com a formação discursiva que o domina. O indivíduo deixa de ser tal para se tornar sujeito do discurso, o sujeito-falante (MELO, 2013).

SARCINELLI, 2020, p. 190). Dessa maneira, o Estado delega aos entes jurídicos o poder de entender, interpretar e reproduzir o discurso estatal.

Contudo, segundo a AD, junto ao discurso estatal somam-se todas as relações de ideologias, de significados, de sentidos e de sujeitos que compõem os discursos. Nesse sentido, Orlandi afirma que:

Inscrever-se em uma ou outra formação discursiva que, por sua vez, é a projeção da ideologia do dizer. As relações de poder são simbolizadas e isso é o político. A análise de discurso trabalha sobre relações de poder simbolizadas em uma sociedade dividida (ORLANDI, 2012 apud OLIVEIRA; SILVA NETO, 2020, p.53563).

Com isso, a AD também percebe no discurso jurídico as relações de poder e seus desdobramentos. Somado ao “juridiquês”, o discurso do Direito acaba por ficar opaco e excludente, como bem afirma Orlandi:

No interior do discurso que propõe o acesso ao conhecimento detido pela classe dominante – ou que se atribui a ela – viaja o discurso do poder e da exclusão. Nesse discurso, ou se tem o saber dominante, ou só resta o saber menos abstrato, menos rigoroso, rebaixado, o da facilidade. Saber nenhum, portanto. Cria-se, assim, um falso dilema, pois se torna categórica a distância entre saber e não saber, entre ser igual ou ser menos, etc. (2001 apud OLIVEIRA; SILVA NETO, 2020, p. 53567).

Pode-se concluir que a AD compreende o “juridiquês” como parte do discurso jurídico e como prejudicial às relações sociais imersas no discurso do Direito.

3.2 Filosofia marxista da linguagem

A segunda forma de análise **discursiva** baseia-se nas teorias do filósofo russo Mikhail Bakhtin. Ele se utiliza do conceito de ideia dos filósofos Karl Marx e Friedrich Engels, na qual a ideia, o pensamento e

as produções culturais são resultados das relações de produção material. A partir disso, Bakhtin compreende a linguagem como produto sócio-histórico e como espaço de existência das ideias, que não existem fora da linguagem. Eliane Bulhões aponta que:

Para Bakhtin, o estudo da ideologia não pode direcionar-se senão para o estudo do signo; todo signo é ideológico e sem signo não existe ideologia. E a palavra, signo verbal, é a instância privilegiada em que se podem perceber as tensões da sociedade, figurando como uma espécie de arena dos conflitos sociais. Ou seja, a palavra é o fenômeno ideológico por excelência e o meio mais puro e sensível de interação social (BULHÕES, 2008, p. 69).

O signo ideológico de Bakhtin é um segmento material da realidade. Ele compõe a ideologia e se manifesta concretamente em todos os tipos de linguagem, seja ela verbal ou não-verbal. Ademais, para Bakhtin, a palavra tem valor ideológico quando nomeia alguma coisa, sendo capaz de refletir a realidade e de distorcê-la.

Destaca que uma linguagem verbal marcada por rebuscamento e excessos, como é o caso do “juridiquês”, reflete uma ordem social desigual. Se fosse o contrário, a linguagem seria clara e simples como reflexo de uma sociedade igualitária. Assim, conclui também Bulhões:

Em linhas gerais, pode-se dizer que as formas lexicais do discurso jurídico refletem uma concepção baseada no sistema hierárquico e na reverência própria da cultura fofense. [...] Parece evidenciar-se, pois, que a subordinação hierárquica do ambiente jurídico é materializada no signo verbal e à presença de expressões obsoletas parece corresponder uma realidade que se propõe imóvel e “eterna” (BULHÕES, 2008, p.74).

Dessa maneira, segundo as concepções de Bakhtin, o “juridiquês” novamente se apresenta como uma linguagem excludente, composta por elementos que remetem à desigualdade, como a hierarquia, e ao conservadorismo, como a pretensão de infinitude.

3.3 Análise Crítica do Discurso (ACD)

A Análise Crítica do Discurso é um método que estuda as práticas linguísticas de poder e busca combater as desigualdades discursivas. O linguista maior da ACD é o britânico Norman Fairclough.

A análise de Fairclough é “orientada linguisticamente” (2001, apud FERNANDES; CARVALHO, 2021, p. 10), ou seja, é focada nas formas como as estruturas sociais permeiam a linguagem e o discurso. Para ele surge aí um dinamismo. A produção discursiva surge da prática social enraizada na sociedade ao mesmo tempo em que a linguagem não apenas reproduz a prática social, mas também a transforma⁸.

Fairclough entende que o discurso tem orientação bidirecional e por isso as transformações sociais são possíveis. Os eventos discursivos tanto são moldados pela estrutura social, refletindo códigos sociais, regras e convenções, como também moldam as estruturas sociais. Assim, a ideologia não opera somente na solidificação do hegemônico, mas também no discurso contra hegemônico, onde é possível a mudança social (2001, apud FERNANDES; CARVALHO, 2021).

Ademais, para Fairclough:

As ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais) que são construídas em várias dimensões das formas/sentidos das práticas discursivas e que contribuem para a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação. (...) As ideologias embutidas nas práticas discursivas são muito eficazes quando se tornam naturalizadas e atingem o status de ‘senso comum’ (2001, apud COLARES, 2010, p. 106).

Com isso, o discurso e a linguagem são sinônimos para Fairclough. Isso ocorre porque, além de a linguagem ser uma prática social, ele

8 As diferenças entre a Análise do Discurso de Pêcheux e Orlandi para a Análise Crítica do Discurso de Fairclough residem no modo como elas teorizam e analisam o discurso. Por exemplo, a AD analisa o discurso como integração língua- pensamento- contexto, já a ACD observa o discurso como a ponte entre o linguístico e o social (WALSH, 2011).

concebe ao discurso as seguintes afirmações: o discurso é um modo de ação dos sujeitos nas suas relações; o discurso estabelece relação dialética⁹ com a estrutura social; o discurso é moldado e limitado pela mesma estrutura social. Fairclough, então conclui o discurso como componente social.

Na sua metodologia, Fairclough analisa de forma tridimensional o discurso. Assim, os eventos discursivos são ao mesmo tempo texto (análise linguística), prática discursiva (análise da produção e interpretação textual) e prática social (análise das circunstâncias institucionais e organizacionais do evento comunicativo) (2001, apud FERNANDES; CARVALHO, 2021).

Além disso, Fairclough defende a descrição dos elementos do evento discursivo com base na abordagem Sistêmico-Funcional desenvolvida pelo linguista M.A.K. Halliday. Nessa abordagem, a linguagem é um fenômeno multifuncional, que representa linguisticamente o mundo ou a realidade (metafunção ideacional), para que as pessoas possam interagir umas com as outras (metafunção interpessoal) e para produzir diversos tipos de textos (metafunção textual) (1970; 1985, apud FERNANDES; CARVALHO, 2021). A teoria de Halliday busca analisar como os interlocutores fazem uso da língua em situações comunicativas contextualizadas, ou seja, a relação que a língua estabelece com elementos não linguísticos.

Fairclough também faz longa análise da nominalização. Esse fenômeno linguístico consiste na conversão de oração ou de processo em nome (estados ou objetos), ou seja, um verbo é convertido em um substantivo. Por exemplo, a oração “Ana criticou muito Felipe” é convertida para “houve muita crítica”. Nesse fenômeno o agente (Ana) e o paciente (Felipe) da oração são omitidos, juntamente o tempo e o modo verbal são apagados, o que coloca o processo em si em segundo plano.

9 Esse conceito em Fairclough tem origem em Halliday. Eles se distanciam das teorias linguísticas clássicas ao relacionarem a linguagem e a sociedade. A relação dialética proposta afirma que o estudo da língua contribuiu para entender os fenômenos sociais da mesma forma que estudar os fenômenos sociais contribuiu para entender a linguagem.

Dessa maneira, a nominalização transforma ações e processos concretos em abstratos e ofusca a causalidade e a responsabilidade do agente. Esse fenômeno é de base ideológica, pois projeta uma realidade inquestionável (Magalhães, 2000 apud COLARES, 2010) e ilude objetividade e impessoalidade (Kress e Hodge, 1979 apud COLARES, 2010). Assim, a ideologia da nominalização fantasia um conhecimento socialmente legítimo.

Portanto, a nominalização para Fairclough é um fenômeno discursivo que converte não só a oração, mas também seu conteúdo local e temporário em universal e eterno. Com isso, Fairclough entende que a “linguagem (...) técnica favorece a nominalização, mas ela pode ser abstrata, ameaçadora ou mistificadora para pessoas leigas” (Fairclough, 2001, apud COLARES, 2010, p. 117).

Nesta perspectiva, o uso da linguagem técnica, abstrata e mística também é característica do “juridiquês”. Considerando o discurso como componente social, conforme cita Fairclough, o “juridiquês” também pode ser visto como fenômeno “moldador” das relações sociais desiguais existentes no Brasil.

3.4 Análise de Gnerre

A quarta análise norteia-se pelas teorias do linguista italiano Maurizio Gnerre. Inicialmente, o autor afirma que “a linguagem constitui o arame farpado mais poderoso para bloquear o acesso ao poder” (1998, apud MELO, 2013, p. 227). Para o autor a linguagem tem a capacidade de impedir a comunicação, assim como é igualmente capaz de fazê-la. Gnerre analisa a linguagem dos textos jurídicos e afirma que:

O aspecto específico da linguagem usada nos documentos jurídicos é semelhante ao fenômeno linguístico das linguagens especiais, constituídas em geral de léxicos efetivamente especiais usados nas estruturas gramaticais e sintáticas das variedades linguísticas utilizadas na comunidade. A função central de todas as linguagens especiais é social: elas têm um real valor comunicativo, mas excluem da comunicação as pessoas de comunidades linguísticas

externas ao grupo que usa a linguagem especial e, por outro lado, têm a função de reafirmar a identidade dos integrantes do grupo reduzido que tem a linguagem especializada (1998, apud MELO, 2013, p. 227).

Dessa forma, é possível relacionar o uso do “juridiquês” à teoria de Gnerre. Assim, o “juridiquês”, além de ser desvio da linguagem jurídica, passaria a ser uma linguagem especial. Isso remete ao comentário de Miguel Reale¹⁰. Independente da classificação, o “juridiquês” ainda exclui da comunicação e do entendimento jurídico aqueles que não o dominam. Conclui-se que, pela teoria de Gnerre, o “juridiquês” também serve de abismo que separa quem o entende de quem não o entende.

3.5 Análise de Warat

Para a última análise é necessário definir alguns conceitos apresentados nos estudos elaborados pelo professor e advogado argentino Luis Alberto Warat. Primeiro o de *sujeito* que, segundo o professor, atuam na sociedade e interagem entre si, orientados por essas crenças culturalmente institucionalizadas e discursivamente compartilhadas e difundidas (1995, apud COLARES, 2010). O segundo conceito é o de *estereótipos* que possuem a função de justificar o sistema.

O terceiro conceito é o de *Direito*. Para Warat, o Direito é o conjunto de normas e instituições de monopólio estatal e o instrumento de dominação dos grupos de poder. Por isso, o Direito é apresentado como racional, neutro, objetivo e imparcial. Tido como um sistema que tem soluções para todos os conflitos e que sem ele só haveria desordem. Dessa visão, os estereótipos construídos pelo Direito buscam dissimular ou ocultar as diferenças e conflitos inerentes à sociedade. Além disso, os estereótipos construídos pelo Direito são denominados estereótipos normativos.

10 “Cada cientista tem sua maneira própria de expressar-se, e isto também acontece com a jurisprudência, ou ciência do direito. Os juristas falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem multimilenar, dignidade que bem poucas ciências podem invocar” (Andrade, 2010, apud SOUZA, 2012, p. 11).

É importante abordar as práticas de dissimulação e ocultação feitas pelos estereótipos. A dissimulação enfatiza os aspectos positivos e aceitáveis, substituindo os complexos problemas sociais por valores jurídicos estereotipados como ‘igualdade’ ou ‘democracia’. Esses valores estão apenas no papel, nas constituições e nas leis, não sendo praticados de forma plena na realidade. Já a ocultação esconde, por baixo da liberdade e da segurança, as profundas desigualdades sociais causadas pelo sistema, que separa os sujeitos em privilegiados e excluídos.

Dessa maneira, para Warat, os estereótipos normativos são mera ficção, pois fazem crer em situações inexistentes no contexto da realidade. Como por exemplo as ideias de que todos são tratados igualmente ou de que somos completamente livres na sociedade. Além disso, a ficção também é usada para legitimar juridicamente as ações do Estado, como explica Warat, “sob a ficção de que seus atos e discursos são realizados em nome de uma vontade geral – em nome de todos os homens” (1995, apud COLARES, 2010, p. 110). Ademais, o mesmo fenômeno se dá com o Direito: “o Estado, através dos estereótipos normativos, sublinha as situações de insegurança em que vive o cidadão (...). Os sistemas jurídicos então afirmam-se como realizadores de uma eficiente justiça material, guardião do compromisso de segurança” (1994, apud COLARES, 2010, p. 112).

Warat acrescenta que os estereótipos normativos produzem os seguintes efeitos no cotidiano:

- a) a idéia de que a ordem jurídica fornece segurança aos cidadãos;
- b) a noção de que o sistema do Direito positivo é a garantia da paz social;
- c) a necessidade de adaptação ao modelo de ordem que os discursos jurídicos insinuam;
- d) a idéia de que o Direito circunscreve as tensões sociais dentro de um marco de pequenos conflitos;
- e) a superação dos problemas sociais através de mecanismos equilibrados do sistema jurídico;
- f) a neutralidade do Direito e do Estado: o Direito é o árbitro neutro das disputas entre os homens;
- g) a transformação da força em legalidade e da dominação em dever;
- h) a identificação do poder à lei;
- i) a identificação da obrigação de obedecer a certos va-

lores aceitos como ‘essencialmente justos’; j) a idéia da finalidade ética da sanção (1995, apud COLARES, 2010, p. 112).

Assim, Warat afirma que a linguagem do discurso jurídico, quando encarregada de atender os interesses dos grupos de poder do sistema de forma política e ideológica, é então estereótipo normativo. Dessa maneira, a linguagem esconde as “práticas de manipulação, criação de consenso e manutenção das relações hegemônicas” (COLARES, 2010, p. 111). Pode-se concluir que o estereótipo normativo da linguagem jurídica é o próprio “juridiquês”.

As cinco possibilidades de análises discursivas apresentadas fornecem o embasamento teórico necessário para compreensão de como o “juridiquês”, como desvio da linguagem jurídica, se torna importante instrumento de poder discursivo e, portanto, forma de exclusão e dominação sociais.

Os elementos até aqui discutidos permitem aprofundar o entendimento sobre a discursividade intrínseca ao uso do “juridiquês”, reforçando a importância desse ponto de vista analítico para qualquer estudo que pretenda ter como objeto a linguagem jurídica e suas implicações.

A seguir, são discutidas as formas como o “juridiquês”, e seus impactos no acesso à justiça, reforçam a manutenção de uma ordem social desigual.

4. Do acesso à Justiça

Retornando à análise dos abismos gerados pelo “juridiquês”, o segundo abismo que se pretende abordar mostra-se decorrente do primeiro, que é o problema do acesso à Justiça¹¹. Nesta abordagem a definição do conceito de justiça não é aquela entendida em seu âmbito filosófico,

11 O acesso à justiça pode ser definido “como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação. Ou seja, em uma interpretação objetiva, vê-se a garantia de recorrer ao Poder Judiciário para socorrer-se de tutela preventiva ou reparatória de um direito” (Torres, 2002, apud CAETANO et al., 2015, p. 99).

mas sim aquela expressamente garantida na Constituição Federal do Brasil (CF), com base em todos os direitos, deveres, preceitos e processos apreciados pela Carta. Nesse segundo abismo nota-se como o uso do “juridiquês” desvaloriza o Judiciário, causa lentidão aos processos, impacta na consolidação do Estado Democrático de Direito e, mais importante, distancia o cidadão da Justiça. Para melhor compreensão do tema é necessário analisar cada um desses aspectos.

4.1 A desvalorização do Judiciário

Após análise da literatura, foi possível compreender como o “juridiquês”, entendido como desvio da linguagem jurídica, auxilia na desvalorização do judiciário por dificultar a compreensão dos textos jurídicos pelos seus usuários. As pessoas que não entendem o papel, as ações e os ideais do Judiciário expressos através do “juridiquês” também não confiam em suas decisões. Segundo Belém, no texto que deu origem a esse estudo, as pessoas:

[...] têm a sensação de que as leis não foram criadas para elas, e, sim, para profissionais atuantes no âmbito jurídico. Percebe-se, então, a influência negativa do arcaísmo vocabular jurídico nas relações sociais de hoje, pois essa linguagem, fechada e particular, afasta o cidadão do entendimento acerca das normas jurídicas (BELÉM, 2013, p. 317).

Além disso,

No Brasil [...] a percepção popular sobre o Judiciário é notavelmente negativa, fundada no entendimento de que não existe igualdade, de que nossa Justiça é implacável com o ladrão de galinhas e com os pobres, mas morosa e tolerante com os poderosos (Sadek, 2009 apud TARTUCE; BORTOLAI, 2015, p. 3).

Essa má percepção da população recai sobre todos os entes e agentes jurídicos. O “juridiquês” “contribui para a imagem existente a respei-

to dos advogados sobre o fato de serem os advogados seres arrogantes e não confiáveis” (REOLON, 2011, p. 190). Dessa maneira conclui-se que as ações e até mesmo a existência do Judiciário são descredibilizadas quando aqueles que o buscam não o entendem.

4.2 A lentidão processual

Este estudo permitiu identificar também que o “juridiquês” não só dificulta o entendimento dos usuários da Justiça, mas também dos próprios serventuários. Até mesmo aqueles que trabalham com o jurídico são atrapalhados pelo “juridiquês”. As pesquisadoras Raquel Moreira e Larissa Lirio comentam que “a vida moderna exige dinamismo, objetividade e clareza, em qualquer situação [...], apesar de o judiciário andar a passos cada vez mais lentos” (MOREIRA; LIRIO, 2015, p. 31).

Isso é refletido no trabalho cartorário, que se lentifica mediante a necessidade de dedicar tempo excessivo ao entendimento dos escritos jurídicos, e no qual se beneficiaria do abandono do “juridiquês”. A adoção de uma linguagem simples poderia favorecer a “tão sonhada celeridade nos processos judiciais” (REOLON, 2011, p. 189).

4.3 O Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal, em seu Art. 1º, define o Brasil como um Estado Democrático de Direito fundamentado na cidadania (CAETANO et al., 2015). “A cidadania é um status e, de forma simultânea, é um objetivo e um direito fundamental do cidadão brasileiro” (MORAES, 2008, apud CAETANO et al., 2015, p. 98). No tipo de Estado definido pela CF, outro importante fundamento é a participação popular.

Nota-se a validade de se explicar a história da relação Estado-direitos:

No século XVII, após os efeitos surtidos sobre a teoria da repartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, o Estado passa a ser o detentor do Direito, regulando as relações sociais e monopolizando a jurisdição através

de uma organização jurídica que permitisse a aplicação da ordem, da paz social, do desenvolvimento e da segurança da população. A partir daí, com a proibição da autotutela, o Estado passa a garantir o direito, a ordem e o equilíbrio da sociedade (CAETANO, s.d., apud CARNEIRO; MURRER, 2018, p. 11).

Mesmo quando o Estado passa a ser responsável por garantir o acesso à Justiça e por aplicar o Direito, ele ainda se ausenta de uma responsabilidade:

Nas palavras do jurista brasileiro Luiz Rodrigues Wambier: Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, em matéria de direitos subjetivos civis, faculta ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão. (HASSE, s.d., apud CARNEIRO; MURRER, 2018, p. 11).

Contudo, agora que o Estado moderno tem a obrigação de tutelar a jurisprudência, ele cria meios para garantir o acesso à Justiça e daí surge o direito de ação¹². Wambier comenta que:

Não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i. E., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão. (HASSE, s.d., apud CARNEIRO; MURRER, 2018, p. 12).

12 É a faculdade conferida ao interessado de buscar no Estado a proteção do seu direito que foi violado ou está sendo ameaçado de violação (CARNEIRO; MURRER, 2018).

Quando passa a ser dever do Direito auxiliar na consolidação da democracia, acaba que a função do Poder Judiciário é exercer a jurisdição, é dizer o direito baseado nas leis, na Carta Magna, nos princípios do direito e nos usos e costumes. Assim,

Somente através de leis em consonância com a CF, podem-se criar obrigações para os cidadãos, pois é expressão da vontade geral. Cabe enfatizar que a CF confere ao cidadão vários direitos aos quais possuem acesso através do Poder Judiciário, mas, sobretudo, possuem o direito de entendê-los (Moraes, 2008, apud CAETANO et al., 2015, p. 99).

Mediante o exposto, para que realmente se consolide o Estado Democrático de Direito definido na CF, o Estado e a sociedade devem praticar seus preceitos, dentre eles o direito do cidadão de acesso à justiça. Para estimular esse acesso, os entes Jurídicos deveriam abandonar o “juridiquês” para dialogar de forma clara com seus cidadãos e assim consolidar na prática o tipo de Estado que se diz ser.

4.4 A distância

A indisponibilidade da Justiça à população é histórica no Brasil, pois é “fruto do despotismo esclarecido, pombalino, e do controle rígido da máquina arrecadadora colonial” (TARTUCE; BORTOLAI, 2015, p. 5). Desde o Brasil Colônia, o acesso à Justiça é algo restrito a poucos. Desde aquela época havia considerável distância entre o cidadão e a Justiça, especialmente porque poucos eram considerados cidadãos. A advogada Greice Pereira cita a seguinte passagem:

A linguagem verbal de advogados, juízes e promotores no Brasil talvez ainda seja um dos últimos laços de identificação com a sociedade colonial. Existe nostalgia nas longas e eruditas construções gramaticais. O bacharel é “treinado” ao longo de sua preparação acadêmica a dominar o jargão e apreender dos textos as ambiguidades de que se valerá mais tarde como ferramenta de trabalho. O culto à forma e ao estilo levou à perda da substância humanística

que tanto custaram às ciências jurídicas. Um jovem advogado facilmente reproduzirá as “regras” de um agravo, mas raramente se lembrará do princípio da instrumentalidade do processo (Santana, 2012, apud PEREIRA, 2016, p. 3 - 4).

O acesso à Justiça, a diminuição do abismo cidadão-Judiciário, é pautado no exercício democrático da Justiça pela linguagem democrática:

Quando se cogita de um eficiente sistema de acesso à justiça, a linguagem desempenha um papel essencial para efetivar direitos humanos e gerar concreta inclusão social; afinal, é preciso que o indivíduo não só conheça e compreenda seus direitos, como também que possa se comunicar de modo eficiente (TARTUCE; BORTOLAI, 2015, p. 15).

Assim, o “juridiquês” se apresenta como empecilho linguístico no pleno acesso à Justiça. Não só ao exercício desse direito, mas também à credibilidade do Judiciário, à celeridade processual e ao Estado Democrático de Direito.

5. Movimentos e Soluções

Através deste estudo foi possível perceber as implicações da linguagem jurídica, mais especificamente do “juridiquês”, como instrumento de poder. Uma linguagem que pressupõe clareza e objetividade fica corrompida em obscura e segregadora. O “juridiquês”, como desvio da linguagem jurídica, provou ser o terremoto que abre duas grandes rachaduras na sociedade brasileira. A primeira, pelo discurso, separa quem entende de quem não entende os preceitos e os significados dos discursos jurídicos. Na segunda, o “juridiquês” distancia e acaba por ditar quem tem maior acesso à Justiça e os quem não têm.

Ademais, pela pesquisa foi possível identificar movimentos que buscam fechar as rachaduras abertas pelo “juridiquês” e diversas soluções sugeridas para tanto.

5.1 Movimentos de Mudança

Aqui pretende-se apresentar, de forma cronológica, os movimentos de mudança identificados que objetivam mitigar os impactos do uso da linguagem jurídica excessiva e antiquada, tanto no Brasil quanto em outros países.

O primeiro deles, de 1970, é o *Plain language movement*. A pesquisadora Virgínia Colares explica o movimento:

Nos Estados Unidos, Inglaterra, Suécia, Alemanha e Israel, vários estudos começavam a questionar o uso da linguagem em contextos institucionais e o abuso no uso da linguagem pelos detentores do poder, no exercício de suas atividades profissionais [...]. Defendia-se o direito do cidadão comum de entender e ser entendido (COLARES, 2010, p. 10).

Segue-se para 1992, ano da publicação das cartilhas jurídicas (CJs). Eram histórias em quadrinhos que usavam recursos lúdicos para explicar a lei aos leigos. Ressalta-se a crítica de Colares as CJs:

Em outras palavras, nas CJs, não são incentivadas as tentativas de mudança da organização político-jurídica, nem explicitadas as maneiras como tais mudanças poderiam ocorrer. Antes, instrui-se o sujeito a se conformar com as convenções e relações hegemônicas de poder vigentes, aparentemente ‘atenuadas’ por meio de certas estratégias discursivas, como o uso de recursos visuais e a tradução da hermética linguagem jurídica para uma linguagem comum, o que supostamente viabilizaria o acesso às instituições (Gomes, 2003, apud COLARES, 2010, p. 104).

Mais à frente, em 2005, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) lançou uma campanha pela simplificação do “juridiquês” - Campanha Nacional Pela Simplificação da Linguagem Jurídica. A AMB buscava reformar a linguística dos tribunais e das faculdades de Direito em uma linguagem jurídica mais simples, direta e objetiva. Pela campanha se criaram concursos, prêmios aos trabalhos relacionados ao tema e aos

magistrados que desenvolvessem formas de simplificar a linguagem do âmbito jurídico. Além disso, a campanha lançou livreto intitulado “O Judiciário Ao Alcance de Todos: noções básicas de “juridiquês” (SANTANA, s.d. apud CARNEIRO; MURRER, 2018). A campanha ainda contou com palestras ministradas pelo Professor Pasquale Cipro Neto (MELO, 2013).

No ano seguinte, em 2006, cria-se o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 7.448/06 que previa a elaboração de sentenças em linguagem simples. Porém, o PLC acabou não sendo aprovado pelo Legislativo (PEREIRA, 2016).

Posteriormente, em 2007, foi lançada a Cartilha Legal. Criada por um grupo de juízes do Rio de Janeiro utilizava personagens de Monteiro Lobato para traduzir o “juridiquês” ao público leigo (CARNEIRO; MURRER, 2018).

Além dos movimentos de mudança que buscavam confrontar o “juridiquês”, oportuno também apresentar as soluções sugeridas ao problema que foram identificadas na literatura consultada para este artigo.

5.2 Possíveis soluções

A primeira solução é apontada pelos pesquisadores Sandro Carneiro e Carlos Murrer. Para esses pesquisadores é crucial “a garantia de um ensino de qualidade, com a aprendizagem do estudo normativo e popular de expressões orais e escritas da língua portuguesa” (CARNEIRO; MURRER, 2018, p. 15). Dessa maneira, ao melhorar o ensino da língua pátria também se melhoraria o entendimento da linguagem jurídica.

A segunda solução sugerida é a mediação. Tal conceito propõe um abandono ao formalismo ao incentivar o diálogo entre as partes em conflito mediante um mediador, um terceiro. A mediação é um mecanismo que usa do consenso entre as partes para resolver as disputas jurídicas (TARTUCE; BORTOLAI, 2015). Isso se dá porque:

Mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade vêm perdendo espaço no mundo contemporâneo, sendo crescente a consciência sobre a necessidade de obter o consentimento do outro como método construtivo e

de resultados duradouros tanto em contratos como na solução de disputas (TARTUCE; BORTOLAI, 2015, p. 6).

Além de valorizar o diálogo e o debate de ideias, a mediação apresenta custos reduzidos e decisões mais rápidas que os meios tradicionais.

A última solução é a simplificação da linguagem. Mariana Belém explica que a simplificação fará a Justiça mais plural e democrática. Ela detalha que:

Não se defende a vulgarização da linguagem adotada, a qual se deve manter no padrão culto da língua, nem se estipulado o desuso de termos técnicos necessários ao seu contexto, mas, sim, combatendo uma série de excessos os quais poderiam ser retirados sem prejuízo, facilitando o entendimento do cidadão (BELÉM, 2013, p. 317).

A simplificação defende a substituição de certos termos por outros de mais fácil compreensão. Ela é um “instrumento fundamental para a aproximação do cidadão comum, usuário dos serviços da justiça, com a própria justiça. O contato diário do juiz com o jurisdicionado e a própria sociedade não enfraquece o Poder Judiciário, ao contrário, torna-o mais legítimo” (BELÉM, 2013, p. 318).

Ademais, a pesquisadora Flávia de Souza argumenta que é dever estatal simplificar a linguagem jurídica e abandonar o “juridiquês”. Para a autora,

A simplificação da linguagem, além de facilitar e desburocratizar o sistema, de certa forma, proporciona uma proximidade maior da sociedade com o ordenamento jurídico, pois, deste modo, certamente haverá uma relação mais informal entre as partes, e com isso, uma contribuição maior do destinatário para com o todo (SOUZA, 2012, p. 6).

Os estudos apresentados apontam para soluções possíveis, mesmo que de longo prazo, e que se estendem desde a teorização acadêmica até a prática dos tribunais. Tais proposições demons-

tram a tendência para maior preocupação com a linguagem jurídica e seus impactos, o que ensejará futuros estudos sobre o tema.

Considerações Finais

O presente estudo permitiu concluir que a linguagem jurídica clara e objetiva é deturpada com excessos incompreensíveis ao cidadão – assim forma-se o “juridiquês”. Como resultado enfraquece a relação cidadão-Judiciário, como um emaranhado mecanismo obscuro e excludente que, em certa medida, interfere na materialização do Estado Democrático de Direito no dia a dia das pessoas. Os autores trazidos neste artigo forma unânimes em apontar a linguagem jurídica com excessos como agente transformador de um instrumento inicialmente criado para o exercício da plena cidadania em um instrumento de uso de poder que tem raízes profundas que ainda nos ligam ao período colonial.

O “juridiquês” cria abismos/ rachaduras na relação cidadão-Judiciário. O abismo discursivo divide entre quem entende e quem não entende, sendo usadas diversas formas de análise discursivas, como a ACD e a AC, para comprovar essa divisão. O abismo de acessibilidade divide entre quem consegue ter justiça e quem não consegue, o que acaba prejudicando as instituições do Estado Democrático de Direito, como o Judiciário, além do próprio Estado e seus cidadãos. Entretanto, já existem ou existiram movimentos que buscam fechar essas feridas e já foram sugeridas soluções ao problema do “juridiquês”.

Como perspectiva para estudos futuros relacionados ao tema, oportuno destacar a importância de se avaliar se as soluções apresentadas para mitigar o uso do “juridiquês” resultaram efetivas. Outro aspecto é dar continuidade ao debate acerca do “juridiquês” e seus impactos, principalmente no Brasil, de forma a estimular a linguagem como exercício de plena cidadania e que o Direito possa, enfim, cumprir seu papel fundamental de servir democraticamente a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELÉM, M. A simplificação da linguagem jurídica como meio de aproximação do cidadão à justiça. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 6, p. 313–320, 2013.

BULHÕES, E. S. P. O tradicionalismo na linguagem jurídica. **Signo**, v. 33, n. 55, p. 66–77, (jul/dez), 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/signo.v33i55.543>.

CAETANO, J. M. P. et al. A (In)compreensão da linguagem jurídica e seus efeitos na celeridade processual. **Litterata**, v. 3, n. 1, p. 94–104, 2015. DOI: <https://doi.org/10.36113/litterata.v3i1.819>.

CARNEIRO, S. S.; MURRER, C. A. M. A evolução da linguagem jurídica: o “juridiquês” na internacionalização da linguagem corporativa dos contratos e o acesso à justiça. **Revista Científica Fagoc Jurídica**, v. III, n. 2, p. 9–20, 2018.

COLARES, V. (org). **Linguagem & direito**. 1. ed. Recife: Editora Universitária UFPE, 2010.

FERNANDES, R. K. M.; CARVALHO, F. F. Linguagem e poder na ficção: uma análise crítica do discurso da obra 1984 , de George Orwell. **Revista Trem de Letras**, v. 8, n. 1, p. 1–26, 2021.

MELO, S. M. DE. As formações discursivas jurídicas: uma questão polêmica. **Linguagem em (Dis)curso**, v. 13, n. 2, p. 225–241, (maio/ago), 2013.

MOREIRA, R. V.; LIRIO, L. M. A ininteligibilidade da linguagem jurídica pela sociedade. In: CONGRESSO NACIONAL DE LINGUÍSTICA E FILOLOGIA, 19, 2015, Rio de Janeiro. **Cadernos do Congresso Nacional de Linguística e Filologia**, CiFEFiL, 2015, p. 25–36. Disponível em: <http://www.filologia.org.br/xix_cnlf/cnlf/12/003.pdf>. Acesso em: 15, abril. 2021.

OLIVEIRA, R. R. F. DE; SILVA NETO, J. D. DA. Ciências da linguagem e ciências jurídicas na linguagem jurídica: um contraponto. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 7, p. 53561–53571, jul. 2020.

PEREIRA, G. K. M. **Acessibilidade da linguagem jurídica**. 2015. (12) f. Monografia (Licenciatura em letras - Português) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

REOLON, S. M. A linguagem jurídica e a comunicação entre o advogado e seu cliente na atualidade. **Direito & Justiça**, v. 36, n. 2, p. 180–191, (jul/dez), 2011.

SANTOS, A. D. **Os efeitos do trabalho simbólico nos discursos das ong's ambientalistas internacionais**. (16) f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, 2016.

SOBRINHA, H. F. **Necessidade da simplificação da linguagem jurídica**. (36) f. Monografia (Pós-graduação Latu Senso Português Jurídico) - Universidade Gama Filho, Brasília, 2010.

SOUZA, F. C. G. DE. Função social da linguagem jurídica. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 1, p. 1–12, 2012.

TARTUCE, F.; BORTOLAI, L. H. Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidades e superações. **Civil Procedure Review**, v. 6, p. 107–129, 2015.

VESPAZIANI, A. O poder da linguagem e as narrativas processuais. Anamorphosis - **Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 1, n. 1, p. 69, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.11.2015>

VIZIOLI, T. M. R.; SARCINELLI, A. R. Análise do Discursos na linguagem jurídica. In: **Ambiente Jurídico**. Aracruz: FFACZ, 2020. v. 3p. 183–196.

WALSH, B. A noção de discurso na ad peucheutiana e na acd de fair-clough e implicações nos diferentes modos de análise. **Raído**, v. 5, n. 9, p. 9–23, (jan/jun), 2011.

A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL CONTRA A MULHER E A ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

FINANCIAL PATRIMONIAL VIOLENCE AGAINST WOMEN
AND THE JUDICIARY POLICE PRACTICE

Manoela Assunção Santos Figueira¹

Data de Submissão: 14/08/2020

Data de Aceite: 09/11/2021

Resumo: A temática “violência contra a mulher” passou a contar com maior visibilidade a partir da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, ou seja, a Lei Maria da Penha. Na letra da Lei são encontrados cinco tipos de violência, sendo: física, patrimonial, sexual, moral e psicológica. Diante de um contexto que abrange este estudo, busca-se fazer um recorte para a violência patrimonial, tendo em vista que este tema ainda pode ser mais bem explorado no âmbito doutrinário. O objetivo central deste estudo é analisar a problemática da violência patrimonial contra a mulher, além de trazer um olhar sobre a atuação da polícia judiciária frente ao atendimento destas mulheres, no que tange a este tipo específico de violência. Isto é, como o atendimento prestado na delegacia pode modificar esse caminho longo a ser trilhado pelas mulheres na contramão do ciclo de violência enfrentado.

Palavras-chaves: Direitos Humanos; Lei Maria da Penha; Violência Doméstica; Violência Patrimonial.

1 Pós Graduada Stricto Sensu em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Inspectora de Polícia Civil da Secretaria de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro – PCERJ. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4581956279144298>. E-mail: masfigueira@hotmail.com

Abstract: The theme “violence against women” has gained more visibility with the law n° 11.340, from August 7th, 2016, called Lei Maria da Penha. The Legislation predicts five types of violence: physical, patrimonial, sexual, moral and psychological. Given a context in which this article is based, one seeks to make a cut to patrimonial violence, taking into account that this theme can still be further explored into a doctrinal ambience. The main objective of this article is to analyse the conflict of violence against women, besides about situation sight from the Judicial Police facing the support given to these women in this specific type of violence. Therefore, such the support to be adopted by women, contrary to the cycle of violence faced by them.

Key-words: Domestic Violence; Lei Maria da Penha; Human Rights; Patrimonial Violence.

INTRODUÇÃO

Apesar de nossa Carta Magna de 1988 trazer em seu conteúdo o reconhecimento da mulher, em direitos e obrigações em relação à sociedade conjugal, bem como determinando que o Estado criasse mecanismos a fim de coibir a violência doméstica, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW, datada de 1979, também denominada Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, foi o primeiro tratado internacional que dispôs sobre os direitos humanos da mulher. Na época, dois objetivos foram propostos: a promoção dos direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher. Podemos dizer que apesar de inovadora, a CEDAW representou um parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado.

Em verdade, a partir do direito ao voto e de representação política, com o código eleitoral de 1933 é que os movimentos democráticos impulsionaram a mobilidade das mulheres para suas reivindicações, como sustenta Hermann (2007, p.33.): “No Brasil como no resto do mundo a bandeira do sufrágio foi fundamental para a organização incipiente da luta das mulheres”.

No ano de 1993, o reconhecimento internacional da necessidade de assegurar à mulher igualdade e proteção aos seus direitos, foi aprovado pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), como a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher. Foi a partir deste momento que a violência contra a mulher passou a ser tratada com um olhar diferenciado, considerada como um problema específico que merecia atenção dos diversos campos, tendo em vista os anos de discriminação sofridos pela mulher.

Aqui no Brasil, em 1995, foi ratificada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também denominada de Convenção de Belém do Pará, que foi editada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994. A convenção de Belém do Pará tratou do tema violência doméstica de forma sistemática e expressa, na medida em que se tornou um dos instrumen-

tos internacionais mais valiosos na luta histórica da desigualdade entre homens e mulheres.

Quase dez anos depois, após uma luta incessante de Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou tetraplégica após ter sofrido diversos tipos de violência física e psicológica de seu companheiro, é que foi promulgada a Lei nº 11.340/06, que propôs diversas medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar. Contudo, para a efetiva edição da Lei foi necessário que o estado brasileiro fosse responsabilizado junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista a morosidade do processo judicial, que durou quase 20 anos para punir o agressor.

A Lei nº 11.340/06 tem como pano de fundo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de criar mecanismos de atendimento e proteção à mulher vítima. Sem embargos, o objetivo maior da Lei Maria da Penha, é garantir efetividade ao seu próprio texto e proteção à mulher vítima que esteja em situação de violência, uma vez que traz um rol de medidas que podem ser aplicadas com o fito de resguardar a integridade física e psicológica da mulher, além de proteger seus bens.

Por sua função precípua, a Lei nº 11.340/06 tem, além dos objetivos acima apontados, também a função de remodelar o contexto relacionado à violência doméstica por oportunizar possibilidades de superação da vítima, haja vista todo um âmbito histórico de submissão e sofrimento perante o agressor.

Apesar de a Lei não trazer tipos penais próprios, torna-se pertinente apontar as diversas formas de violência abordadas pela Lei Maria da Penha, conferindo-se a elas o status de violência doméstica, seja qual das modalidades que esta será praticada, sem esquecer que a violência doméstica se baseia na identidade de gênero da vítima, ou seja, por ser mulher.

O Artigo 5º da Lei nº 11.340/06 assim define: “Configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. (BRASIL, 2006, [s.p.]

Em seus incisos, o Artigo 5º da Lei nº 11.340/06 traz a violência doméstica (inciso I), a violência familiar (inciso II) e a violência na re-

lação íntima de afeto (inciso III), fundamentadas na relação de gênero masculino sobre o feminino, ou seja, determinando como sujeito passivo somente a mulher, diversamente do que consta no Artigo 129, Parágrafo 9º do Código Penal, que abarca a violência sofrida por qualquer membro do seio familiar, sendo importante essa diferenciação, como bem ressaltou Regis Prado ao difundir que:

(...) decorre de distintas causas e precisam de respostas penais autônomas. A confusão conceitual faz com que a violência contra as mulheres acabe por diluir-se em relação a outras manifestações de agressividade originadas por causas alheias ao sexo da vítima, o que impede, por conseguinte, que a sociedade visualize de modo claro e transparente o fenômeno social, ou seja, como um tipo específico de violência vinculado de modo direto ao sexo da vítima – ao fato de ser mulher. (PRADO, 2021, p. 459).

Para a compreensão das diversas formas de violência doméstica tratadas pela respectiva Lei, requer, além do conhecimento do dispositivo legal, o entendimento de que a violência não ocorre apenas a partir de uma agressão física, outras formas de violência doméstica devem ser consideradas, como o constrangimento, perseguição, chantagens e destruição de bens, dentre outras.

As múltiplas variantes com que a violência doméstica e familiar pode se exteriorizar demonstram a interligação entre as condutas e, conseqüentemente, entre os problemas que delas resultam às mulheres, que tendem a ser cada vez mais complexos.

Nessa concepção, é importante ressaltar o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra a Mulher, lançado em 2007, para estabelecer ações, entre os governos federal, estadual e municipal, no enfrentamento à violência contra as mulheres, e garantir a prevenção, a assistência e a garantia de direitos. Após um reexame das propostas iniciais, e diante da necessidade de manutenção, ampliação e fortalecimento das redes de enfrentamento, a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República instituiu o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM 2013-2015), que prevê a efetivação de políticas públicas mais amplas e articuladas nos diferentes segmentos, como a educa-

ção, a saúde, a segurança pública, a assistência social, a justiça, uma vez que a fenômeno da violência se constitui em caráter multidimensional.

Com propriedade, a Lei Maria da Penha trouxe esperança para mulheres que vivenciam situações de violência, e que não encontravam o amparo legal necessário para a superação de um quadro que em muitos lares brasileiros é uma realidade diária. Apesar do texto legal, a busca pelo enfrentamento deste quadro não ocorre de forma simplória, tendo como primeiro passo o comparecimento até uma delegacia de polícia.

Essa busca pela ajuda especializada se traduz como um caminho a ser trilhado para fora do ciclo de violência. É nesse contexto que a mulher encontra-se inserida em outro universo, ou seja, os sonhos de transpor a realidade da violência vivida podem ser, ou não, entendidos e registrados no âmbito da delegacia. Por isso, não podemos classificar a entidade familiar como sendo inviolável, afastando-a da mediação estatal quando nos referimos à proteção da vítima, sob pena de tutelar a violência doméstica velada e salvaguardar indiretamente o agressor. Por tal motivo a intervenção formal do Estado no âmbito doméstico não se revestiria de violação à vida privada, na medida em que se discute o bem maior que é a integridade e a dignidade da vítima, levar em consideração a total reprovabilidade social da conduta e afronta aos direitos humanos diante das diversas formas de violência doméstica.

Neste cenário o papel do Estado, na pessoa do agente policial, terá total importância. Para o prosseguimento da denúncia, ou desistência de fazê-la por se sentir desencorajada, é preciso que tanto a vítima como o agente estatal saibam identificar a violência, que ao se exteriorizar em sua forma patrimonial passa por uma invisibilidade própria do patriarcado. É nessa perspectiva que tanto o esclarecimento como a notificação de tais casos deve ser perquirida, a fim de evitar maiores danos pessoais e patrimoniais à vítima, especificamente quanto a se sentir culpada, enquanto na realidade encontra-se em situação de vulnerabilidade e submissão frente o agressor.

DESCONSTRUINDO MITOS: UM CAMINHO A SER TRILHADO PARA FORA DO CICLO DA VIOLÊNCIA

Os avanços da sociedade brasileira não devem motivar as desproporções que afetam as relações marcadas pela desigualdade de gênero. Os mitos que giram em torno da violência doméstica devem ser desconstruídos a fim de que se esvazie o ciclo da violência. Com efeito, as desigualdades sociais, econômicas e culturais que revestem a relação conjugal são determinantes nesse processo, porém não lhes são exclusivas.

Sabe-se que uma das razões para o não rompimento do ciclo é a dependência financeira, assim como a dependência emocional. Muitas mulheres permanecem em situações conflituosas por medo, vergonha, esperança na relação e até mesmo pelo desconhecimento da violência que está vivendo. Romper um relacionamento em situação de violência pode parecer, a princípio, fácil na medida em que caberá apenas afastar o agressor do lar, mas cabe a reflexão quando o lar tem o agressor como único provedor e emocionalmente a vítima não se vê fora daquela relação.

Torna-se mais difícil, por algumas vezes, enxergar que há um efetivo problema de violência doméstica dentro do lar, do que acreditar que o ciclo da violência se deu em um caso isolado. Mulheres emocionalmente dependentes tendem a negar a presença da violência, seja ela da forma como se der, e acabam por sofrerem outro mito que é o famoso “mulher gosta de apanhar” ou até mesmo “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Com efeito, a discriminação de gênero, raça e de etnia acentua esse desnível e contribui para a configuração de padrões distintos de sofrimento, adoecimento e uma possível morte da vítima.

A negativa quanto à presença da violência também pode se dar pelo próprio desconhecimento de que as condutas são tipificadas como crime. Não é incomum deparar-se, no seio familiar, com comportamentos reiterados do agressor e que se tornam tolerados pela vítima sem que esta saiba da verdadeira tradução de violência. Nessa perspectiva, é por demais relevante ampliar o conhecimento da lei que, apesar de não trazer novos tipos penais, trouxe a definição clara do que seja cada um dos cinco tipos de violência, sendo:

1. Violência Física – entende-se pela conduta que cause dano ou sofrimento à integridade física.
2. Violência Psicológica – aquela em que a conduta do agressor causa dano emocional, com a diminuição da autoestima, assim como qualquer prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação da vítima.
3. Violência Sexual – tem-se como a conduta que imponha a manter, participar ou presenciar relação sexual não desejada, mediante coação e subtração de seus direitos sexuais e reprodutivos.
4. Violência Patrimonial – aquela em que ocorre subtração, retenção ou destruição total ou parcial de seus bens, objetos, valores, direitos e recursos econômicos.
5. Violência Moral – configura-se aquela em que há a diminuição da vítima em sua condição moral, mais precisamente no que se refere à prática dos crimes quanto à honra.
6. Em sua obra, Bianchini nos traz a seguinte lição:

Para que a mulher supere o passado histórico de assimetria de poder em relação ao homem e atinja um status de igualdade concreta (e não é só na expressão legal), é necessário para além de uma profunda alteração no modo de pensar e de agir social o erigir de um aparato jurídico próprio, sensível às diferenças produzidas culturalmente e capaz de neutralizá-las.

(...)

Quando a questão da violência doméstica e familiar é vista sob a ótica da sociedade, não obstante a nação brasileira ainda possuir substrato machista, o seu olhar sob o papel feminino para o lugar da mulher nas relações sociais e, principalmente para a convivência e concordância com a violência praticada contra a mulher vem sofrendo profunda e substancial modificação. (BIANCHINI, 2013, p. 22).

É preciso a contribuição de toda sociedade no enfrentamento do problema, não cabendo somente à vítima denunciar as agressões, mas a toda sociedade, e quem está ao seu redor, pois se trata de um problema

social e endêmico, é preciso o total envolvimento na questão, é um processo que aflige a humanidade como um todo.

O Instituto de Segurança Pública (ISP) do Estado do Rio de Janeiro, em sua 15ª Edição do Dossiê Mulher 2020, relacionou os principais crimes relacionados à violência contra a mulher no estado do Rio de Janeiro. A edição de 2020 apresenta dados referentes ao ano de 2019, em que houve um total de 128.322 mulheres vítimas de violência doméstica em todo o estado do Rio de Janeiro. A sistematização dos dados tem como fonte os registros de ocorrência da Secretaria de Estado de Polícia Civil e, tem por escopo detalhar cada forma de violência presente na Lei 11.340/06.

Também foram analisados outros novos delitos sofridos pelas mulheres: divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, divulgação de cena de sexo e pornografia; importunação sexual; e descumprimento de medidas protetivas.

Através dessa análise buscou-se construir um panorama mais amplo e compreensivo dos delitos envolvendo a violência contra a mulher, observada em suas cinco formas: física, sexual, patrimonial, moral e psicológica. As informações disponíveis no documento apontado constataam que a violência contra a mulher é um fenômeno que escapa os limites do “lar conjugal” atingindo mulheres de diferentes classes sociais, origens, regiões, estados civis, escolaridades ou raças, justificando assim a adoção de políticas de caráter universal, acessíveis a todas as vítimas, que abrangem as diferentes modalidades pelas quais ela se expressa.

O ponto a se destacar no Dossiê Mulher 2020 são os dados específicos sobre a violência patrimonial. Em 2019 foram um total de 5.937 registros de violência patrimonial, sendo 3.137 envolvendo o delito de Dano, 2.399 envolvendo violação de domicílio e 401 relativos à supressão de documentos. Esses dados coletados pelo ISP demonstram que houve um aumento, na proporção de 11,4%, relacionado aos crimes patrimoniais de 2018 para 2019. Não se pode olvidar que muitos delitos de ordem patrimonial tendem a passar despercebidos pelas vítimas que por vezes internalizam as condutas machistas e patriarcais envolvendo a hipossuficiência econômica da mulher. Nesse sentido a elaboração anual do Dossiê Mulher representa o comprometimento do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro como incentivador e colaborador na elabo-

ração de políticas públicas para as mulheres, contribuindo sobremaneira para a divulgação e entendimento do fenômeno da violência contra a mulher a partir dos dados obtidos pelos órgãos de segurança pública.

O Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM 2013-2015), assim como o Dossiê Mulher em nível estadual, também busca expressar um panorama amplo da violência contra a mulher em suas cinco formas, procurando colaborar na elaboração de políticas públicas e de promoção de igualdade e enfrentamento das questões, bem como atender as necessidades e expectativas das mulheres brasileiras e da sociedade no que tange à construção da igualdade de gênero, coma paridade entre mulheres e homens.

Diante das estatísticas apontadas vê-se que apesar de ser considerada uma importante conquista no combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres, o texto da Lei nº 11.340/06 ainda não é satisfatório para permitir que a vítima se sinta segura para denunciar o agressor, para comparecer em sede policial, registrar o delito e se amparar nas medidas cautelares oferecidas que foram implementadas buscando a proteção da integridade física e psicológica da vítima.

O constrangimento e desconforto muitas vezes impedem a vítima de se aproximar daquela que é a primeira porta na busca pela saída do ciclo de violência. A delegacia de polícia, por seu contexto histórico, em princípio não representa um local de acolhimento para a vítima, e sim, um ambiente estritamente masculino e hostil, incapaz de alcançar seus anseios e entender as razões do seu comparecimento. Indo mais além, não é leviano afirmar que a vítima se sente violada em sua privacidade ao relatar o episódio de violência, a vítima tem medo de expor sua situação em meio a estranhos e por diversas vezes se sente exposta, por ter de relatar seu caso a policiais civis do sexo masculino.

Sem embargos, as dificuldades enfrentadas pelas mulheres, no tocante ao acolhimento pós-violência doméstica, são uma determinante no desafio do problema, assim como na percepção dele pela própria vítima, principalmente quando se trata da violência patrimonial que falsamente se mostra para vítima como um agir natural do agressor que se apropria, retém, subtrai ou destrói qualquer bem, seja ele móvel ou imóvel, ou valores da vítima ao argumento de que tal conduta se deu em nome da sociedade conjugal.

A ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA FRENTE À VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

No caso de presente artigo, a análise da violência patrimonial, que não raramente, passa despercebida pela própria vítima, deve ser atendida no primeiro atendimento que lhe é feito, sendo este em 99% dos casos em sede policial. O que deve ser levantando no momento do registro versa sobre as minúcias com que o fato aconteceu, tendo em vista que a violência patrimonial se macula por meio das outras formas de violência, impedindo que a vítima a perceba e busque sua correta proteção.

A Lei 11.340./2006 estabeleceu a atuação policial nos art. 10 ao 12-C, compreendendo inúmeros procedimentos a serem adotados por ocasião do conhecimento da ocorrência, que vão desde o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados, com sua inquirição sem que ocorra a revitimização, bem como encaminhamento necessário aos serviços disponíveis de assistência social e judicial.

Nesta direção, compreender o papel da polícia judiciária no atendimento às mulheres vítimas de violência torna-se também essencial para que seja possível traçar um entendimento acerca das barreiras que se apresentam no caminho da busca pela ajuda. Este caminho deve ser livre de conceitos preestabelecidos, livre de julgamentos por parte de quem recebe estas mulheres e livre de mais violência.

Mais uma vez Hermann (2007, p.77 e 78) preleciona sobre o tema afirmando que:

A Lei Maria da Penha é o protótipo dessa dicotomia e a confirmação de que na contramão do momento histórico presente a sociedade, o Estado e as próprias mulheres persistem na sobrevalorização da intervenção penal como instância de enfrentamento da violência doméstica (p. 77).
(...)

Apesar da tônica repressivo-penal privilegiada, a lei não estimulou o aporte de mulheres agredidas ao sistema de segurança pública: somente 40% das mulheres que admitem ter sofrido algum tipo de violência doméstica registram ocorrência nas delegacias de polícia, mesmo depois da vigência da Lei Maria da Penha (p.78).

Como dito, a atuação policial não deve se limitar à repressão e sim ao caráter educativo e acolhedor que a própria legislação traz, ou seja, a ida até uma delegacia policial não se configura como um momento fácil ou como uma escolha simplória. Todo o processo de vivência da violência, a decisão de buscar ajuda e a exposição dos fatos fora do lar representa a junção de um momento que merece ser observado com seriedade e dispensa a necessidade de uma avaliação machista quanto à situação de submissão em que a vítima se coloca. Nesse contexto, uma rede de enfrentamento estruturada é capaz de atender à demanda com mais eficiência, ou seja, a vítima que busca o atendimento policial deseja ser acolhida, bem atendida e acima de tudo compreendida em seu momento de fragilidade por profissionais habilitados e capacitados para tanto. O que se espera das redes de enfrentamento é a especialização e qualificação, assim não poderia ser diferente com a polícia judiciária que tem por finalidade investigar as infrações que lhe são afetas.

No caso do Rio de Janeiro, o estado dispõe de 14 delegacias especializadas em atendimento à mulher e de NUAMs (Núcleos de Atendimento à Mulher) implantados em diversas distritais, todos vinculados ao DGPAM – Departamento Geral de Polícia de Atendimento à Mulher que atua na capacitação dos policiais e aperfeiçoamento para a qualidade no atendimento à vítima de violência doméstica.

A importância do enfrentamento não pode se restringir às ações governamentais, é de extrema necessidade a ampliação do diálogo interinstitucional entre as agências integrantes dessa rede, assim como promover a sensibilização dos policiais civis em relação à sua importante atuação enquanto um dos principais atores no combate à violência doméstica e familiar. Como agente estatal, não pode o policial se furtar dessa atuação interdisciplinar, pois a delegacia de polícia é a primeira porta para a garantia dos direitos e garantias fundamentais, daí a necessidade de avançar na sensibilização desses homens e mulheres que diuturnamente convivem com as mais diversas formas de violência e precisam estar preparados e instruídos para lidar com as vítimas nas ocorrências apresentadas.

Por tal motivo, ao tratar da violência patrimonial é preciso que conheçamos mais detidamente esse tipo de violência, ou seja, além de todo

aspecto subjetivo da vítima que envolve o registro de ocorrência, sua configuração no aspecto material deve ser bem explicitada no momento da denúncia, de forma a permitir a aplicação das medidas protetivas específicas para cada caso.

O Artigo 7º, Inciso IV, da Lei nº 11.340/2006 define essa forma de violência como:

A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. (BRASIL, 2006, [s.p.])

A inserção da Lei nº 11.340/06 em nosso ordenamento não trouxe novos crimes patrimoniais, estes estão presentes no Código Penal Brasileiro, no Título destinado aos crimes contra o patrimônio nos Artigos 155 ao 183. Ela trouxe uma nova leitura para os delitos existentes, ao conferir uma intervenção mais apropriada quando tais delitos são praticados em detrimento à mulher, por suas peculiaridades em virtude do gênero, e, portanto, não se aplicariam as imunidades absolutórias ou relativas dos Artigos 181 e 182 do Código Penal, assim como incide a agravante genérica de pena presente no Artigo 61, II, *f* do mesmo Diploma Legal.

Vê-se então que a violência patrimonial apresentada pela Lei nº 11.340/06 tem simetria com os diversos delitos contra o patrimônio previstos no Código Penal e dessa maneira deve ser tratada, ou seja, trata-se dos mesmos delitos, com a agravante de serem praticados contra a mulher em razão do gênero, e, portanto subordinados, quanto ao rito, ao procedimento da Lei Maria da Penha.

Como apontado, a dificuldade enfrentada se deve ao fato de tais crimes apresentarem escusas absolutórias que os desqualificam quando são praticados entre cônjuges e parentes, e o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que os dispositivos não foram afastados pela Lei Maria da Penha, ao argumento de a legislação ter previsão de medidas cautelares específicas para a proteção do patrimônio da vítima, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME PRATICADO POR UM DOS CÔNJUGES CONTRA O OUTRO. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. INCI-DÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMUNIDADE NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA. DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. INVIABILIDADE DE SE ADOPTAR ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO DO RECLAMO.1. O artigo 181, inciso I, do Código Penal estabelece imunidade penal absoluta ao cônjuge que pratica crime patrimonial na constância do casamento.2. De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, motivo pelo qual a separação de corpos, assim como a separação de fato, que não têm condão de extinguir o vínculo matrimonial, não são capazes de afastar a imunidade prevista no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo.3. O advento da Lei 11.340/2006 não é capaz de alterar tal entendimento, pois embora tenha previsto a violência patrimonial como uma das que pode ser cometida no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não revogou quer expressa, quer tacitamente, o artigo 181 do Código Penal.4. A se admitir que a Lei Maria da Penha derogou a referida imunidade, se estaria diante de flagrante hipótese de violação ao princípio da isonomia, já que os crimes patrimoniais praticados pelo marido contra a mulher no âmbito doméstico e familiar poderiam ser processados e julgados, ao passo que a mulher que venha cometer o mesmo tipo de delito contra o marido estaria isenta de pena.5. Não há falar em ineficácia ou inutilidade da Lei 11.340/2006 ante à persistência da imunidade prevista no artigo 181,

inciso I, do Código Penal quando se tratar de violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, uma vez que na própria legislação vigente existe a previsão de medidas cautelares específicas para a proteção do patrimônio da ofendida.⁶ No direito penal não se admite a analogia em prejuízo do réu, razão pela qual a separação de corpos ou mesmo a separação de fato, que não extinguem a sociedade conjugal, não podem ser equiparadas à separação judicial ou o divórcio, que põem fim ao vínculo matrimonial, para fins de afastamento da imunidade disposta no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo.⁷ Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal apenas com relação ao recorrente. (RHC 42.918/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 14/08/2014).

Contudo, importante observar o posicionamento doutrinário quanto à aplicabilidade das escusas absolutórias, diversamente do que vem decidindo o STJ, ou seja, aplicar as escusas absolutórias, aos crimes patrimoniais praticados no âmbito da violência doméstica afronta o caráter especial da Lei Maria da Penha, como também fere a suprallegalidade da Convenção do Belém do Pará, que tem o status de norma suprallegal conferido pelo STF, e possui dentre outros objetivos punir, erradicar, reparar e prevenir os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido seguem os ensinamentos doutrinários de Dias (2008, p.77) sobre a violência patrimonial:

A partir da nova definição de violência doméstica, assim reconhecida também a violência patrimonial, não se aplicam as imunidades absolutas e relativas dos arts. 181 e 182 do Código Penal quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar. Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua cônjuge ou companheira, ou, ainda, alguma parente do sexo feminino. Aliás, o Estatuto do Idoso, além de dispensar a representação, expressamente prevê a não aplicação desta excludente da criminalidade quando a vítima tiver mais de 60 anos.

Por afastarem a punição do agressor, as escusas absolutórias previstas no Código Penal, estariam por macular todo o sentido da Lei Maria da Penha no tocante à tutela integral da mulher vítima de violência no âmbito doméstico e familiar.

Ainda assim, diante da disparidade em razão do gênero na relação conjugal, ou seja, a fragilidade e a vulnerabilidade podem contribuir e muito para as hipóteses de violência patrimonial, ocorrendo com frequência sem que seja percebida pela vítima, por quem integra o núcleo familiar, ou pelos agentes policiais.

Nessa abordagem, dentre as condutas mais comuns que se caracterizam a violência patrimonial, podemos apontar a destruição de bens materiais e objetos pessoais, incluindo aí sua retenção indevida em casos de separação do casal, com o objetivo de pressionar a vítima ao retorno do lar ou a mantê-la na relação conjugal. A subtração de bens, o uso exclusivo dos bens comuns e a negativa no pagamento da verba alimentar devida também denotam, de forma mais sutil a violência patrimonial e exatamente por isso não são ponderadas no momento inicial da denúncia. A dificuldade enfrentada nesse diagnóstico surge tanto no momento do relato da vítima em sede policial -- pois a mesma se nega a crer na existência de crime patrimonial --, como no momento da tipificação da ocorrência pelo agente da autoridade por desconhecer as especificidades da conduta delitiva.

Devemos dar abrangência ao que realmente deve ser considerado como violência patrimonial, fazer uma análise compreensiva de cada caso a fim de alcançar o perfeito direcionamento das medidas protetivas, ainda que essa primeira observação ocorra em sede policial, pois apesar de representarem acontecimentos comuns, poucos casos são apreciados pelo Poder Judiciário.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também já se posicionou a respeito do tema, para considerar a violência patrimonial no âmbito das relações domésticas baseadas no gênero, ante à vulnerabilidade e fragilidade da vítima, até mesmo afastando o princípio da bagatela, a saber:

APELAÇÃO. FURTO SIMPLES EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO À REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, DE MOLDE A VER CONDENADO O RECORRIDO NAS PENAS DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL, NA FORMA DA LEI Nº 11.340/06. Antes do exame da pretensão condenatória manifestada pelo Parquet, cumpre verificar a existência dos requisitos necessários para a aplicação da Lei nº 11.340/06. A incidência da referida Lei, reclama a presença cumulativa de três vetores que caracterizam a situação de violência doméstica e familiar, representadas pela existência, passada ou atual, de relação íntima de afeto entre agressor e vítima, a violência de gênero direcionada à prática delitiva contra mulher, e a situação de vulnerabilidade da vítima em relação ao agressor. A Terceira Seção do Superior Tribunal firmou entendimento de que o legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, teve em conta a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais, consignando que o escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade/vulnerabilidade diante do homem ou de outra mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade (CC n. 88.027/MG, Ministro OG FERNANDES). Tal orientação encontra-se consolidada naquela E. Corte de Justiça, como se vê do julgado relatado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (HC 175.816/RS), onde restou pontuada a necessidade de ser empregada interpretação restritiva ao referido Diploma Legal. No caso, o Ministério Público denunciou o apelante pelo crime furto simples, afirmando que ele teria subtraído determinada quantia em dinheiro pertencente a sua ex-companheira. A inicial afirma que tal conduta teria ocorrido quando “denunciado estava visitando sua filha na residência da vítima, e quando esta se distraiu o denunciado subtraiu a re furtiva da bolsa da vítima, se evadindo do local em seguida”. No entanto, de acordo com o relato da ex-companheira do recorrente em juízo, a mencionada subtração não ocorreu, como afirmado na denúncia, na sua residência, mas sim na residência de uma vizinha da sua mãe, que mora no andar de baixo. Também não foi confirmado que o

apelado estava naquele local para a visitação dos filhos. A lesada informou que a subtração teria acontecido quando ela subiu para ir até a casa da sua mãe e deixou a bolsa no sofá. Quando retornou, a moradora da casa onde ambos se encontravam teria dito que o recorrido havia pegado algo na bolsa e saído correndo. Ao examinar a bolsa, constatou que o dinheiro não estava mais lá. A ex-companheira do apelado fez questão de esclarecer ao Juízo que “não é a primeira vez que ele mexe nas coisas dos outros”. Pelos poucos elementos que se tem nos autos, não é possível enquadrar a conduta como sendo de violência doméstica e familiar, na modalidade de violência patrimonial (art. 7º, inciso IV). A suposta lesada e o apelado viveram juntos e possuem filhos em comum. Estão separados há cerca de dois anos. A subtração do dinheiro teria ocorrido na residência de terceiros, onde ambos se encontravam por motivo não esclarecido nos autos. Segundo relato da própria lesada, não foi a primeira vez que o recorrido mexeu “nas coisas dos outros”, o que sugere que esse comportamento já tenha ocorrido anteriormente, tendo outras pessoas como lesadas. Em relação à violência de gênero, não basta para seu reconhecimento que o sujeito passivo do crime seja mulher. É necessário que a violência se dê em razão do gênero, como forma de oprimir ou subjugar a mulher. No caso, a acusação é de subtração de dinheiro da ex-companheira. Contudo, pelas circunstâncias do fato, qualquer que fosse o sexo ou a condição do sujeito passivo, o crime poderia ter ocorrido da mesma forma, já que a própria lesada mencionou haver precedente da mesma conduta contra terceiros. Também não se percebe no episódio uma situação de vulnerabilidade da lesada em relação ao apelado, de modo a caracterizar um caso de opressão à mulher. O móbil do agir do apelado não teve qualquer relação com o gênero da suposta lesada. A Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é especial e, portanto, sua aplicação só se justifica quando verificada situação cujo suporte fático evidencie concretamente violência de gênero. A mera relação de parentesco, de convivência ou razão sentimental, por si só, não autoriza o regime jurídico diverso do comum. Por consequência, tratando-se de crime de furto desvinculado da Lei nº 11.340/06, a competência para decidir o presente feito é do Juízo Criminal comum,

devendo ser reconhecida a nulidade da sentença e dos demais atos proferidos no primeiro grau, desde o recebimento da denúncia, eis que originário de órgão jurisdicional absolutamente incompetente. PROCESSO ANULADO POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, na forma do voto do relator. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima epigrafadas, A C O R D A M, os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em RECONHECER E DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO, por incompetência absoluta do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital e determinar a remessa dos autos para o Juízo Criminal comum, nos termos do voto do Desembargador Relator. (TJ-RJ - APL: 03392192220128190001 RJ 0339219-22.2012.8.19.0001, Relator: DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 02/09/2015, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/09/2015 14:22).

É evidente que a violência patrimonial, para assim ser definida e qualificada, dê-se em razão do gênero, ou seja, em situação de violência doméstica em que há a desigualdade de gênero na relação interpessoal entre o agressor e a vítima, e costumeiramente se dá conjugada a outras formas de violência, daí alguma dificuldade em individualizá-la.

Como já suscitado acima, além da dificuldade material na identificação da violência, o silêncio, a omissão e a inatividade de vítima são sem dúvidas dificuldades que ultrapassam a legalidade, visto que a condição em que a vítima se encontra só fomenta o ciclo da violência doméstica. Assim, temos nas palavras da Promotora de Justiça especializada em Gênero e Enfrentamento à Violência contra a Mulher, coordenadora do Núcleo de Gênero do Ministério Público de São Paulo, Valéria Diez Scarrance Fernandes, o seguinte:

O silêncio da vítima enquanto inação compreende uma gama de situações: a vítima não registra boletins de ocorrência contra o agressor; a vítima registra boletim de ocorrência contra o agressor, mas renuncia ao direito de representar; após noticiar a violência, a vítima se retrata e inocenta o agressor (FERNANDES, 2015, p. 124).

De forma mais precisa, a mesma autora aponta como fatores que contribuem para o silêncio da vítima: a vergonha, a crença na mudança do parceiro, a inversão da culpa, a revitimização pelas autoridades e o medo de reviver o trauma.

Esses elementos parecem descrever melhor a inércia das vítimas nas situações de violência, seja ela física, sexual, psicológica e moral, e de alguma forma descrevem a hesitação das vítimas nos casos de crimes cometidos com violência patrimonial. Em uma curta análise verifica-se que são poucos os litígios familiares que emanam notícias, representações ou queixas aos órgãos competentes tendo por objeto a violência patrimonial contra a mulher.

Esse reconhecimento cabe à vítima, sempre que um furto, destruição, apropriação ou retenção de bens ou valores pelo agressor suceder durante um processo de separação ou na constância da sociedade conjugal, comunicando o fato à autoridade policial para a instauração do competente processo penal.

Além das consequências penais previstas no Código Penal, a Lei Maria da Penha assegura medidas protetivas ao patrimônio da vítima, que inclusive podem ser solicitadas em sede policial dotadas de caráter liminar. A solicitação de tais medidas não depende de ação penal, têm caráter cautelar cível ou penal, e podem ser requeridas perante a autoridade policial, a depender da esfera de proteção (integridade física da vítima ou o seu patrimônio), que deverá remeter imediatamente a solicitação ao juízo competente, tendo este o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a concessão de medidas protetivas de urgência.

O que o legislador pretendeu com as medidas protetivas foi evitar atos de violência familiar e doméstica ou o dano que deles por ventura surgisse, resguardando o patrimônio da vítima. As medidas previstas no Artigo 24 da Lei nº 11.340/2006 são:

- I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
- II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

- III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
- IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Dentre as atribuições da autoridade policial definidas pela Lei 11.340/06 estão o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados, ou seja, a preocupação com a integridade física, psíquica e emocional da vítima de modo a não revitimizá-la é ponto determinante no atendimento policial adequado e eficiente. Como primeiro garantidor dos direitos fundamentais a autoridade policial e seus agentes devem informar à vítima sobre os direitos a ela conferidos pela Lei, bem como acerca dos serviços públicos de acolhimento disponíveis, inclusive os de assistência judiciária, principalmente quanto às medidas protetivas de urgência.

Com o início da pandemia do Corona Vírus em 2020 e o isolamento social, houve um aumento significativo das denúncias de violência doméstica e familiar. Visando ampliar o viés protetivo e garantir o acesso à rede de proteção à mulher vítima, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ através de um grupo de trabalho criado para elaborar estudos e ações emergenciais voltados a ajudar as vítimas de violência doméstica durante a fase do isolamento social, lançou a Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica. A campanha teve por objetivo permitir que a mulher conseguisse pedir ajuda em farmácias, órgãos públicos e agências bancárias com um sinal vermelho desenhado na palma da mão. Nesses locais os atendentes de posse de uma cartilha tutorial, reservadamente acionam o serviço policial, e se possível, conduz a vítima a um espaço reservado, ou, caso a vítima não queira a polícia naquele momento, seus dados são colhidos e repassados à polícia militar. A campanha foi muito bem recepcionada pela sociedade em geral, uma vez que foi revestida de segurança sigilo e discricção para todos os envolvidos, principalmente para os atendentes não são chamados à delegacia para servir de testemunha.

Em 29.07.2021 entrou em vigor a Lei 14.188/2021 institucionalizando a Campanha Sinal Vermelho, definindo-a como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. A concretude da referida campanha permite que os poderes constituídos assim como as agências de segurança pública estabeleçam parcerias com estabelecimentos privados, de modo a ampliar o alcance do programa Sinal Vermelho. A identificação do sinal X escrito na mão da ofendida, preferencialmente na cor vermelha, terá por finalidade tornar reconhecível uma situação de violência. Os restabelecimentos privados que aderirem ao programa deverão imediatamente, sob condições seguras, encaminhar a mulher à uma unidade de polícia judiciária para que lá sejam dados os primeiros acolhimentos e adoção das medidas cabíveis para resguardar a integridade da vítima em todas as suas formas.

A Lei Maria da Penha e suas alterações ao longo desses quinze anos de edição se mostra capaz de promover um remodelamento da visão social acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, afastando a visão patriarcal há muito vivenciada. As sanções estatais associadas aos programas e redes de enfrentamento devem ser aptas a lidar com a violência de gênero, e para tanto é fundamental que haja melhoria e incrementos nas estruturas dos órgãos públicos destinados ao atendimento dessas vítimas, passando tanto pelo investimento material e, sobretudo na capacitação dos profissionais envolvidos, incluindo nesse rol a polícia judiciária, buscando a eficiência e a excelência na assistência imediata e mediata à mulher. A primazia por um tratamento humanizado nas dependências policiais deve ser perquirida diuturnamente, seja pela não revitimização, como também pela presteza inerente ao serviço público de apoio que deve delimitar a atividade fim da polícia judiciária.

CONCLUSÃO

A partir da Lei Maria da Penha a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher ganhou novos contornos, principalmente pelo embate direto com o problema, ou seja, a vítima conquistou a visibilidade e respeito a direitos constitucionais já garantidos, e que por anos foram sobrepujados em face da tolerância vivida na sociedade brasileira

quanto as relações de dominação no seio do sistema patriarcal. A Lei nº 11.340/06 não teve apenas o condão de reprimir a violência, mas sim de prevenir e prestar assistência após o fato, oferecendo enormes mudanças no trato das relações íntimas de afeto e domésticas no âmbito familiar. Pode-se dizer que foi além ao destacar a presunção de vulnerabilidade da mulher, dando-lhe voz e prestando credibilidade à sua fala e afastando qualquer tipo de controle ou supremacia de gênero, ou seja, removendo o estereótipo de subordinação ao gênero masculino que se baseou durante anos em uma construção cultural e histórica equivocada.

Embora a violência doméstica contra a mulher cresça a cada ano, o número de denúncias é ainda muito pequeno, assim como a permanência da vítima junto ao agressor é vista na maioria dos casos. A vinculação entre vítima e agressor só corrobora impedimento da mulher em abandonar a convivência com o agressor, pois essa falta de ação da vítima é o que mantém o círculo de violência, ou seja, a apatia frente aos abusos e exploração financeira se apoiam nos sentimentos da família idealizada pela vítima. Toda mulher é passível de sofrer uma violência doméstica. Contudo, permanecer em vias de sofrer a violência é um fator determinante na classificação dessa vítima, ou seja, a forma com que a mulher se posiciona frente a si própria é decisiva para impedir que a violência ocorra. Portanto, fazer com que a mulher compreenda que o seu papel na sociedade não é o de se subjugar, mas sim de ser sujeito de direitos, deveres e obrigações foi a maior finalidade da Lei Maria da Penha, e esta deve ser a sua repercussão, afastando o pensamento patriarcal de que a mulher mantenha um sentimento de ser culpada pela violência que sofre.

Com destaque, a violência patrimonial ainda é um tipo de violência desconhecida por muitas mulheres, apesar de estar entranhada em suas vidas, quer nas denúncias isoladas ou associada a outros tipos de violência, essencialmente com a violência psicológica, que se associa à perda de bens que têm valor material e sentimental. Tais fatores contribuem para a natureza plurifacetada da violência patrimonial, que corresponde à direta violação aos direitos humanos, assim como fomentando um universo de sofrimento e perdas para quem a vive.

Felizmente os movimentos sociais vêm contribuindo para a mudança da realidade vivida por muitas mulheres. A partir do momento em

que se destacam no enfrentamento do problema, as pequenas violências cotidianas perdem espaço dentro do seio doméstico, mantendo a intimidade e proteção familiar com novos contornos sociais e igualitários.

Contudo, não obstante as medidas previstas na Lei Maria da Penha, e as políticas públicas implantadas no âmbito do Poder Executivo dos entes federados, a prática vivenciada pelos órgãos de segurança pública, mais precisamente pela polícia judiciária, por vezes impede que o agente de segurança possa atender às perspectivas de políticas públicas estudadas. Apesar da criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), vê-se ainda uma carência de mecanismos de enfrentamento do problema, quer seja pela falta de equipamentos, assim como a falta de pessoal qualificado, é fator emblemático nesse confronto, ou seja, é preciso o pleno conhecimento da adversidade e buscar a solução com a capacitação constante dos policiais, através de treinamento específicos com a finalidade de constituir profissionais especializados e bem preparados para o atendimento de mulheres em situação de violência, visando também fortalecer a própria imagem do policial junto à população atendida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. São Paulo: Saraiva, 4 ed, 2018.

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

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 30 jul 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14188.htm> Acesso em: 12 ago 2021.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1,973, de 1 de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violên-

cia contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, Belém do Pará, 9 de jul de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm> Acesso em: 30 jul 2021.

BRASIL. **Plano nacional de políticas para as mulheres PNPM 2013-2015**. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos / <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/pnpm>. Acesso em: 30 jul 2021.

BRASIL. **Rede de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Presidência da República. Brasília: Secretaria de Políticas para Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em 28 jul 2021.

CEPIA. **Violência contra a mulher e acesso à justiça. estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais**. Rio de Janeiro, CEPIA/Fundação Ford, 2013 Disponível em: <<https://cepia.org.br/publicacao/violencia-contra-a-mulher-e-acesso-a-justica-estudo-comparativo-sobre-a-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-em-cinco-capitais>>. Acesso em: 29 jul 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ **Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/violencia-contra-a-mulher/campanha-sinal-vermelho/>>. Acesso em 30 jul 2021.

FERNANDES, Valéria Dias Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre as delegacias especializadas de atendimento à mulher (DEAMs) nas regiões sudeste e centro-oeste**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP, 2013. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/>

outras_publicacoes_externas/pagina-3/08diagnostico-sobre-as-delegacias-especializadas-de-atendimento-a-mulher-nas-regioes-sudeste-e-centro-oeste-wania-pasinato.pdf. Acesso em: 27 jul 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Adriana. et al. **Dossiê Mulher 2020**. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública. Vol.2, 2020. Disponível em: <www.isp.rj.gov.br>. Acesso em: 28 jul 2021.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo**. Campinas, SP: Servanda Editora, Ed. 2012.

Instituto Maria da Penha. IMP. **Tipos de violência**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>. Acesso em: 27 jul 2021.

Organização Mundial da Saúde. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. Genebra: OMS, 2002. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/04/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf> Acesso em 20 jul 2021.

PEREIRA, Rita de Cássia; LORETO, Maria das Dores; TEIXEIRA, Karla Maria; SOUSA, Júnia. **O fenômeno da violência patrimonial contra a mulher: percepções das vítimas**. OIKOS - Revista Brasileira de Economia Doméstica, 2013. Disponível em: <<http://www.locus.ufv.br/handle/123456789/13801> . Acesso em: 20 jul 2021.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: volume único 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **A violência patrimonial contra a mulher nos litígios de família**. Revista nacional de direito de família e sucessões. v. 2, n. 9, p. 5–23, nov./dez., 2015 Disponível em: <https://www.lexml.gov>.

br/urn/urn:lex:br:red.virtu.al.bibliotecas:revista:2014;001013462Revis-
ta nacional de direito de família e sucessões, v. 2, n. 9, p. 5-23, nov./dez.
2015. Acesso em: 30 jul 2021.

SOARES, Bárbara. **Enfrentando a violência contra as mulheres: orientações práticas para profissionais e voluntários.** Presidência da República. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/enfrentando-a-violencia-contra-a-mulher-orientacoes-praticas-para-profissionais-e-voluntarios> Acesso em: 25 jul 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Vigilância de violências e acidentes (VIVA).** Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/vigilancia-de-violencias-e-acidentes-viva> Acesso em: 30 jul 2021.

SECRETARIA DE POLÍTICA PARA AS MULHERES. **Viver sem violência é direito de toda mulher: entenda a Lei Maria da Penha.** Presidência da República. Brasília: Abril 2015. Disponível em: <http://www.mulher.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/livreto-maria-da-penha-2-web-1.pdf> Acesso em 29 jul 2021.

SENADO. **14 anos de Lei Maria da Penha: muito a comemorar, ainda mais a conquistar.** Senado Federal: Observatório da Mulher Contra a Violência. Brasília – DF. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/14-anos-maria-da-penha>. Acesso em 29 jul 2021.

A CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO EM EMPRESAS ESTATAIS POR INSTRUMENTO OUTRO QUE NÃO LEI: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TST E DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVOS

THE CREATION OF POLITICAL APPOINTMENT JOBS ON STATE-OWNED COMPANIES BY OTHER WAYS THAT NOT THE LAW: ANALYSIS OF THE TST JURISPRUDENCE AND THE ADMINISTRATIVE LAW PRINCIPLES

Roger Vítório Oliveira Sousa¹

Data de Submissão: 22/08/2021

Data de Aceite: 09/11/2021

Resumo: A presente análise buscou, a partir de um estudo bibliográfico que envolveu tanto a produção doutrinária quanto os entendimentos proferidos pelos tribunais pátrios, em especial pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, elucidar se é possível a criação de “empregos em comissão” por ato da autoridade gestora de empresa estatal ou se seria necessária lei para tanto. A relevância da pesquisa é evidente, já que se discutiu a administração da coisa pública e os riscos advindos da autorização a que se excepcionasse a exigência de lei para a atuação estatal. Para que se chegasse ao cerne da discussão, foi necessário, primeiramente, pontuar sobre a principiologia a que se submete a administração pública, além de verificar em que consiste o dever do concurso público e o por quê de sua existência. Por outro lado, fez-se necessário enfrentar a questão de o que são as empresas estatais, sendo evidenciado o regime a elas aplicável e a jurisprudência acerca desse regime. Os resultados, após a conjugação das informa-

1 Analista Judiciário do TJ-MA. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito Público pela Faculdade Descomplica (certificação: Uniamérica); e em Direito do Trabalho, Faculdade Única; Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-1986-0700>.

ções angariadas, apontaram pela impossibilidade da criação desses “empregos públicos em comissão” por meio de instrumento outro que não lei, em virtude da necessária observância da legalidade, para garantir a lisura da administração da res pública.

Palavras-chave: Empresas estatais; Empregos em comissão; Princípio da legalidade; Princípios administrativos; Dever de realizar concurso público.

Abstract: The present analysis sought, by the means of a bibliographical study that involved both the scientific production and the precedents of the national Courts, in particular of the Superior Labor Court - TST, to elucidate whether it is possible to create “political appointment jobs” through an administrative act or whether a law would be required to do so. The relevance of the research is evident, as it discussed the administration of public property and the risks arising from the authorization for the state management to act without a law authorizing it. In order to get to the heart of the discussion, it was necessary, firstly, to talk about the principles that rule the public administration, in addition to verifying what the duty to hold civil service entrance examinations consists of and the reason for its existence. On the other hand, it was also necessary to face the question of what are the state-owned companies, highlighting the legal regime applicable to them and the jurisprudence about such regime. The results, after combining the information gathered, pointed to the impossibility of creating these “political appointment jobs” by means of an instrument other than the law, due to the necessary observance of legality, to ensure the integrity of the public res administration.

Keywords: State-owned companies; Political appointment jobs. Legality; Administrative Principles; Duty to hold civil service entrance examinations.

INTRODUÇÃO

A organização da administração pública revela que esta se divide em direta, composta pelas pessoas políticas e seus órgãos despersonalizados diversos, e indireta, integrada por entidades dotadas de personalidade jurídica própria, a que se atribuem tarefas específicas, delineadas pela legislação que as cria ou que autoriza suas criações. Nessa perspectiva, dentro da administração indireta há as empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado cuja criação é autorizada por lei para que o Estado possa, por meio delas ofertar serviços públicos ou exercer atividades econômicas.

Embora possuam natureza privada, esse regime é derogado pelo público em virtude da previsão constitucional expressa nesse sentido. Graças a isso, estão sujeitos a regime verdadeiramente híbrido, no qual a proximidade é maior ou menor à dinâmica privada conforme o objeto explorado por essas estatais demanda.

Feita esse aparado inicial, a presente discussão objetiva elucidar se é ou não possível a criação, no âmbito dessas entidades, de “empregos em comissão” sem o intermédio de lei, mas apenas por mero ato da autoridade gestora. O debate é de valor altíssimo: no âmbito do TST, uma das Cortes Superiores de terras tupiniquins, há dissenso acerca da possibilidade de criação dos referidos “empregos em comissão” por ato do gestor. Aliás, naquela Corte é controverso até sobre a mera existência desta forma de ingresso nos quadros públicos.

A metodologia entendida como a mais adequada para a consecução do desiderato é a dedutiva. Uma vez que se colherá, na doutrina o conhecimento necessário a se elucidar os conceitos referentes às estatais, o regime aplicável a elas e a principiologia inerente à doutrina para, após, apurar-se, quanto à jurisprudência conflituosa do Tribunal Superior do Trabalho, qual dos lados tem razão, se o que aponta pela possibilidade da criação de empregos públicos em comissão sem o intermédio necessário da lei ou o lado adverso.

1 O ESTADO E A LEGALIDADE

O Brasil pode, sem dúvida, ser conceituado como “Estado de Direito”. E isso porque, tendo consagrado de forma expressa a legalidade como direito fundamental e princípio regente de sua organização administrativa, acabou por dispor que o estado pátrio seria regulado pela lei e encontraria nela os limites de suas condutas (CARVALHO FILHO, 2019). Acompanhando esse raciocínio, é primordial elaborar sobre o princípio da legalidade, evidenciando sua origem, seu conceito e sua correlação com a moralidade administrativa.

1.1 Legalidade: origens e conceito

Os direitos fundamentais, em sua primeira roupagem, surgiram como forma de tutelar os particulares dos desmandos e abusos do Estado. Eles eram compreendidos, nessa vinda primeva, como marcos limitadores da conduta irrestrita do Estado. Posteriormente, nasceram prestações positivas e, até mesmo, a tutela dos direitos da coletividade e das gerações por vir. Essas são as três dimensões ou gerações de direitos fundamentais. Feliz excerto de Chueiri explica, de forma dinâmica, o conteúdo de cada geração ou dimensão desses direitos e a origem dessa perspectiva a partir da doutrina:

Autores como o filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio (1909-2004) defendem a tese de que os direitos fundamentais surgiram em gerações, isto é, a primeira geração de direitos diz respeito aos direitos individuais como a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade, cuja principal característica é a sua universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. [...] A segunda geração de direitos diz respeito aos direitos coletivos e sociais, cuja fonte são os homens no âmbito das suas relações sociais. [...] A terceira geração de direitos também parte da sociedade e seus grupos como sujeitos e diz respeito a novas demandas, como o direito à participação política, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, saudável e sustentável, inclusive das futuras gerações,

os quais são qualificados como direitos de solidariedade e fraternidade e que são intersubjetivos, mas também do sujeito em relação ao seu meio ambiente. (2012, 58-59)

O ordenamento pátrio, inaugurado pelo advento da Carta Política de 1988, consagrou de forma expressa a principal restrição às atuações nefastas do Leviatã: o princípio da legalidade. Desde os mais remotos momentos de desenvolvimento do Brasil, a legalidade se fez presente, com sua previsão em todas as constituições brasileiras, à exceção da Constituição de 1937 (MENDES, 2018).

O princípio, não obstante, é mais antigo. Oriundo de tempos remotos nos quais o povo, percebendo a posição privilegiada que ocupava, e farto dos desmandos de seu déspota, demandou que este confeccionasse a previsão de um instituto que limitasse os poderes que exercia sobre ele. Naquele momento, no qual um rei se viu na posição de estabelecer que um mecanismo pudesse aplacar sua irrestrita atuação, contemplou-se o germinar de uma limitação das condutas estatais e, da mesma forma, a origem do que viria a ser a perspectiva contemporânea do princípio da legalidade (PADILHA, 2020).

Nesses termos, esse vetor da atuação estatal tem, em verdade, caráter dúplice, a se considerar, inclusive, que a doutrina costuma identificar seus efeitos conforme a esfera jurídica regida: se privada, o princípio denota poderem os particulares fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, havendo o estabelecimento de uma relação de não-contradição à lei; já se pública, parte-se de um critério de subordinação à lei, uma vez que o agente só poderá atuar dentro do que a lei permitir (MARINELA, 2016). Sintetizando essa visão, é elucidativa a compreensão de OLIVEIRA:

O princípio da supremacia da lei relaciona-se com a doutrina da negative Bindung (vinculação negativa), segundo a qual a lei representaria uma limitação para a atuação do administrador, de modo que, na ausência da lei, poderia ele atuar com maior liberdade para atender ao interesse público. Já o princípio da reserva da lei encontra-se inserido na doutrina da positive Bindung (vinculação positiva), que condiciona a validade da atuação dos agentes públicos à prévia autorização legal. (2020, p. 103)

Nessa toada, vê-se, pois, que a dinâmica a que sujeita a

administração pública, em virtude da legalidade, é mais severa. E isso porque a atuação do estado é limitada pela lei e definida por ela. O administrador só atua quando há previsão legal que legitime seu agir e isso consagra uma verdadeira garantia em favor dos particulares, qualificando o estado pátrio como verdadeiro Estado de Direito. A lição redutiva de Meirelles, aqui, é inafastável:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal. (2016, p. 93)

Elucidados o conceito e a origem da legalidade, bem como suas distintas aplicações conforme o âmbito varia de público a privado, faz-se necessário evidenciar a sinergia existente entre legalidade e moralidade na condução da coisa pública. Isso porque será preciso analisar se é cabível, em virtude da moralidade e da legalidade inerentes à administração pública, a criação de cargos em comissão por meio de mero ato, em vez de lei, no âmbito das estatais, ou se tal prática feriria referidos princípios.

1.2 A interdependência entre Legalidade e Moralidade

A moralidade também foi tida como merecedora de seu espaço na redação da lei maior. Trata-se de princípio que possui “pouca densidade jurídica, dada a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo específico” (MENDES, 2020, p. 1388), o qual impõe que a Administração atue de forma a resguardar valores íntimos e queridos à relação entre Estado e Administrado, como a lealdade, a boa-fé e a eticidade das condutas. Sua relevância é tal que a doutrina ressalta ser a imoralidade “vício jurídico do qual decorre a invalidade do ato administrativo correspondente, inclusive com a previsão de ação judicial específica para realizar tal controle, a saber, a ação popular (art. 5º, LXXIII).” (TAVARES, 2020, p. 1404).

Ela não tem apenas caráter repressivo. Na verdade, Caio Tácito adiciona ao debate constatação dotada de inegável lógica, ao reconhecer

valor maior às condutas que previnam as violações da moralidade em vez de prezar por uma atuação repressiva e reparadora. É mais útil evitar que o dano ocorra que, posteriormente à ocorrência deste, tentar sanar o problema que surgiu (TÁCITO, 1999). Nas palavras do autor:

[...] Os impedimentos legais à conduta dos funcionários públicos e as incompatibilidades de parlamentares servem de antídoto às facilidades marginais que permitem a captação de vantagens ilícitas. A lei - e já agora a Constituição - obriga a prévia licitação para o compromisso de despesas e submetem a controle os contratos administrativos, assim como a distribuição de publicidade oficial. A obrigatoriedade de concursos públicos favorece a seleção pelo mérito no acesso aos cargos públicos. (1999, p. 5)

Mas qual a noção delineada pela doutrina, de forma técnica, a tal princípio? Segundo Nohara “[a] moralidade administrativa exige do administrador atuação ética, honesta, de boa-fé ou lealdade.” (2019, p. 46). Ademais, continua a autora (2019, p. 47), a positivação desse princípio na Carta de 1988 “assegura ao intérprete mecanismo para obrigar juridicamente a Administração não apenas a seguir um comportamento legal, mas também ético, tendo em vista a ideia de que nem tudo que é formalmente legal é necessariamente ético.”

Consiste, portanto, em mais um dos mecanismos de que lançou mão o constituinte para mitigar os riscos da atuação gestora do Administrador: ao evidenciar um princípio como a moralidade, que atribui um dever de atuação ética, tem-se que o Estado – e portanto o gestor – fica limitado a se conduzir de forma a resguardar a justa expectativa que existe entre si e os administrados. Surge, assim, como princípio que garante uma atuação escorreita do Estado e assegura a manutenção da boa-fé legítima que surge para os administrados ou súditos.

Além de princípio norteador da atuação estatal, há quem veja, ainda, na moralidade, um verdadeiro elemento integrante do ato perfeito. Vincular-se-ia à finalidade, impondo que o ato, além de ter sido expedido por autoridade competente, obedecido às formas e às finalidades delineadas pela lei, tendo por objeto atuação lícita e com motivo legal, deva,

ainda, estar harmonioso com a moralidade administrativa (FRANCO SOBRINHO, 1992).

É, deste modo, nítido o condicionamento da atuação administrativa ao preenchimento do princípio norteador a que se convencionou chamar de moralidade administrativa. A atuação da Administração Pública, através de seus *longa manus*, deve ocorrer de modo a concretizar a atingir a finalidade pública, mas sempre de forma ética, leal e justa. Afastam-se arbítrios, práticas ilegais e desonestas, para que se tenha apreço por um tratamento legítimo da coisa pública. É, de fato, o respaldo dos princípios democrático e republicano. Em suma:

(...) a vontade administrativa, quando querida e coordenada, não se consuma com base no arbítrio. Daí a necessidade dos elementos que integram na unidade de um determinado ato, ato esse sujeito a determinantes subjetivas e objetivas que limitam a livre manifestação ou que estabelecem deveres de uma parte e de outra. (FRANCO SOBRINHO, 1992, p. 249)

É por isso que não pode a moralidade ser entendida meramente enquanto um valor subjetivo e mutável, especialmente levando em conta que, caso fosse assim, abrir-se-ia espaço para seu uso como legitimador de condutas estatais que refletissem não o interesse público, mas os valores pessoais do administrador. Seria um instrumento pronto para autorizar abusos e este não foi o intuito que ensejou sua gênese. Nessa linha, o ex-ministro do STF, Eros Grau, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026, trata de estabelecer – ou melhor, identificar – um liame entre a moralidade, a ética e a legalidade, trazendo em seu voto um aparente norte para facilitar a interpretação de um princípio tão vago e cujo conceito escapa muitos doutrinadores:

[...] a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Assim compreendemos facilmente esteja confina-

do, o questionamento da modalidade da Administração, nos lindes do desvio de poder ou de finalidade. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da legalidade pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro, a ambos os princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional. (BRASIL, 2006, p. 11 do voto do relator)

Note-se que o ministro identifica esse vínculo intrínseco entre os princípios – a se falar em verdadeira dependência da moralidade para com a legalidade – com o nítido intuito de afastar ou ainda rechaçar qualquer interpretação que autorizasse o uso da moralidade como escudo para desvirtuamento de atos, recursos ou do próprio respaldo público.

Em suma, portanto, pelo princípio da Legalidade, expandido em princípio da submissão à ordem jurídica, conforme Sundfeld (2009, p. 158), o Estado “está proibido de agir contra a ordem jurídica” e, também, “todo poder por ele exercido tem sua fonte e fundamento em uma norma jurídica.” Em perspectiva semelhante, informa Moreira Neto que “[a] substância da legitimidade [...] está na axiologia que suporta um sistema juspolítico; o conjunto de valores que, aceitos, é capaz de gerar um onímico poder social que, até certo ponto, poderá minimizar o exercício de sua expressão física - a força.” (1998, p. 8). Já a moralidade, esta é “um conjunto de regras extraídas da disciplina interior da administração pública.” (MELLO, 2004, p. 99). Disso tudo se extrai que a moralidade administrativa representa reflexo da legalidade, uma vez que corresponde a uma inferência da logicidade que aquele princípio institui sobre as condutas estatais.

Diga-se que a valorização da moralidade no ordenamento pátrio é tão grande que, embora se preveja a iniciativa privativa a competência do chefe do Poder Executivo para dar impulso ao processo legislativo quanto a questões relacionadas a servidores públicos, Art. 61, § 1º, CF, o STF já entendeu não ser privativa de tal autoridade a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na administração pública (BRASIL, 2014).

Fica é nítido o carinho que o sistema jurídico brasileiro possui pelos princípios da legalidade e da moralidade. Dito isso, a progressão lógi-

ca do debate leva a que se discuta o regime a que submetidas as estatais, perpassando, antes disso, pelo conceito de cada uma das modalidades, e entendendo a jurisprudência pátria sobre o hibridismo a elas inerente.

2 QUEM SÃO AS EMPRESAS ESTATAIS?

A atuação estatal no âmbito econômico – e usa-se a terminologia “atuação”, de forma mais cientificamente adequada, em detrimento de “intervenção”, tendo em vista aquela debitar a ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo, enquanto esta última traduz a ideia de conduta que diga respeito a atividade econômica em sentido estrito – dá-se tanto pela prestação de serviços públicos quanto pelo exercício de atividade econômica em sentido estrito. Para promover essa atuação, na forma de prestação de serviços públicos e na de exploração de atividade econômica, o Estado lança mão das Empresas Estatais.

A exploração econômica, pelo Estado, ou seja, o exercício por parte deste de atividade econômica em sentido estrito, só ocorrerá nas hipóteses constitucionalmente previstas e, cumulativamente, quando tal exploração for primordial aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse público, na forma em que delineados em lei. Afasta-se, portanto, como regra, a concepção do Estado empresário, para tornar exceção – e não regra! Pelo menos na teoria – a exploração econômica por parte dele (GRAU, 2015).

Ao exercer a atividade empresária, o Estado, dentro das condicionantes trazidas pela própria constituição, que afastam o exercício irrestrito, por parte deste, de atividades econômicas, limitando-as às hipóteses expressamente previstas (quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, ou, ainda, se autorizado pela Constituição Federal, na dicção exata do art. 173, CF), atuará na busca do interesse público. Nesse caso, de imediato deve-se promover uma compatibilização da noção de “atividade empresária” com o regramento especial que sujeita e limita a atuação estatal. Ou seja, a própria definição de “atividade empresária” abre espaço e sofre máculas para que seja adequada aos ditames que a finalidade pública, norte da atuação estatal, impõe.

Inicialmente, acerca da atividade empresária, cumpre informar que sua marca distintiva é “a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção” (COELHO, 2012, p. 39). Assim, na ocasião de se considerar que o exercente de tal atividade é a Administração Pública, tomada em seu sentido objetivo, essa atividade será encarada por um novo prisma, segundo o qual os caracteres que a integram se curvam face ao interesse público. E isso devido o fato de que a Administração Pública existe para alcançar a finalidade pública, conforme determina a inafastável Supremacia do Interesse Público. O finalismo atribuído à atuação estatal, quando do exercício da atividade empresária, é vislumbrado por Souza:

Um dos principais instrumentos das constituições econômicas é o exercício de atividade empresarial pelo Estado. E isso se dá em busca de dois objetivos: inicialmente, ao desenvolver atividade empresarial, é possível ao Estado intervir no campo econômico, direcionando força econômica das suas atividades à promoção do desenvolvimento e à efetivação de direitos; além disso, o exercício de tal atividade gera, em regra, lucros, que podem ser utilizados na implementação direta de medidas que efetivam direitos. (2018, 19-20)

Desta forma, até mesmo quando atua sob o manto do direito privado, mitiga-se a busca pelo lucro e este possui vinculação específica à promoção do desenvolvimento nacional e social, em conformidade com os objetivos constitucionais estabelecidos no art. 3º, e à concretização dos direitos delineados na Carta Magna. Em virtude disso, mesmo que seja possível uma certa atenuação das burocracias públicas em prol de assegurar uma paridade de armas entre as estatais e as demais pessoas jurídicas presentes no âmbito privado, essa flexibilização essencial não afetará o núcleo essencial de normas regentes da esfera pública.

Posto isso, faz-se necessário compreender a noção de “Empresa Estatal”, suas espécies e sua posição enquanto instrumento que o Estado utiliza para atuar no domínio econômico. Ademais, é essencial entender o regime jurídico peculiar e flexível a que submetidas, para, posteriormen-

te, verificar a possibilidade ou não da flexibilização das normas públicas e de toda a estrutura pública a que submetidas no tocante à criação de cargos em comissão por intermédio de mero ato da autoridade administrativa, em vez da incidência da legalidade norteadora da administração.

2.1 Conceito de empresa estatal, a questão do regime híbrido e a derrogação das normas de direito privado

O Estado pode promover as atuações referentes a suas atribuições constitucionais tanto de forma concentrada, quando as exerce por si mesmo, sem estabelecer setores ou divisões internas, dentro de seu próprio corpo, quanto desconcentradamente, hipótese na qual criam-se órgãos, centros de atribuições despersonalizados, dentro de sua estrutura interna, para esquematizar e permitir uma otimização de suas condutas. Pode, ainda, seguindo os ditames estabelecidos tanto pela Constituição quanto pela legislação, criar novas figuras, as quais possuem personalidades jurídicas, patrimônio e pessoal próprios. São as entidades integrantes da administração indireta, quais sejam, as Autarquias, as Fundações Públicas, de direito público e de direito privado, e as Empresas Estatais, gênero no qual encontram guarida as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas. Trata-se de uma distribuição externa de competências, um fenômeno que se convencionou chamar de “descentralização administrativa”.

Empresa estatal, portanto, é o gênero do qual são espécies as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista². Como integrantes

2 É majoritário na doutrina distinguirem-se a Empresa Pública da Sociedade de Economia Mista com base nos seguintes fatores: quanto à modalidade societária, a Empresa Pública poderá adotar qualquer das modalidades previstas em direito; por outro lado, a Sociedade de Economia Mista só poderá adotar a forma de sociedade anônima. Já quanto ao capital social, as Empresas Públicas serão constituídas de recursos oriundos de pessoas de direito público interno ou de pessoas de suas administrações indiretas. Nas Sociedades de Economia Mista, por outro lado, haverá a conjugação de capitais públicos e privados, mas com a prevalência acionária votante da esfera governamental. Por fim, os feitos em que Empresas Públicas federais forem partes, excetuadas as hipóteses constitucionalmente previstas, serão julgados pela justiça federal, não havendo previsão semelhante para as Sociedades de Economia Mista (MELLO, 2010).

da administração indireta, surgem como instrumentos de intervenção do Estado na Economia, de forma que apenas é legítima a exploração estatal de atividade econômica nas hipóteses estritamente permitidas pela Carta Política e nos casos que envolvam relevante interesse coletivo ou segurança nacional.

Embora as duas figuras possuam natureza de direito privado, cumpre mencionar que as disposições de direito público – certas limitações enquadradas no desenho que o constituinte fez acerca da administração pública – derogam o regime privado a que sujeitas. Afastam-se, parcialmente, as normas que costumam regular a atuação dos particulares em geral, havendo de se falar, no caso desses entes, de um verdadeiro hibridismo normativo (CARVALHO FILHO, 2019). Continuam pessoas jurídicas de direito privado, mas percebem o impacto da principiologia do art. 37, CRFB, que sujeita a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes dos entes federados aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, após a emenda da reforma administrativa, também ao princípio da eficiência.

Dito isso, é necessário compreender o conceito de cada espécie de estatal, para identificar as especificidades dos regimes a que sujeitas e das regras que as regem. Segundo o Estatuto das Estatais, Lei nº 13.303/16, Empresa Pública é (Art. 3º) “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.” (BRASIL, 2016). Por outro lado, o mesmo diploma dispõe serem as Sociedades de Economia Mista entidades detentoras de personalidades jurídicas também de direito privado, cujas criações serão autorizadas por lei, em conformidade com a CF, e criadas sob a forma de S/As, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria a um determinado ente federativo ou a entidade da administração indireta.

A conceituação trazida pelo *retro* evidenciado diploma revela a derrogação de disposições presentes no Decreto-Lei 200/67 e a expansão expressa da possibilidade de criação dessas entidades para entes federativos menores, uma vez que o mencionado Decreto-Lei apenas previa que essas figuras seriam criadas pela União. A inovação serve apenas para

tornar legalmente expresso o que já era ecoado na doutrina, no sentido da possibilidade de outros entes federativos as criarem.

A conceituação de ambas as espécies e a situação a que sujeitadas (serem mecanismos de atuação estatal no âmbito privado) evidencia um liame nítido entre o regime híbrido, já anteriormente pontuado, que a elas é aplicável e a presença estatal na coordenação delas. Dito de outra forma, a presença do Estado nesses empreendimentos impõe a adoção de disposições tanto públicas quanto privadas, impedindo a incidência de uma só esfera.

A partir disso, conclui-se, inicialmente, que não é possível aplicar, de forma pura, as disposições incidentes sobre os demais empreendimentos e as demais figuras de regime puramente privado, sob pena de violar os ditames primordiais da Carta Magna. Nessa toada, análise reduzitiva, que contempla esses termos de forma sintética, é apresentada por Malferrari:

Empresas públicas geralmente têm regras legais relacionadas ao grau de controle que se tem sobre elas. A crença de que a flexibilidade, para a tornada de decisão e ação para as empresas públicas, é semelhante àquela encontrada nas empresas privadas tem sido no passado um fator levado em consideração, no que se refere ao grau de controle que o sistema político exerce sobre estas organizações. Assim sendo, se urna atividade é considerada necessária o suficiente para ser controlada, menor autonomia é concedida à empresa. Isto é, quando controles rígidos são impostos, estas organizações não possuem um grau de autonomia similar ao que as organizações privadas têm. (1996, p. 22)

Na análise do autor, que utiliza a expressão “empresas públicas” como o gênero “empresas estatais”, para designar tanto a espécie empresas públicas (“stricto sensu”) quanto a espécie “sociedades de economia mista”, o regime jurídico a que submetidas as estatais varia em conformidade com o grau de controle exercido pelo Estado sobre elas (ou seja, de acordo com o objetivo por elas buscado, se aproximam mais ou menos do regime privado). No entanto, independentemente da proximidade maior ou menor do regime jurídico a que submetida determinada estatal

e o regime público puro, tem-se que essas figuras, indubitavelmente, terão a autonomia privada, a que submetidas as entidades de direito privado não integrantes da administração pública indireta, tolhida em certa parte. Diferentemente de uma empresa totalmente privada, as estatais deverão, por exemplo, licitar para adquirir os insumos e bens de vida que servirão à prestação do serviço ou para a exploração da atividade econômica que existem como escopos motivadores da criação das referidas estatais. Ademais, por expressa previsão legal, não se aplicam a essas pessoas jurídicas as disposições presentes na Lei de Falências, Lei nº 11.101/05, de conformidade com o que prevê expressamente seu art. 2º, I (BRASIL, 2005). E mais: há um fator distintivo fundamental que separa as Estatais das pessoas jurídicas de direito privado sem vínculo com o Estado, qual seja, a finalidade essencial de lucro. Ou seja, a busca pelo lucro, no caso das estatais, será mitigada. Isso porque deverão elas dobrar-se aos ditames do interesse público (JUSTEN FILHO, 2016). Aponta no mesmo sentido a jurisprudência pátria. Como ressalta, nos autos do Recurso Extraordinário nº 577.494, Paraná, o Ministro Edson Fachin:

[...] a tônica dessas entidades é a produção e a distribuição de bens e serviços, com a finalidade de concretização dos direitos fundamentais dos administrados, à luz das necessidades públicas, e não de lucrar propriamente, nada obstante o lucro também seja uma variável relevante de uma gestão responsável. (BRASIL, 2018b, p. 6 do voto do Relator)

Pode-se dizer, deste modo, e sem sombra de dúvida, que essas pessoas jurídicas obedecem aos princípios regradores da dinâmica administrativa. Submetem-se, pois, à legalidade, à impessoalidade, à moralidade, à publicidade e à eficiência, estabelecidas pelo art. 37, CRFB (BRASIL, 1988). Ademais, a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções públicos também alcança os agentes dessas empresas, resguardadas as exceções constitucionais. Serão criadas essas entidades, além disso, apenas havendo autorização legislativa e estarão sujeitas ao controle estatal. O arremate é, justamente, o dever de realização de concurso público para preenchimento de seus quadros (em regra). É evidente, portanto, que a admissão de empregados públicos não é livre, sendo submetida, em

geral, aos grilhões do concurso público (MELLO, 2010). Esses empregados estarão submetidos ao regime celetista, próprio das pessoas jurídicas de direito privado, por expressa previsão constitucional (art. 173, § 1.º, II, CRFB). Serão, ainda, considerados agentes públicos, para fins penais, e submetidos ao alcance da Lei de Improbidade Administrativa, conforme determinam, respectivamente, o Código Penal e a Lei nº 8.429/92 (OLIVEIRA, 2020).

Cumprе frisar que tem recaído sobre a jurisprudência pátria identificar, através dos interesses que ensejaram a criação de determinada pessoa jurídica integrante do gênero empresa estatal e também por meio da atividade por ela exercida, a proximidade maior ou menor do regime público e a incidência ou não das benesses aplicáveis à Fazenda Pública. É o caso, por exemplo, do dever jurídico, imposto pela jurisprudência da Corte à ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998, Estado do Piauí (BRASIL, 2013). No dito julgamento, a Corte Constitucional reconheceu expressamente a flexibilização do regime trabalhista pelo administrativo, nos termos do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski:

O fato de a CLT não estabelecer previsão quanto à realização de concurso para a contratação de pessoal destinado a integrar o quadro de empregados das referidas empresas, significa que há uma mitigação do ordenamento jurídico trabalhista, o qual se substitui, no ponto, por normas de direito público. Isso porque as referidas entidades, como é cediço, integram a Administração Indireta do Estado, sujeitando-se, em consequência, aos princípios contemplados no art. 37 da Carta Federal. (BRASIL, 2013, p. 4 do voto do relator)

O voto do relator constata e ratifica a visão da doutrina já consolidada em solo pátrio. Afasta-se o puro arbítrio na gestão da coisa pública e amarra-se a atuação do administrador aos ditames constantes da Carta Política e cujo alcance rege a Administração Indireta em sua totalidade. O magistério de Bandeira de Mello robustece essa visão jurisprudencial,

fundamentando a dualidade a que submetidas essas entidades de forma extremamente lúcida:

Segue-se que entidades constituídas à sombra do Estado como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade no dispêndio destes recursos quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham. Isto só é possível quando existam mecanismos de controle internos e externos, suscitados quer pelos órgãos públicos, quer pelos próprios particulares, na defesa de interesses individuais ou da Sociedade.(2010, p. 197)

É nítida, assim, a sujeição das entidades da administração indireta, nesse coletivo incluídas as empresas estatais, inclusive as exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, aos ditames basilares do direito público, pensados para permitir um maior controle social e jurídico do Estado pelos súditos e pelos demais mecanismos criados pela ordem jurídica para limitar ou mitigar a prática de abusos. A partir disso, é necessário entender o princípio do concurso público enquanto regente do Estado e cujo alcance atinge todas as entidades da administração indireta do ente federativo a que pertencerem, para verificar se o concurso público é, de fato, a regra e o que o excepciona.

2.2 O Concurso Público

O Concurso Público é instrumento de garantia da isonomia, ao abrir a todos a possibilidade de ingresso nos quadros da Administração Pública após aprovação em avaliação por critérios objetivos. É regime meritocrático de escolha. Ademais, acaba reforçando o finalismo público que deve ser buscado pelo Estado, ao incluir, na Administração, elementos competentes e capazes, e afastando condutas através das quais gestores públicos incluem, nos quadros de pessoal das instituições que

regulam, indivíduos sem adequados atributos, com intuítos corruptos, dissonantes da impessoalidade que rege o Estado.

O Concurso Público surge, dessa forma, como reflexo nítido de uma série de princípios regentes da Administração Pública, como a impessoalidade, a isonomia e a finalidade pública. Isso fica mais claro ao se avaliar a justaposição entre o regime meritocrático, que, embora falho, ainda é o mais próximo da garantia de uma seleção isonômica de indivíduos aspirantes aos diversos cargos públicos dispostos a preenchimento, e o regime que permite a livre-escolha, pelo administrador, de seus agentes, o qual permitiria que se contemplasse, muito provavelmente, a prática de escolhas ímprobas. Assim esclarece Nohara acerca dos objetivos do sistema de seleção eleito pela Carta de Outubro como regra para a Administração Pública:

[...] as regras de admissão ao serviço público por concurso visam garantir o sistema do mérito (merit system), em detrimento da partilha de cargos pelo patriarcalismo, filhotismo, corrupção ou negociatas de vendas de cargos públicos e feituas de contrato em spoil system (sistema de despojo e partilha). (2019, p. 306)

A obrigatoriedade da promoção do concurso público, em muitos aspectos, pode ser entendida como as algemas que, em conjunto com a perspectiva restritiva de legalidade, vieram para aplacar a atuação do gestor público. E isso tendo em vista que o próprio nome já indica que o gestor público está apenas a tomar de conta, temporariamente, da coisa pública. Não se trata de uma titularidade dos bens e do patrimônio público, mas apenas de um gerenciamento. Essa confusão recorrente que acomete os gestores é nítida em casos como os que ensejaram o STF a se manifestar no sentido da obrigatoriedade da observância da estrita ordem de classificação dos aprovados em concursos públicos no enunciado de Súmula nº 15. Para ter sido necessário à Corte se pronunciar sobre questão deveras óbvia, fica evidenciado o risco a que se sujeitam os súditos se desconstituídas limitações como essa.

Respalhada doutrina reforça a visão de que o Concurso Público consagra legítimo instrumento de um início de garantia da isonomia ma-

terial garantida pela Lei das Leis. É a visão, por exemplo, de Grau, para quem o dever de licitações e a condicionante do ingresso de agentes públicos nos quadros permanentes por meio de exame que ateste a capacidade dos candidatos representam garantias para que se evitem arbítrios por parte dos gestores (GRAU, 2015). Segundo o autor:

A licitação [...] é um procedimento que visa à satisfação do **interesse público**, pautando-se pelo princípio da **isonomia**. Seu fundamento, bem assim o dos concursos públicos, encontra-se no **princípio republicano**. Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia forma da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avançar, mas também aos cargos e funções públicas. (GRAU, 2015, p. 104, grifos do autor)

Não obstante isso, o concurso público encontra suas exceções no próprio texto constitucional. Citem-se as hipóteses de ingresso de magistrados pelo chamado “quinto constitucional”, asseguradoras de legitimação democrática de um poder costumeiramente técnico, através das quais membros do Ministério Público e advogados poderão ingressar nos quadros dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, por meio de indicação pelos órgãos representativos das classes respectivas (art. 94, CF). Há, ademais, a ocupação dos cargos dos Tribunais Superiores, também por nomeação, sem a ocorrência de exame objetivo dos candidatos. A mais notória dessas exceções, todavia, é a referente aos ocupantes dos cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CRFB).

Cargos em comissão são aqueles cujos titulares ingressam através de livre nomeação da autoridade a quem a lei confere a referida competência, podendo ser, igualmente, exonerados “*ad nutum*” (BARCELLOS, 2018). Odete Medauar identifica a relação de confiança estabelecida entre a autoridade nomeante e o indivíduo exercente do cargo em comissão e apresenta os requisitos para a criação de tais cargos:

O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade. Esse cargo, também denomina-

do cargo de confiança, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança, por exemplo: o cargo de Ministro de Estado. Os cargos em comissão, sendo cargos públicos, são criados por lei, em número certo; a própria lei menciona o modo de provimento e indica a autoridade competente para nomear, usando, por exemplo, a expressão seguinte: “de livre provimento em comissão pelo Presidente da República”. (2018, p. 271)

A síntese de Medauar, no rastro do que dispõe a legislação e a Carta Maior, é oportuna, por permitir que se extraiam caracteres essenciais a essas funções peculiares. A presença da relação de confiança entre a autoridade, a dispensabilidade da realização de concurso público para ingresso nesta específica atribuição, bem como a possibilidade de exoneração do agente de forma livre, ressaltado, pois, elemento essencial a essa dinâmica incomum: a temporariedade. A autora ainda assegura que estes serão criados por lei, em virtude do respaldo ao princípio da legalidade que é visto por todo o corpo da constituição.

Tendo em vista a excepcionalidade dessa forma de ingresso, posto configurar uma burla – ainda que legítima – ao concurso público, bem como a perspectiva de que há um espaço tremendamente grande de discricionariedade para a nomeação, por parte da autoridade, é evidente o risco que ela apresenta. Um gestor mal intencionado pode abusar das formas e, usando de cargos legitimamente criados, ou até mesmo criando cargos por lei, com aspecto de legitimidade, mas sem observância das hipóteses que ensejam a origem de tais vagas excepcionais, transformar o órgão público, a entidade ou até mesmo o ente federativo que comanda em um “cabide” de comissionados, prezando menos pela qualidade dos agentes estatais e mais por seus interesses individuais.

O STF, a esse respeito, já foi retirado de sua inércia para que se manifestasse acerca da legitimidade da criação de determinados cargos em comissão em diversas vezes. Em decorrência disso, eventualmente,

em sede de Repercussão Geral, no Tema nº 1.010, no Recurso Extraordinário representativo de controvérsia nº 1.041.210, de São Paulo, estabeleceu critérios que justificam a originação de tais cargos. Fixou-se, assim, a seguinte tese:

I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. (BRASIL, 2018a, s. n.)

A partir da interpretação constitucional do tema, atribuída pela Suprema Corte, é possível notar o abuso que tem ocorrido no uso desses cargos dentro dos corpos administrativos pátrios, tanto como substitutivos de servidores públicos quanto como moedas de barganha política. A situação chegou a tal ponto que o STF teve que estabelecer como baliza o que já vinha descrito na Constituição de forma expressa: as atribuições dos cargos em comissão se referem a atividades de direção, chefia e assessoramento. Não devem, portanto, servir como substitutos de servidores nem como meras previsões normativas criadas para que indivíduos que não fazem absolutamente nada possam receber remunerações custeadas com valores públicos.

A necessidade de criação desses cargos em comissão por lei advém não apenas da legalidade, imponente e poderosa ferramenta criada pelo Constituinte para controlar o Estado, mas também em decorrência dos riscos que esses cargos, esses espaços existentes nos corpos da Administração Pública, representam. Por intermédio da legalidade, garante-se, pelo menos em tese, que seja possibilitada uma análise colegiada, na forma das casas legislativas, sobre a criação daquele ou daqueles cargos determinados. Tem-se, desse modo, verdadeiro controle externo dos in-

teresses públicos por parte do legislativo, a quem caberá, em sua análise, analisar a legitimidade de tal origem. Tendo em vista isso, parece, inicialmente, não haver espaço para a criação de cargos em comissão por instrumento outro que não por lei, ainda que dentro de uma Empresa Estatal exploradora de atividade econômica, pessoa jurídica na qual são admitidas flexibilizações pontuais do regime público e uma aproximação maior do regime privado. Essa discussão, todavia, será devidamente expandida quando forem conjugadas duas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, conflituosa entre si, acerca do tema.

3 CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO PELAS EMPRESAS ESTATAIS

Conforme previamente discutido, o regime das empresas estatais, embora estas detenham feição de direito privado, apresenta certa dinamicidade, a se levar em conta consistirem de pessoas jurídicas cujo escopo seja o de explorar atividade econômica ou, por outro lado, o de prestar serviço público, variando a derrogação incidente no regime privado pelo público conforme é maior ou menor a proximidade do objeto da atuação de tais figuras ao direito público. Tem-se, dessa forma, um regime privado mais próximo do público – ou seja, mais normas de âmbito privado derogadas por normas de direito público – conforme a atividade desenvolvida seja mais relevante ao interesse público, a exemplo da prestação de serviços públicos e da exploração de atividade econômica em regime de monopólio.

Dito isso, embora haja certo espaço de variação entre os regimes a que sujeitas essas figuras, dentro do parâmetro mencionado, certos aspectos sempre serão distintivos, se comparados à realidade puramente privada. Nesse sentido, a necessidade de aprovação em concurso público como regra para o ingresso nos quadros das estatais, o dever de licitação, a obediência aos princípios públicos regentes da administração direta e da indireta, até mesmo a busca pelo interesse público, que inclusive mitiga o objetivo de lucro que empresários geralmente possuem, todos esses caracteres são fatores de *discrimen* aptos a diferenciar, distinguir, as estatais das pessoas jurídicas de regime puramente privado. E isso porque essas

entidades não são um fim em si mesmas. Elas não surgem simplesmente pelo arbítrio do administrador. A criação delas se dá pela existência de um motivo que a enseje. Desta forma, diz-se que possuem um caráter instrumental, por serem mecanismos de que lança mão o Estado para alterar a realidade social. É semelhante a conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello, a reconhecer que essas figuras

[...] são, essencialmente, instrumentos personalizados da ação do poder público. [...] Todas estas figuras, sem exceção, consistem, fundamentalmente, em veículos personalizados de sua atuação. Se não o fossem, o Estado ou pessoa de sua administração indireta não teriam por que criá-las ou, então, assumir-lhes a prevalência acionária votante e delas se servir para a realização de escopos seus. Assim, a marca básica e peculiar de tais sujeitos reside no fato de serem coadjuvantes dos misteres estatais; de se constituírem em entidades auxiliares da administração. Nada pode desfazer este signo insculpido em suas naturezas, a partir de instante em que o poder público as cria ou lhes assume o controle acionário. (1985, p. 1, grifo meu)

Em virtude disso, há certa dissonância em âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de criação de cargos em comissão dentro do corpo de empresas estatais por mero ato administrativo, em burla à legalidade estabelecida como regra para a Administração Indireta. Conjuga-se a oxigenada atuação privada, que exige condutas rápidas para responder aos anseios do mercado, com a ainda morosa e burocrática – embora mais célere e eficiente que em tempos pretéritos – ação estatal, instigando interessante debate acerca de, basicamente, qual valor seria prevalente para justificar a adoção de determinada corrente. Se valorizada a livre iniciativa e a livre concorrência, entendendo pela legitimidade da flexibilização da legalidade quanto à criação dos cargos em comissão por ato da autoridade gestora da pessoa jurídica, arrisca-se o desvirtuamento de entidade integrante da administração indireta; por outro lado, optando pela manutenção da legalidade, exigindo-se lei para que seja criado o referido cargo comissionado, corre-se o risco de tornar a estatal pouco competitiva e de colocá-la em desvantagem na dinâmica concorrencial.

No âmbito do TST, Corte Superior a que a Carta Política atribuiu a voz última acerca de conflitos laborais, é possível identificar essa ausência de pacificação, o que é relevado por julgados conflitantes de duas das turmas que compõem aquele órgão colegiado acerca da matéria posta em análise.

3.1 As visões conflitantes em âmbito de TST

A organização do sistema judiciário pátrio estabelece uma série de critérios para que se determine a qual figura jurisdicional cabe julgar determinada lide. Desta forma, a matéria sobre o que versa a discussão, os integrantes dos polos da ação, o valor atribuído à causa, todos esses fatores servem para nortear identificação de a quem será atribuída a competência para promover a pacificação social no caso concreto. Da Constituição, colhe-se caber à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 114, I, CF). Sem prejuízo da previsão constitucional expressa, o STF tem abrandado o alcance da competência da Justiça laboral quanto aos servidores públicos estatutários. Como colocado pelo Ministro Alexandre de Moraes, nos autos da ADI 3.395/DF, a interpretação de tal dispositivo “deve excluir os vínculos de natureza jurídico-estatutária, em razão do que a competência da Justiça do Trabalho não alcança as ações judiciais entre o Poder Público e seus servidores” (BRASIL, 2020, s.n.).

Desta interpretação, então, decorre a competência justrabalhista para a análise de causas a que sujeitos empregados públicos, neste âmbito tanto os empregados que ingressaram nos quadros das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta por meio de concurso público quanto os empregados públicos em comissão. Assim, constata-se competente a Justiça do Trabalho para se manifestar em tais casos, dada a aparente prevalência da relação empregatícia em detrimento de eventual ou tênue liame administrativo entre empregado público e Administração Pública.

No exercício de dita competência, foi posta, em mais de uma vez, à apreciação do colegiado do TST, questão referente à validade ou não de ato administrativo de criação de cargo para provimento em comissão, na estrutura de estatal. Problemas surgem, todavia, pela dissonância entre as posições lá adotadas, nas diversas Turmas da Corte.

No âmbito da Segunda Turma, em julgamento cujo voto vencedor foi do Ministro Renato de Lacerda Paiva, o Recurso de Revista 12800-57.2008.5.10.0008, a análise foi pela impossibilidade da criação de emprego público em comissão, ressalvando-se que, mesmo sendo admitida tal figura pitoresca, dever-se-ia ter lei específica declarando de livre nomeação e exoneração os cargos em comissão criados pela Administração Pública Indireta. Conforme a explanação do Ministro:

[...] **A ausência de remissão expressa do legislador a respeito da figura jurídica do emprego em comissão obsta a interpretação ampliativa do que foi consignado na norma constitucional, mormente quando a matéria concernente ao cargo e emprego público é tratada de forma distinta pelo ordenamento jurídico, não sendo possível admitir que o legislador, tratando especificamente de um determinado instituto, também o tenha feito em relação àquele que não foi objeto de referência.** [...] ainda que seja admitida a nomeação para “emprego em comissão”, com fundamento na parte final do artigo 37, II, da CF/88, referido dispositivo exige, para validade daquele ato, que o “cargo em comissão” seja “...declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Portanto, **a validade da nomeação para cargo ou emprego “em comissão” exige, necessariamente, a existência de lei que o declare de livre exoneração.** (BRASIL, 2014b, s.n., voto do Relator, grifo meu)

A conclusão do colegiado, neste julgado, esposou o entendimento de que, ausente previsão constitucional autorizativa da criação de tais cargos, os empregos públicos em comissão, estes sequer poderiam ser gerados, sob pena de prática ilegítima se analisada sob a sombra da Constituição de 1988. Não obstante, ainda que admitidos, exigir-se-ia lei para

que criados, posto que, de outra forma, violar-se-ia o dever de concurso público e o princípio da legalidade. Por outro lado, a 6ª Turma do mesmo Tribunal já proferiu julgamento em sentido contrário, colaborando para a incitação da celeuma. No julgamento do Recurso de Revista nº 938-10.2013.5.10.0010, de relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda, evidenciou-se:

[...] o art. 61, § 1º, II, “a”, da CF não impõe a edição de lei para criação de empregos no âmbito da Administração indireta, exceto quanto às autarquias. E se não há necessidade de autorização legal para criação de empregos nas sociedades empresárias do Estado, também não dever haver para criação de empregos comissionados. [...] se há na Carta de 1988 previsão de existência de cargos públicos comissionados para a Administração direta e autárquica (ambiente em que a atuação do Estado não requer o dinamismo que caracteriza o regime de competitividade e de livre concorrência ao qual submetidas as empresas privadas e as estatais), e se se depreende do texto constitucional a desnecessidade de edição de lei para preenchimento dos empregos públicos nos entes empresariais do Estado, é de se concluir, sobretudo à luz do art. 173, § 1º, II, da CF, que é possível a criação de empregos públicos comissionados sem o necessário concurso do processo legislativo. (BRASIL, voto da Relatora, 2017, s. n.)

No referido julgamento, discutia-se sobre a legitimidade da criação de empregos públicos em comissão no âmbito da HEMOBRAS, estatal federal, criada mediante autorização da Lei nº 10.972, de 2004, visando a explorar diretamente atividade econômica na produção industrial de hemoderivados. Narrava-se situação na qual desde a criação da entidade, em 2004, só havia ocorrido um concurso público, sendo mantidos, no entanto, diversos “empregos em comissão”, por quase dez anos, alguns até mesmo promovendo a execução de funções técnicas. Há menção até mesmo de que, em dado momento, a estatal só teve empregados comissionados (BRASIL, 2017).

É interessantíssima tal posição, adotada no julgamento de 2017. Isso porque ela respalda posição anteriormente firmada pela jurisprudência

pátria, quanto a estabelecer certas exceções às regras administrativas, conforme a variação do hibridismo inerente às estatais. Ou seja, a jurisprudência havia consolidado que, conforme mais próxima a estatal do âmbito privado, menos regras administrativas teria que observar. A título de exemplo, em momento pretérito à regulamentação do Art. 173, § 1º, CF, por parte do legislador, o que se deu na forma da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, Lei das Estatais, o entendimento do TCU apontava para uma flexibilização do dever constitucional de licitação, diferenciando-se as atividades-meio das atividades-fim das estatais com o intuito de viabilizar maior competitividade entre as figuras integrantes da administração indireta e suas rivais, pertencentes ao âmbito exclusivamente privado. Para aquele Tribunal:

[...] enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, **as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles inseridos no referido Estatuto Licitatório; [...]** (BRASIL, 2004, s. n., voto do relator, grifo meu)

Prezava-se por uma compreensão que afastava a literalidade constitucional em prol da garantia de um dos nortes da ordem econômica: a livre concorrência (Art. 170, IV, CF). Com o advento da regulamentação, todavia, tem ecoado pela doutrina uma perspectiva que identifica verdadeira mitigação da hibridez de regimes no tocante a essas entidades, hibridez essa que antes era vista como consolidada. E isso em virtude do fato de a Lei 13.303, de 2016, não ter feito a distinção, quando da expla-

nação de seu escopo, entre estatal exploradora de atividade econômica e estatal prestadora de serviço público³.

Sem prejuízo dessa aparente superação legislativa, a distinta incidência das normas administrativas, conforme o objeto da estatal, continua a ser uma realidade, que já existe há muito tempo no ordenamento tupiniquim. Na dicção do ex-ministro do STF, Sepúlveda Pertence, em voto de sua lavra, proferido nos autos da ADI nº 83, na qual se discutia a constitucionalidade de disposição de ADCT presente na Constituição Estadual de Minas Gerais, a qual impunha a extensão, aos salários dos empregados públicos do estado, do que havia sido determinado com relação aos vencimentos de servidores públicos, reconheceu-se o hibridismo tanto aqui discutido, bem como identificou-se sua origem a partir da Constituição de 1969:

O maior ou menor influxo de normas de Direito Público – e, pois, sendo o caso, de normas estaduais ou municipais –, tanto no regime estrutural, quanto nos regimes funcionais interno ou externo, das empresas do Estado [...], tem a ver com a distinção, de que também tem [sic] se ocupado os nossos publicistas, entre empresas estatais prestadoras de serviço público de um lado, e, de outro, às destinadas à intervenção estatal na economia pela exploração direta de atividade econômica [...]. Essa dicotomia das empresas públicas ou mistas, segundo o respectivo objeto – que ingressara no texto constitucional com o art. 170, § 2º, da Carta de 69 –, continua presente na Constituição de 88 [...]. (1991, p. 16-17 do voto do Relator)

É tentador justificar a desnecessidade de lei para a criação de empregos públicos em comissão. Aliás, a própria razão de existirem as estatais parece apontar para esse rumo. Ora:

3 Segundo o art. 1º, Estatuto das Estatais, “Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.”

[a] técnica empresarial [...] caracteriza-se justamente por consistir na “organização flexível dos fatores de produção”, com a “maleabilidade necessária e suficiente para responder às mutáveis exigências de seu entorno”. Assim, a liberdade e a agilidade para lidar com as variáveis de mercado fazem com que este modelo organizacional seja o ideal para o desenvolvimento de atividades econômicas. O fato é que ao utilizar a estrutura empresarial, o Estado busca incorporar estas características à sua atuação. Esta “despublicização” consiste na dispensa de “certos condicionamentos inerentes ao regime de direito público”, especialmente de processos burocráticos limitadores da eficiência. A possibilidade de tal utilização, inclusive, é lógica, pois não se vê sentido em atribuir ao Estado o dever de exercer determinada atividade se não lhe forem dotados os meios adequados para tanto. [...] (SOUZA, 2018, p. 23)

Todavia, não se pode olvidar que, embora haja, de fato, a mitigação de certas disposições administrativas em prol de uma atuação mais liberta na esfera privada, não há total afastamento do regime administrativo. Ele ainda permanece, mesmo que não tão incidente quanto nas estatais prestadoras de serviços públicos. A jurisprudência também acompanha essa perspectiva, estabelecendo grilhões à exploração econômica por parte do Estado para atribuir a esta um finalismo que a legitime, como se vê no Recurso Extraordinário nº 577.494, Paraná:

Da leitura da Constituição Federal e da legislação pertinente, concebe-se parcial derrogação do regime privado [...] no que se refere às estatais que exploram atividade econômica, não obstante os limitadores concorrenciais se façam sempre presentes. [...] a descentralização a Administração Pública deve ser feita com vistas a dar efetividade aos direitos fundamentais. (BRASIL, 2018b, p. 9 do voto do relator)

Desta forma, a jurisprudência do STF tem admitido a supressão de certos aspectos do regime privado por disposições públicas justificáveis nos casos concretos. Nessa linha, parece válida a conclusão de que se

faz necessária a observância da legalidade para a criação de “empregos públicos em comissão”.

3.2 Burla ao princípio do concurso público

A situação, quando analisada pelo crivo estabelecido pela principiologia inerente à Administração Pública, e ainda, quando verificada no tocante às amarras criadas pelo constituinte originário para conter os desmandos e os abusos estatais, parece ficar mais clara.

A criação dos ditos empregos em comissão por mero ato da autoridade gerenciadora das estatais se apresenta violadora, a um só tempo, da moralidade, da impessoalidade, bem como da legalidade e do dever do concurso público. Trata-se de prática extremamente prejudicial ao interesse público. Inicialmente, tem-se a flagrante agressão à moralidade: ao possibilitar a criação de empregos em comissão por ato do gestor, estar-se-ia ampliando sobremaneira o risco de desvirtuação da finalidade pública, podendo, por exemplo, aquele gestor criar quantidade expressiva de tais empregos, e colocar pessoas mal-intencionadas, aliados políticos, apoiadores, enfim, indivíduos que não necessariamente preencheriam o requisito necessário para a prestação do serviço público naquele cargo. Haveria, ademais, o risco de se ampliar o uso destes empregos para além das hipóteses constitucionalmente cabíveis. Haveria, além disso, subjetividade na escolha, a se violar, também, o dever de realização de concursos públicos para provimento de empregos públicos. Como já inclusive se evidenciou, no caso da HEMOBRAS, acima explorado, em determinado momento da linha temporal aquela entidade sequer tinha empregados públicos efetivos, sendo até mesmo os empregos de feição técnica ocupados por comissionados.

O caso HEMOBRAS, aliás, é o perfeito exemplo da ausência de sequer possibilidade jurídica para tal autorização, sob pena de violação expressiva da Carta Política: como dito, houve desvirtuamento do emprego público em comissão, a se admitir que estes agentes, os quais deveriam ser escolhidos mediante fidúcia com a autoridade superior, para a execução de tarefas de direção, chefia ou assessoramento, estavam prestando serviços técnicos especializados. Tais prestações, no entanto, deveriam

ser realizadas por servidor público, e não por ocupantes de empregos em comissão, até mesmo levando em conta a razão para que criados tais empregos comissionados. A substituição vista naquele caso - de profissionais técnicos e impessoais, aprovados por concursos públicos de provas ou de provas e títulos, por ocupantes de empregos em comissão, de livre nomeação e exoneração da autoridade gestora - demonstra mais um dos riscos da possibilidade de criação de empregos públicos em comissão sem a observância da legalidade regente da Administração pública: o administrador, se fosse de seu desejo, poderia encher os quadros da estatal com seus asseclas, violando de forma plena a impessoalidade.

A existência do mecanismo “concurso público” nasceu para substanciar no âmbito administrativo a principiologia incidente sobre a Administração Pública. Admitir-se sua burla seria apoiar o retrocesso na manutenção da coisa pública e no próprio ideário de isonomia, probidade e moralidade administrativas.

CONCLUSÃO

O Estado pátrio encontra-se regido pela legalidade. Esta, desde seus primórdios, existe como forma de regular e ajustar as condutas estatais, mitigando e impedindo que se tornem abusivas ou violadoras do espaço individual dos integrantes do povo. Deve, portanto, ter suas condutas sempre autorizadas por lei, sendo permitido ao Estado apenas aquilo que é delineado pela *lege*.

Pela organização estatal vigente, tem-se que o Leviatã é composto de sua administração direta, integrada por órgãos destituídos de personalidade jurídica própria, e de entidades, pessoas jurídicas diversas criadas por lei ou cujas criações foram autorizadas por lei. São entidades da administração indireta as autarquias, pessoas jurídicas de direito público criadas por lei, as fundações públicas, pessoas jurídicas de direito privado cujas criações são autorizadas por lei, e as empresas estatais.

Essas últimas são entidades de direito privado, integrantes da administração indireta, dotadas, evidentemente, de personalidade jurídica própria, cuja criação depende de autorização legislativa. O fato de possuírem natureza de direito privado, todavia, não leva à constatação

de serem imunes à incidência da principiologia inerente à Administração Pública. Pelo contrário, há previsão expressa da aplicação desses princípios a tais espécies de entidades integrantes da administração indireta. Posto isso, estão, portanto, vinculadas as estatais à observância da moralidade administrativa, da legalidade, da eficiência, bem como são obrigadas a promover suas negociações, em regra, por meio de procedimento licitatório e, necessariamente, devem contratar seus *longa manus* por concursos públicos de provas ou de provas e títulos. E, dentro dessa perspectiva, surge aparentemente inconstitucional a prática de criação de empregos públicos comissionados sem a observância da necessária lei para tanto.

A utilização de justificativas como a necessidade de livre concorrência e a distinção a que sujeito o ramo privado, se comparado ao público, não podem levar à conclusão de que os grilhões impostos pelo sistema possam ser ignorados em prol do dinamismo concorrencial. Mais ainda, não é admitida a burla do obrigatório concurso público pelo desvirtuamento de empregos públicos em comissão cuja possibilidade de criação é, inclusive, controversa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 09 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso: 09 dez. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso: 11 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 83/MG**. Administração indireta do Estado-membro: disciplina de suas relações de trabalho (CF, art. 173, par-1.): competência federal, já quando se cuide de sociedades de economia mista e empresas públicas, sejam elas dedicadas a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público -, já quando se trate de autarquia, destinada, no entanto, a exploração de atividade econômica: inconstitucionalidade, portanto, de disposição transitória de Constituição Estadual, que lhes impõe prestações de natureza salarial. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 24 de abril de 1991. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35730/false>. Acesso: 01 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECETTO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau, 08 de junho de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjr8214/false>. Acesso: 12 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395/DF. CONSTITUCIONAL E TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART.114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EXPRESSÃO “RELAÇÃO DE TRABALHO”. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DAS AÇÕES ENTRE O PODER PÚBLICO E SEUS SERVIDORES. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. Requerentes: Associação dos juízes federais do Brasil – AJUFE, Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES. Interessado: Congresso Nacio-

nal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427644/false>. Acesso: 14 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.552/DF**. CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. ADVOGADO-EMPREGADO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões “às empresas públicas e às sociedades de economia mista”, sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. III. - Cautelar deferida. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Requerido: Presidência da República. Relator: Ministro Relator Carlos Velloso, 17 de abril de 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur112999/false>. Acesso: 29 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, nº 1.041.210/SP**. Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. Recorrente: Sebastião Alves de Almeida. Recorrido: Ministério Público do estado de São Paulo. Relator: Ministro Dias Toffoli, 27 de setembro de 2018a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427644/false>. Acesso: 10 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 570.392 – RS**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. LEI PROIBITIVA DE NEPOTISMO. VÍCIO FORMAL

DE INICIATIVA LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA. NORMA COERENTE COM OS PRINCÍPIOS DO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. Recorrente: estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Prefeito do Município de Garibaldi. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 11 de dezembro de 2014a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur292567/false>. Acesso: 06 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 577.494 – PR.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SERVIDOR PÚBLICO – PASEP. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL – PIS. SEGURO DESEMPREGO. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. IGUALDADE TRIBUTÁRIA. SITUAÇÕES EQUIVALENTES. SELETIVIDADE NO FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. EMPRESAS PRIVADAS. Recorrente: Banestado Administradora de Cartões de Crédito LTDA. Recorrido: União. Relator: Ministro Edson Fachin, 13 de dezembro de 2018b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399090/false>. Acesso: 10 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 589.998 – PI.** EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de março de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241434/false>. Acesso: 02 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Pleno). **Acórdão nº 1.390, de 2004. Consulta. Processo 006.244/2004-6.** Interessado: Eduardo Campos, Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Ministro Marcos Bemquerer, 15 de setembro de 2004. Disponível em: <https://>

pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22A-CORDAO-COMPLETO-16054%22. Acesso: 02 jan. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Concursos públicos na jurisprudência do Tribunal de Contas. **Revista do TCE-MG**, Belo Horizonte, edição especial, ano XXVIII, p. 180-182, 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). **Recurso de Revista nº 938-10.2013.5.10.0010**. Recorrentes: Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRAS e UNIÃO. Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 10ª Região. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, 06 de setembro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/fd3c1ddd662f3b4b976d1bb-d1237ed>. Acesso: 28 mai. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2. Turma). **Recurso de Revista nº 12800-57.2008.5.10.0008**. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 10ª Região. Recorrido: CEB DISTRIBUIÇÃO S.A. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva, 17 de setembro de 2014b. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/66d-277ff742cef3657dc1dd4abdac2a>. Acesso: 05 mai. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos de Direito Constitucional**. 1. ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, Vol. 01: Direito de Empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Salvador, JusPodivm: 2015.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Do princípio da moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 190, p. 247–252, 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45635>. Acesso: 12 jan. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Breve Nota Sobre a Moralidade e o Direito Moderno. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 248, p. 127–129, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41530>. Acesso: 19 dez. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAFFINI, Rafael. da Cás. O Direito Administrativo nos quinze anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun., 2005. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=26>. Acesso: 08 jan. 2020.

MALFERRARI, Ricardo José. **Empresa pública: conceituação, classificação e o desenvolvimento de critérios para a sua análise**. 1996. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas – FGV, São Paulo, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/5383>. Acesso: 23 ago. 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza essencial das sociedades mistas e das empresas públicas: consequências em seus regimes. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 159, p. 1–9, 1985. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44413>. Acesso: 02 jan. 2020.

MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 235, p. 93–116, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45127>. Acesso: 11 nov. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Participação estatal em empresas privadas: as “empresas público-privadas”**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11022015-125507/pt-br.php>. Acesso: 28 dez. 2020.

SOUZA, Marcus Vinícius de Souza e. **O compliance nas empresas estatais e a otimização da efetivação de políticas públicas**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/42967>. Acesso: 04 dez. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TÁCITO, Caio. Princípio de legalidade e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 242, p. 191–198, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42986>. Acesso em: 28 jul. 2020.

TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 218, p. 1–10, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47451>. Acesso 14 dez. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PRÁTICAS DECISÓRIAS E POSSIBILIDADES DO PLENÁRIO VIRTUAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DECISION-MAKING PRACTICES AND POSSIBILITIES OF THE VIRTUAL PLENARY IN THE SUPREME FEDERAL COURT

*Wagner Vinicius de Oliveira*¹

Data de Submissão: 29/05/2021

Data de Aceite: 10/11/2021

Resumo: esse artigo questiona as práticas decisórias individuais adotadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal - STF. Discute a descontinuidade dessa prática decisória e entende que o plenário virtual favorece as decisões colegiadas. Para tanto, essa pesquisa bibliográfica apoia-se na literatura nacional e estrangeira para discutir os dados documentais coletados no sítio institucional do STF (2010-2020). A base teórica é fornecida pela ideia de que esse tribunal se insere entre as cortes *online* (SUSSKIND, 2019). Assim, descreve-se o cenário das decisões individuais dos Ministros do STF, a expansão do plenário virtual nesse ambiente e projeta-se um cenário de mudança. Os resultados confirmam a resposta inicialmente apresentada e permitem concluir que o plenário virtual colabora com as práticas decisórias colegiadas no STF.

Palavras-chave: Formatos de julgamento; Plenário virtual; Supremo Tribunal Federal; Tribunal virtual.

1 Doutorando em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, mestre em direito pela UFU, ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, bacharel em direito pela PUC Minas, advogado (OAB/MG). *E-mail:* oliveirawagnervinicius@gmail.com

Abstract: this article questions the individual decision-making practices of the Ministers of the Supreme Federal Court - STF (in Portuguese). It discusses the discontinuity of this decision-making practice and understands that the virtual plenary favors collegiate decisions. To this end, this bibliographic research uses the national and foreign literature to discuss the documentary data collected in the institutional website of the STF (2010-2020). The theoretical base is the idea that this court is part of the online courts (SUSSKIND, 2019). Thus, the scenario of the individual decisions of the STF Ministers is described, the expansion of the virtual plenary in this environment and projects a scenario of change. The results confirm the answer initially presented and allow us to conclude that the virtual plenary collaborates with the collegiate decision-making practices in the STF.

Keywords: Judgment formats; Virtual plenary; Federal Supreme Court; Virtual court.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal - STF, vem acompanhando as mudanças nacionais, desde a proclamação da República. Desenvolve esse processo ativamente, tanto do ponto de vista jurídico, quanto tecnológico, há tempos deixou de ser apenas um tribunal recursal para assumir a missão institucional de um tribunal constitucional. Atualmente, alcança a condição de tribunal digital.

A utilização de recursos tecnológicos passou a ser regra majoritária dos serviços oferecidos pelo STF. Trata-se de um reflexo na atividade jurisdicional provocado por um movimento mais amplo chamado de sociedade da informação (SANTOS, 2005), conforme será detalhado mais adiante. Além disso, não há como desconsiderar as contribuições desses recursos para o enfrentamento dos desafios impostos pela Covid-19.

Neste contexto, surge espaço institucional para ampliar o desenho deliberativo e apostar no plenário virtual como tentativa para fornecer respostas às práticas decisórias individuais adotadas pelos Ministros do STF. Uma das críticas atribuídas ao STF diz respeito a prevalência de decisões monocráticas, sobre o tema existe vasto material acadêmico e proposições legislativas. Todavia, vale acrescentar que nem sempre o plenário possui competência para resolver os conflitos levados à apreciação do STF.

Com isso, a necessidade de decisões individuais dos Ministros do STF se impõe por razões práticas. Igualmente, a conciliação entre valores constitucionais conflitantes como é o caso da razoável duração do processo e da colegialidade. Desse modo, torna-se adequado e ao mesmo tempo comum apontar a existência de um “Supremo individual” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015), “tribunal relativamente monocrático” (CERQUEIRA NETO, 2016), “tribunal de solistas” (ARAÚJO; GODOY, 2020) ou “onze ilhas ou ilhéus” (ESTEVES, 2020) em virtude do “agigantamento das decisões monocráticas” (BERRI; FERNANDES, 2020).

No mesmo sentido, sobre o plenário virtual existem posicionamentos críticos que vão desde a “violação do dever de fundamentação das decisões” (COSTA; OLIVEIRA, 2016) até colocações específicas

sobre a utilização dessa ferramenta tecnológica em matéria tributária (ADAMY, 2020) ou em “casos sensíveis”, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade n. 5.581/DF (CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFMG, 2020).

Discute-se a continuidade dessas práticas decisórias individuais identificadas num passado recente e a possibilidade de que o plenário virtual possa sinalizar uma mudança no padrão decisório do STF. Esse artigo assume um ponto de vista propositivo, não apenas crítico ou descritivo, mas, de outra sorte, tem-se que essa ferramenta favorece as decisões colegiadas. A perspectiva defendida consiste em aliar as estruturas procedimentais e institucionais com as tecnologias e as práticas decisórias pautadas na colegialidade.

Para o manejo justificado das decisões judiciais, além do plenário virtual existem outras propostas internas que visam aperfeiçoar a deliberação interna entre os Ministros do STF. A exemplo de uma maior transparência sobre os critérios de formação da pauta de julgamentos, a distribuição e o conhecimento prévio dos votos dos Ministros, a deliberação plenária das decisões monocráticas, entre outras possibilidades. Contudo, pesquisas são realizadas por recortes metodológicos e o objeto desse artigo será o plenário virtual.

Oportuno apresentar algumas justificativas para as opções metodológicas realizadas. Em primeiro lugar, dentre os materiais consultados,² identificou-se vários artigos de opinião e dois artigos científicos, portanto, a principal contribuição reside em fomentar análises mais aprofundadas e algumas implicações sobre utilização desse recurso tecnológico. Outra razão, remete ao crescimento da utilização desse mecanismo pelo STF e a projeção de seus impactos positivos (aumento da colegialidade) no médio e no longo prazo.

Com o objetivo central de analisar as implicações nas práticas decisórias do STF provocadas pelo plenário virtual, lança-se mão da pes-

2 Identificou-se uma tese de doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, em 2017, por Diego Barbosa Campos intitulada: *Limites e possibilidades do julgamento colegiado virtual*: análise da experiência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal, orientada pelo Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque, contudo não foi possível acessar seu conteúdo.

quisa bibliográfica com apoio na literatura nacional e estrangeira para discutir os dados documentais coletados no sítio institucional do STF (2010-2020). Essa estratégia consiste na revisão de literatura em materiais produzidos nos idiomas inglês e português e no levantamento dos dados estatísticos utilizados como fonte primária para a elaboração de dois gráficos para ilustrar a hipótese testada.

Diante da escassez de materiais nacionais específicos dedicados ao plenário virtual utiliza-se como base teórica conceitual a ideia de cortes *online* (SUSSKIND, 2019), oferecendo aproximações e distanciamentos da experiência institucional do STF. Realizadas as apresentações, excetuada a introdução, a conclusão e as referências, esse artigo estrutura-se em três seções.

Para contextualizar, expõe-se os cenários sobre as decisões individuais dos Ministros do STF, que cumprirá o objetivo específico de apresentar as críticas acadêmicas e uma recente proposta legislativa. Em face disso, descreve-se a implementação do plenário virtual no STF e sugere-se sua ampliação para favorecer as decisões colegiadas. Ao final, projeta-se um cenário de alteração desse primeiro cenário identificado, cujos resultados confirmam a resposta inicialmente levantada.

1 Especificidades das decisões individuais no STF

O texto constitucional analítico e compromissado com os direitos e as garantias fundamentais promulgado em 1988, somado com a abertura procedimental do controle concentrado de constitucionalidade promovida pelas Leis n. 9.868 e n. 9.882 ambas de 1999 são alguns dos fatores que explicam o incremento quantitativo das ações judiciais no STF. O quantitativo das decisões judiciais prolatadas são expressivos e destoam de outros tribunais constitucionais, mas a especificidade ressaltada consiste no elevado número de decisões monocráticas prolatadas por esse tribunal.

Essa prática decisória vem ocupando espaços e desenvolvendo características próprias no STF. Existem vários autores que se dedicam a analisar esse tema, dentre os quais se destacam Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro (2015, p. 122) que descrevem os “ca-

minhos institucionais de ação individual pelos quais esse(a) Ministro(a) pode influenciar o comportamento de atores externos ao tribunal”.

Via de regra, as atividades decisórias desse tribunal são formadas pela soma das “ações e interações entre os onze Ministros, reguladas pelo processo decisório interno”. Em teoria, essa deveria ser a prática decisória de todos os órgãos colegiados em respeito ao desenho institucional que exige a multiplicidade de membros para sua composição. Ocorre, porém, que “existem maneiras pelas quais os Ministros podem participar e influenciar o processo decisório político sem passar necessariamente pelo processo decisório interno do tribunal” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 126).

O primeiro modelo deliberativo utilizado pelo STF consiste na agregação dos votos individuais dos Ministros para a formação da decisão institucional, conhecido como “processo decisório interno colegiado”; há também um segundo modelo que permite que “os Ministros possam se apropriar individualmente do poder judicial e exercê-lo sobre o processo político decisório sem mediação pela arena decisória interna do STF” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 128).

Sobre essa segunda modalidade os autores descrevem três formas individuais de atuação que são a antecipação de posições na imprensa, os pedidos de vista como controle individual da agenda e a “jurisprudência pessoal”. Ao decidir certas questões monocraticamente o Ministro expressa os entendimentos e as interpretações já consolidados na jurisprudência dos tribunais; resolve em definitivo os problemas processuais insanáveis ou, em caso de urgência, decide individualmente e posteriormente essa decisão poderá ser ratificada pelo plenário (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015).

T tecnicamente, apenas uma decisão colegiada se classifica como “jurisprudência” ou como “precedente” do tribunal (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 141). No entanto, o sentido utilizado pelos autores para a expressão “jurisprudência pessoal” remete às decisões individuais que são sistematicamente tratadas como precedente válido. Por outras palavras, trata-se de “um canal paralelo ao ‘Supremo colegiado’, como caminho institucional para que as preferências individuais dos Ministros do

STF produzam efeitos sobre o mundo fora do tribunal” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 146).

Diagnóstico semelhante foi realizado por José Nunes de Cerqueira Neto (2016, p. 33), ao retratar os processos de composição e as particularidades do STF afirmou que o “Supremo tem sido descrito como um conjunto de ilhas, que pouco dialogam entre si, mas com muita visibilidade”. Além de confirmar os resultados apresentados, acrescenta que o Ministro Roberto Barroso “reconhece que o Supremo funciona como um arquipélago, de onze individualidades, muito em razão do elevado número de processos de cada gabinete, sendo impossível haver diálogo e interação com tantos processos para decidir” (CERQUEIRA NETO, 2016, p. 59).

Essa informação permite distinguir o mero voluntarismo de uma imposição prática pela elevada carga de ações judiciais que o STF possui competência devido ao desenho constitucional. O autor descreve uma proposta do citado Ministro para que “ao final de todo julgamento, o plenário aprove a ‘tese jurídica’ firmada pela maioria, para orientar a jurisprudência e a sociedade sobre as decisões do Supremo”, segundo entende o Ministro, isso tornaria a deliberação mais coletiva com o aumento da racionalidade argumentativa, o fortalecimento da jurisprudência e confere maior autoridade as razões de decidir (CERQUEIRA NETO, 2016, p. 60).

De acordo com Cerqueira Neto (2016, p. 84), há pelo menos dois supremos: o plenário, mais conhecido devido ao televisionamento das sessões de julgamento; e o “Supremo, desconhecido, responsável por 90% dos processos da corte: um tribunal dedicado a demandas repetitivas, em geral agravos, que respondem pelo maior trabalho dos gabinetes”. Por essa razão, a conclusão desse autor indica a existência de um “tribunal relativamente monocrático” (CERQUEIRA NETO, 2016, p. 89).

Recentemente, Luiz Fernando Gomes Esteves (2020) insiste que o individualismo é uma questão central na atuação dos Ministros do STF e oferece como exemplos as decisões monocráticas, os pedidos de vista, os poderes dos relatores dos processos, entre outros exemplos de instrumentos institucionais que permitem esse conjunto de práticas decisórias. Na mesma esteira, Carolina Heloísa Guchel Berri e Hellen Caroline Pe-

reira Fernandes (2020, p. 220) sustentam uma espécie de “superpoder dos onze ministros” em suas decisões monocráticas.

Há um efeito sistêmico provocado pelo crescente número de decisões monocráticas diretamente relacionado ao prejuízo da ideia de colegialidade no STF. Isso porque, a “maioria das decisões monocráticas são classificadas como decisões finais, tendo um Ministro a última palavra de forma isolada, representando a Corte como um todo” (BERRI; FERNANDES, 2020, p. 220). Nessa linha, a evidência mais concreta aponta para o fato de que “não existe precedentes quando os integrantes sequer conseguem se comunicar adequadamente” (BERRI; FERNANDES, 2020, p. 227), fragilizando a atuação institucional do STF.

Apoiadas em dados estatísticos, coletados no período de 2010-2019, as autoras afirmam uma disparidade numérica entre as decisões colegiadas e monocráticas, correspondem ao percentual de 12,77% e de 87,19%, respectivamente (BERRI; FERNANDES, 2020). Além disso, 92,70% das decisões monocráticas proferidas pelo Presidente do STF foram decisões finais (BERRI; FERNANDES, 2020, p. 233). Esses dados são representativos das práticas decisórias do STF.

Do cômputo geral, “80,33% das decisões monocráticas são classificadas como decisões finais” essa achado mais recente confirma integralmente as opiniões anteriores e, por essa razão, as autoras sustentam a existência de “verdadeiras jurisprudências individuais” (BERRI; FERNANDES, 2020). Essa situação sofre críticas acadêmicas e também é objeto de algumas propostas legislativas.

O Projeto de Lei - PL n. 816/2021³ é um dos mais recentes em tramitação no Senado, apresentado pelos Senadores Marcos do Val (Podemos/ES) e Alvaro Dias (Podemos/PR), para limitar as atuações monocráticas dos Ministros do STF e também do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Contudo, esse projeto versa especificamente sobre a declaração de nulidade de atos processuais penais, que terão eficácia após ratificação do órgão colegiado (BRASIL, 2021a).

3 O Projeto de Lei n. 816/2021, altera a Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, para prever que a decisão monocrática de Ministro do STF ou do STJ que reconheça ou decrete nulidade de ato praticado em processo penal somente terá eficácia após sua ratificação por órgão colegiado.

Desse modo, é possível sustentar a prevalência do aspecto monocrático da maioria das decisões no STF, que por sua vez aguça as críticas acadêmicas e as proposições legislativas para a alteração desse estado de coisas. Porém, esse artigo não se dedica a ratificar esse fato constatado, de outra sorte, questiona-se a continuidade dessas práticas decisórias identificadas num passado recente. Ademais, compromete-se com a proposição do plenário virtual para o fortalecimento das decisões colegiadas no STF, aspecto abordado na próxima seção.

2 Plenário virtual no STF: ideia, implementação e ampliação

Para se compreender a implementação e a ampliação do plenário virtual no STF parece ser adequado abordar os impactos dos recursos tecnológicos na atuação judicial. Uma das referências internacionais na articulação entre o direito e a tecnologia é Richard Susskind (2019). Em sua recente obra, apresenta o conceito de tribunais digitais (*online courts*) analisando especificamente os impactos tecnológicos sobre a responsabilidade civil nas ações judiciais de baixo valor econômico. Mesmo assim, é possível realizar algumas aproximações com o plenário virtual do STF.

Num cenário ampliado, não parece ser crível que os recursos tecnológicos impactassem positiva e negativamente, direta e indiretamente a vida em sociedade e o Judiciário permanecesse indiferente. Por isso, esse autor defende que “a tecnologia pode e deve permitir que os tribunais profiram mais do que decisões judiciais. Esses tribunais estendidos fornecem ferramentas, por exemplo, que podem ajudar os usuários dos tribunais a entender a lei e as opções disponíveis para eles” (SUSSKIND, 2019, p. 06).⁴

Importa acrescentar que a rede mundial de computadores foi responsável pela maior parte dos recursos tecnológicos atualmente existen-

4 Tradução nossa: “[t]echnology can and should enable courts to deliver more than judicial decisions. These extended courts provide tools, for example, that can help court users understand relevant law and the options available to them.” (SUSSKIND, 2019, p. 06).

tes, aliás os “tribunais *online* não seriam possíveis sem essas tecnologias” (SUSSKIND, 2019, p. 36)⁵. Por tecnologia, entende-se a utilização de robôs, de algoritmos, de moedas virtuais (*blockchain*), de inteligência artificial, máquinas inteligentes (*machine learning*) etc. incorporadas às práticas judiciais.

Todavia, a utilização dessas ferramentas sofre rechaço por parte de um “rejeicionismo irracional”, ou seja, “a rejeição dogmática de um sistema com o qual o crítico não tem experiência pessoal direta”, por outras palavras, quando alguns profissionais do direito “frequentemente rejeitam a ideia de tribunais *online* sem tê-los visto em ação nem tido tempo para aprender o que realmente está sendo proposto” (SUSSKIND, 2019, p. 44).⁶ Trata-se de uma rejeição antecipada sem avaliar as potencialidades trazidas.

A premissa assumida pelo autor é de que os tribunais *online* além de ampliarem o acesso ao Judiciário, elevam a qualidade dos serviços prestados e “abrirá caminho para um serviço de tribunal físico e *online* totalmente integrado, adequado para o século XXI” (SUSSKIND, 2019, p. 64).⁷ Isso sem mencionar a diminuição dos custos atrelados aos processos judiciais como um argumento complementar a hipótese desse autor.

Certo, porém, que os tribunais *online* não podem ser considerados a “panaceia” para os problemas do Judiciário brasileiro, mas são ferramentas tecnológicas que contribuem para a alteração de realidades consolidadas. Inclusive, ao que tudo indica, trata-se de um recurso adequado para aumentar a transparência na administração da justiça e na jurisdição dos tribunais com a integridade e a confiabilidade necessárias às informações digitais.

Diante disso, não há dúvidas sobre o posicionamento irrestrito em relação as novas tecnologias, inclusive em substituição aos juízos huma-

5 Tradução nossa: “[the] world wide web (online courts would not be possible without these technologies).” (SUSSKIND, 2019, p. 36).

6 Tradução nossa: “[the] dogmatic dismissal of a system with which the critic has no direct personal experience. [...] frequently reject the idea of online courts having neither seen them in action nor taken the time to learn what is actually being proposed.” (SUSSKIND, 2019, p. 44).

7 Tradução nossa: “[w]ill lead the way to a fully integrated online and physical court service, well-suited to the twenty-first century.” (SUSSKIND, 2019, p. 64).

nos. Trata-se de um controverso posicionamento detalhado em cinco pontos para viabilizar essa prática decisória num futuro próximo, quais sejam: (i) ser tecnicamente possível; (ii) moralmente aceitável; (iii) comercialmente viável; (iv) culturalmente sustentável; (v) juridicamente coerente (SUSSKIND, 2019). Portanto, dentre suas conclusões tem-se a necessidade de um “esforço global, dedicado a apresentar tribunais *online* a países que têm grandes atrasos em seus sistemas judiciais tradicionais ou graves problemas de acesso à justiça” (SUSSKIND, 2019, p. 299)⁸.

Uma das contribuições dessa base teórica consiste na otimização dos serviços do Judiciário por meio dos julgamentos *online*, essa proposta compatibiliza, ao menos em tese, a celeridade exigida pelo número de demandas com a apreciação por todos os membros do tribunal. Por isso, a argumentação é desenvolvida de forma circular: os avanços tecnológicos impulsionam a mudança nas práticas judiciais e estas demandam cada vez mais esses recursos. Os resultados seriam a ampliação do acesso ao Judiciário e a melhoria na qualidade das respostas oferecidas.

Críticas à parte, já é possível perceber a existirem movimentos aproximativos dessas ideias dos tribunais brasileiros. Recentemente, a Fundação Getúlio Vargas - FGV promoveu um encontro sobre a *Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Judiciário brasileiro*, o foco das análises recaiu sobre as potencialidades da inteligência artificial, abrangendo o STF e outros tribunais brasileiros. Os resultados da primeira fase da pesquisa indicam que a metade dos tribunais brasileiros possuem projeto de inteligência artificial em desenvolvimento ou já implantados, revelando a tendência das cortes digitais (*e-courts* ou *eletronic courts*) (SALOMÃO, 2020, p. 15).

Isso confirma parcialmente as conclusões de Susskind especificamente no que concerne aos movimentos para a virtualização dos tribunais. Particularmente interessa a implementação e a ampliação do plenário virtual no STF, com o objetivo específico de verificar se esse ambiente virtualizado favorece as decisões colegiadas mediante a descontinuidade das práticas decisórias identificadas na primeira seção desse artigo. A es-

8 Tradução nossa: “[g]lobal effort, dedicated to introducing online courts to countries that have great backlogs in their traditional court systems or severe access-to-justice problems.” (SUSSKIND, 2019, p. 299).

estratégia adotada consiste na descrição do funcionamento do plenário virtual⁹, na sequência, serão apresentadas as análises e os dados estatísticos da hipótese avaliada.

Nesse sentido, justifica-se a descrição da implementação e da ampliação do plenário virtual devido a insuficiência dos materiais consultados. Em primeiro lugar, cabe destacar tratar-se de um formato de julgamento que se insere na modalidade colegiada, portanto a ampliação do plenário virtual implica aumentar o número de decisões colegiadas no STF. Para os julgamentos colegiados existem duas possibilidades: presencial, ou melhor, por videoconferência em virtude das atuais medidas sanitárias e virtual, por intermédio de sistema eletrônico.

Interessa nesse momento a possibilidade de julgamento virtual. O plenário virtual foi implementado em 2007 para a fixação das teses de repercussão geral em recurso extraordinário. Conforme se sabe, a Emenda Constitucional n. 45/2004, inseriu dentre os requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, III, “a”, Constituição da República de 1988), a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (BRASIL, 1988).

Em virtude da Covid-19, a partir de 2021 o plenário virtual teve sua utilização ampliada para abranger todas as ações e incidentes processuais de competência dos órgãos colegiados do STF. Essa modalidade de julgamento virtual é desenvolvida em doze passos, quais sejam: 1) a inclusão em pauta para julgamento virtual; 2) o calendário de julgamento; 3) a sustentação oral; 4) o gabinete Ministro relator; 5) a sessão virtual de votação; 6) as questões de fato e os memoriais; 7) eventual pedido de vista; 8) o pedido de destaque; 9) o quórum de votação; 10) a ausência de manifestação dos Ministros; 11) a votação e 12) a finalização da sessão virtual (BRASIL, 2021b).

Após a liberação do processo pelo relator e a inclusão na pauta de julgamento surge a possibilidade de sustentação oral das partes e o envio

9 Essa descrição foi baseada na palestra: “STF: Corte Constitucional Digital” proferida por Pedro Felipe de Oliveira Santos, em 09/03/2021 e na aula: “Plenário Virtual” ministrada pelo Prof. Dr. Alexandre Freire e pelo Prof. Esp. Thiago Gontijo Vieira, em 11/03/2021, ambas as atividades integrantes do Programa de Intercâmbio Acadêmico do STF (Por dentro do Supremo - Edital STF/SAE n. 02/2020).

de mídias digitais que irão diretamente para os gabinetes dos Ministros e para o painel da sessão virtual. Atualmente, o relator poderá submeter ao plenário virtual qualquer classe ou incidente processual, seguindo as regras de publicidade da pauta de julgamento, observando o intervalo mínimo de cinco dias úteis entre a publicação da pauta e a sessão de julgamento.

Uma vez manifestado o voto do relator, os demais Ministros possuem o prazo máximo de seis dias úteis para registrarem seus votos. Surgem três possibilidades: votar com o relator (com ou sem ressalvas); votar divergente; acompanhar a divergência (com ou sem ressalvas), cabe registrar que os votos poderão ser alterados até o final da sessão de julgamento. Ademais, o plenário virtual permite que as partes os advogados e potencialmente toda a sociedade civil acompanhe em tempo real, inclusive com acesso aos votos e manifestações durante a sessão virtual. Essa é uma inovação que aumenta a visibilidade dos serviços judiciais prestados pelo STF.

Todas as partes processuais conservam o direito de manifestação durante a sessão de julgamento mediante a apresentação de memoriais, cuja disponibilização para os Ministros ocorre de maneira imediata. No mesmo sentido, os Ministros preservam a possibilidade de realizarem pedido de vista. Além disso, o pedido de destaque (de ofício ou mediante provocação) consiste no julgamento presencial no qual se realiza nova publicação da pauta com a retomada do julgamento desconsiderando todos os votos proferidos.

Na hipótese de não alcançar o quórum necessário para a votação, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual subsequente para que os Ministros ausentes possam votar. Finalizada a sessão virtual de julgamento a decisão será incluída no andamento processual e o acórdão será publicado produzindo os efeitos jurídicos. Descrito o funcionamento do plenário virtual apresenta-se, na próxima sessão, algumas considerações críticas e os dados estatísticos que confirmam o aumento das decisões colegiadas.

3 Para onde os ventos rumam: entre decisões monocráticas e colegiadas

Nessa derradeira seção, discutem-se os resultados obtidos, sem desconsiderar as críticas entre direito e tecnologia. Serão levados em consideração argumentos mais amplos dessa relação e argumentos mais específicos sobre o plenário virtual. Na sequência, serão apresentados dados estatísticos e a análise de regulamentação com vistas a projetar um cenário de mudança nas práticas decisórias do STF.

Na sociologia de Boaventura de Sousa Santos (2005) encontra-se manifestações favoráveis a utilização do direito pelos recursos tecnológicos. Todavia, a utilização desses recursos no campo do direito para que seja eficaz não deve acontecer de “forma brusca e sem o envolvimento próximo dos magistrados e funcionários” (SANTOS, 2005, p. 91).

De modo semelhante ao entendimento firmado na segunda seção desse artigo, o citado autor conclui que as “novas tecnologias de comunicação e de informação na administração da justiça abrem-se imensas oportunidades para melhorar a eficácia e racionalizar a gestão dos tribunais” (SANTOS, 2005, p. 105). Em princípio, o plenário virtual atende aos requisitos de tornar mais transparentes (visibilidade) e eficientes (colegialidade) as práticas decisórias no STF, tem-se, assim, dois argumentos favoráveis.

Por outro lado, o filósofo Byung-Chul Han (2017), não alimenta uma visão otimista em relação a sociedade da informação, cuja suposta visibilidade seria um dos efeitos diretos do emprego desses recursos tecnológicos. As relações específicas do direito não integram o escopo investigativo desse autor, contudo, suas análises movimentam argumentos que estão diretamente relacionados ao campo jurídico.

A começar pela questão da soberania estatal que nas sociedades em rede fica comprometida devido ao poder econômico; a comunicação digital, aquela produzida, transmitida e recebida sem intermediários (HAN, 2017), cria uma sensação de visibilidade e de conhecimento na sociedade civil que muitas vezes não correspondem aos acontecimentos. Isso sem mencionar o fato de que a “sociedade da transparência é habitada por

caçadores e coletores - de informação” (HAN, 2017, p. 42)¹⁰, condição que fragiliza a suposta igualdade informacional.

Logo, a transparência e a ampliação do acesso ao Judiciário podem ser explicadas de acordo com eventos pontuais e não são passíveis de generalizações que tenham por base apenas a utilização de recursos tecnológicos. Desse modo, com apoio nos dados estatísticos cabe identificar o aumento da colegialidade. Antes, porém, cabe apresentar as considerações endereçadas ao plenário virtual.

Em 2020, o portal de notícias jurídicas Jota realizou a cobertura de artigos de opinião dedicados ao plenário virtual. Dentre os quais se destaca Eduardo Borges Espínola Araújo e Miguel Gualano de Godoy (2020) informando que o Ministro Marco Aurélio tem insistido nos déficits deliberativos dessa ferramenta tecnológica, no mesmo sentido, o julgamento em colegiado pressupõe reunião física (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2018). A opinião desses autores é que existem decisões adotadas de forma virtual que, de algum modo, violam a obrigatoriedade de fundamentação das decisões e a julgar pelo histórico do STF e pela ampliação substancial do plenário virtual trata-se de uma mudança de caráter permanente.

Dameres Medina (2020), por sua vez, adota uma postura mais favorável e apresenta dados quantitativos que indicam maior eficiência do desenho institucional do plenário virtual em comparação ao julgamento presencial. A autora admite que a equiparação entre as competências do plenário virtual e presencial impacta positivamente na celeridade, na transparência, na isonomia e na supressão de distâncias. Isso se traduz na ampliação do acesso ao STF e na isonomia entre as partes litigantes e seus patronos, já que nesse ambiente toda interação entre as partes e os julgadores será por meio eletrônico.

Ana Carolina Andrada Arrais Caputo Bastos (2020) assume um posicionamento crítico em relação ao plenário virtual. Também acredita na utilização definitiva desse recurso, contudo entende ser inconstitucional em razão do “cômputo da não manifestação de voto (quórum de votação); ausência de publicidade e de fundamentação das decisões judiciais; das restrição de garantias fundamentais por norma regimental

10 Tradução nossa: “Transparency society is inhabited by hunters and gatherers - of information.” (HAN, 2017, p. 42).

e por diminuírem o alcance das transmissões da TV Justiça e da Rádio Justiça” (BASTOS, 2020).

Realiza ainda questionamentos sobre uma decisão colegiada enquanto simples somatório de posições individuais. Sustenta que o plenário virtual dificulta o acesso aos cidadãos e a efetiva participação dos advogados, sem proporcionar um ambiente propício aos debates espontâneos e a interação concreta entre os Ministros. Por fim, conclui não ser uma experiência bem-sucedida por ser numericamente inexpressivo no total das decisões judiciais prolatadas entre 2010-2019.

Ana Laura Pereira Barbosa e Luiz Fernando Gomes Esteves (2020) ponderam algumas vantagens em relação à definição da pauta de julgamentos com o plenário virtual que passa a ser realizada de forma automática e seguir a ordenação cronológica de acordo com a liberação para julgamento pelo relator do processo. Em março de 2021, o portal de notícias jurídicas Migalhas divulgou uma entrevista concedida pelo Ministro do STF (aposentado) Carlos Velloso, afirmando que o plenário virtual inibe o debate.

Para sustentar essa opinião entende que esse é um ambiente “no qual os Ministros anexam os votos e, sem maiores debates, o placar surge com o resultado” que vem sendo ampliada sua utilização, pois “até o momento, 93% das decisões foram em ambiente virtual” (MIGALHAS, 2021, p. 02). Além de inibir os debates, esse recurso tecnológico poderá dificultar a modificação do entendimento manifestado nos votos dos Ministros e diminuir a participação dos advogados.

Porém, mediante a descrição realizada na seção anterior restou demonstrada, ao menos em tese, a preservação dessas garantias fundamentais. Ainda nessa oportunidade, o Ministro afirmou não ser a forma ideal de julgamento, apesar de o plenário virtual ser numericamente mais produtivo. Trata-se, na verdade, de uma adaptação ao contexto de restrição das atividades presenciais que foi expandida buscando permitir a continuidade dos serviços jurisdicionais em tempos de crise sanitária (Covid-19). Realizadas essas considerações, apresenta-se os impactos nas práticas decisórias colegiadas.

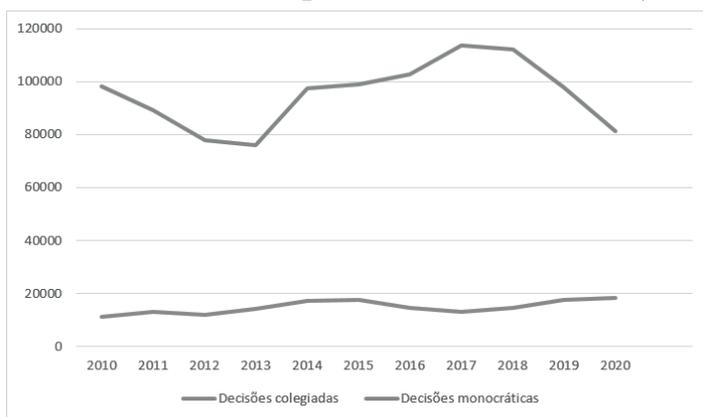
O recurso utilizado para demonstrar esse argumento envolve a coleta de dados estatísticos disponíveis no sítio eletrônico do STF para a elaboração de dois gráficos ilustrativo (BRASIL, 2021c). A linha argumen-

tativa consiste em sustentar um movimento de crescimento das decisões colegiadas no STF. Para tanto, considerou-se o período temporal disponível no *site* institucional (2010-2020), desprezando os dados de 2021, porque ainda não estão consolidados e sujeitos as variações.

Os dados consolidados¹¹ nessas duas datas confirmam numericamente os argumentos expostos na primeira seção desse artigo, já que o número de decisões monocráticas em 2010 totalizava 98.358 registros (89,66% das 109.703 decisões prolatadas), mas também autorizam projetar a alteração nesse estado de coisas. Isso porque, em 2020 registrou queda das decisões monocráticas com 81.356 registros (81,71% das 99.569 decisões prolatadas). No entanto, registra-se a queda de 09,24% no total de decisões prolatadas em 2020 (99.569 decisões), comparativamente a 2010 (109.703 decisões).

Por outras palavras, significa afirmar o crescimento das decisões colegiadas no STF nesse período analisado. Em 2010, as decisões colegiadas totalizavam 11.342 registros (10,34% das decisões prolatadas) ao passo que em 2020, foram 18.213 registros (18,29% das decisões prolatadas), representando o aumento das decisões colegiadas no STF. Esses dois movimentos são visualizados no primeiro gráfico ilustrativo abaixo apresentado:

Gráfico 01 - Decisões no Supremo Tribunal Federal (2010-2020)



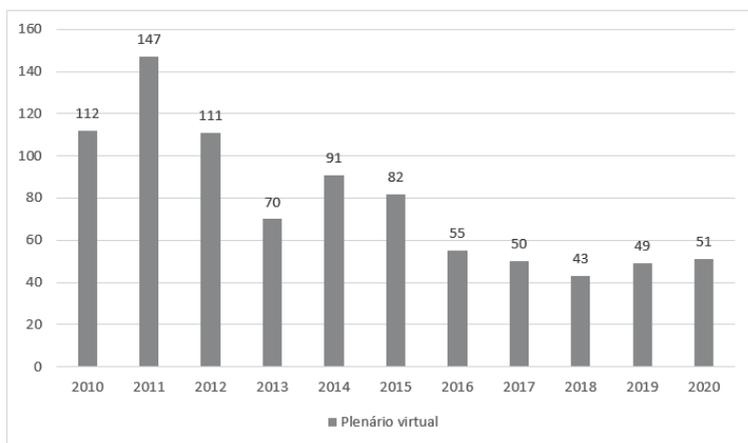
Fonte: elaborado pelo autor com dados do Portal de informações gerenciais do STF em 31/03/2021.

11 Os números podem sofrer pequenas alterações devido a atualização do sítio eletrônico.

Uma das explicações para o aumento das decisões colegiadas no STF é ampliação do plenário virtual. Não é a única nem a principal fonte para explicar esse fenômeno, mas para manter fidelidade aos objetivos desse artigo, restringe-se as análises aos dados desse formato de julgamento virtual. Vale repetir que as decisões do plenário virtual estão englobadas no aumento das decisões colegiadas, por isso o primeiro gráfico fornece uma explicação geral.

Numericamente essas decisões não são muito expressivas dentro do quantitativo global das decisões colegiadas. O percentual mais significativo foi registrado em 2011 com 01,12% das decisões colegiadas. Desde então registra decréscimos, contudo em 2020 houve o aumento devido as razões que serão detalhadas a seguir. Essa retomada é visualizada com auxílio do segundo gráfico ilustrativo abaixo apresentado:

Gráfico 02 - Decisões no plenário virtual (colegiadas) no Supremo Tribunal Federal (2010-2020)



Fonte: elaborado pelo autor com dados do Portal de informações gerenciais do STF em 31/03/2021.

Sob outra perspectiva, parece adequado ponderar que apenas a análise do quantitativo numérico e sua percentagem correspondente é insuficiente para afirmar, com segurança, a efetiva colegialidade e a deliberação interna. Nessa tônica, percebe-se a tendência de continuidade

da atuação em matéria tributária¹² ou ainda para ampliar privilégios tributários de determinadas pessoa jurídica de direito público.¹³ Desse modo, cogita-se a continuidade de certas práticas, apesar das mudanças.

Para explicar como o plenário virtual contribui para o aumento das decisões colegiadas e justificar a projeção realizada utiliza-se as reflexões de Christine Peter (2020). Além de defender a utilização do plenário virtual como uma condição exigida para a continuidade dos trabalhos institucionais do STF em tempos pandêmicos, a autora demonstra essa evolução com base nas alterações do Regimento Interno e nas Resoluções do STF.

As deliberações assíncronas permaneceram restritas a análise da repercussão geral entre 2007-2010 e, mediante a Emenda Regimental n. 42/2010, que acrescentou o artigo 323-A no Regimento Interno do STF, passou a autorizar o julgamento do mérito de questões constitucionais com repercussão geral, na hipótese de reafirmação de jurisprudência dominante do tribunal pelo plenário virtual. Em agosto de 2016, o STF permitiu o julgamento em ambiente eletrônico de agravos internos e embargos de declaração, por meio da Resolução n. 587/2016, a autora entende que essa resolução ampliou em termos quantitativos as deliberações do STF em colegiado virtual (PETER, 2020).

Em junho de 2019, a Resolução n. 642/2019 ampliou a abrangência do plenário virtual para julgar agravos internos, agravos regimentais, embargos de declaração, medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares ou tutelas provisórias e demais classes processuais com jurisprudência dominante no âmbito do STF (PETER, 2020). Vale acrescentar que a resolução dispõe de julgamento preferencialmente por meio eletrônico, todavia as atuais circunstâncias impõem sua utilização.

No início da pandemia de Covid-19 no Brasil, em março de 2020, a Resolução n. 669/2020 admite o julgamento no plenário virtual de todos

12 Veja-se, por exemplo, a edição da Súmula vinculante 57 - imunidade tributária para a importação de livro eletrônico por meio do plenário virtual.

13 A exemplo do Recurso Extraordinário n. 727851/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 22/06/2020, que definiu a tese da não incidência de IPVA sobre veículo automotor adquirido, mediante alienação fiduciária, por pessoa jurídica de direito público.

os processos de competência do STF, a critério do relator do processo ou do Ministro que pediu vista com a concordância do relator (PETER, 2020). A autora noticia um ofício do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao STF para ampliar a transparência, a publicidade, a abertura à maior participação dos advogados e outros membros de funções essenciais à Justiça, esses pedidos foram atendidos pela Resolução n. 675/2020 (PETER, 2020).

Por fim, a autora entende tratar-se de uma promessa que o futuro adiantou ao presente da jurisdição constitucional brasileira, que desde 1988 foi desafiada a ser um tribunal para onde se destinam dezenas de milhares de processos todos os anos. E isso não é, necessariamente, um problema, pois talvez seja resposta dos anseios constituintes para a jurisdicional constitucional brasileira (PETER, 2020).

Dessa maneira, é possível confirmar integralmente a hipótese testada e projetar que a utilização do plenário virtual é um dos caminhos possíveis para compatibilizar os valores constitucionais da celeridade e da colegialidade nas decisões do STF. Os aportes teóricos apresentados confirmam essa resposta e os dados estatísticos sugerem o prognóstico favorável, com elevadas chances de acerto, que a figura de “onze ilhas” decidindo individualmente seja reservada apenas aos anais da história do STF.

Conclusão

Esse artigo teve por objetivo questionar as práticas decisórias individuais adotadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A situação investigada foi a descontinuidade dessas práticas decisórias monocráticas com o apoio da utilização e da ampliação do plenário virtual para favorecer as decisões colegiadas.

Para tanto, essa pesquisa bibliográfica utilizou a revisão de literatura e o levantamento de dados estatísticos utilizados como fonte primária para a elaboração de dois gráficos ilustrativos para fundamentar a hipótese testada. A fundamentação teórica foi estabelecida pela ideia de que o STF se insere entre as cortes *online*.

Desse modo, na primeira seção foi dedicada à contextualização do ambiente da pesquisa no qual se descreveu o cenário demarcado por decisões individuais dos Ministros do STF que permanecem como decisão final. Essa constatação é alvo de críticas acadêmicas e também objeto de propostas legislativas para alterar essas práticas decisórias, viu-se a proposta legislativa mais recente até então (PL n. 816/2021).

Descreveu-se a expansão do plenário virtual nesse ambiente judicial. Fruto da relação entre direito e tecnologia, a utilização dos recursos tecnológicos no campo judicial é objeto de previsões otimistas que contemplam um repertório variado que vai desde a ampliação de acesso ao Judiciário, passando pela transparência e pela eficiência dos serviços judiciais até mesmo na projeção do aumento da colegialidade das decisões judiciais, sem colidir com a celeridade processual.

Por fim, discutiu-se os resultados obtidos, identificando de modo direto e imediato na experiência brasileira o aumento das decisões colegiadas no STF. Para tanto, foram apresentados dois gráficos. O primeiro valida as constatações realizadas na primeira seção, contudo permite identificar um movimento de expansão das decisões colegiadas no STF (2019-2020). O segundo gráfico, dedicado ao plenário virtual, ratifica esses dados estatísticos confirmando a hipótese apresentada e permite concluir que o plenário virtual colabora com as práticas decisórias colegiadas no STF. Todavia, apesar das mudanças, percebe-se a continuidade de certas práticas que não foram alteradas pela tecnologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, P. Plenário virtual em matéria tributária - déficit deliberativo e violações constitucionais. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 46, 2020, [s. p.]. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/46-2020/plenario-virtual-em-materia-tributaria-deficit-deliberativo-e-violacoes-constitucionais/> Acesso em: 05 abr. 2021.

ARAÚJO, E. B. E.; GODOY, M. G. Coronavírus e a ampliação do Plenário Virtual do STF: decisão reforça tendência do Tribunal em privilegiar a atuação individual e individualista dos ministros? **Jota: jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão**, São Paulo, 27 mar. 2020, [s. p.]. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/coronavirus-e-a-ampliacao-do-plenario-virtual-do-stf-27032020> Acesso em: 05 abr. 2021.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M.. O Supremo individual: mecanismos de influência direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 46, 2015, p. 121-155.

BARBOSA, A. L. P.; ESTEVES, L. F. G. Plenário virtual e poder de agenda do presidente do STF: diminuição ou consolidação? O presidente do Supremo ainda parece conservar em suas mãos uma grande fatia do poder de agenda do Tribunal. **Jota: jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão**, São Paulo, 28 set. 2020, [s. p.]. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-agenda-presidente-stf-diminuicao-consolidacao-28092020> Acesso em: 05 abr. 2021.

BASTOS, A. C. A. A. C. A(s) inconstitucionalidade(s) dos julgamentos virtuais no STF: antes, durante e depois da pandemia. **Jota: jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão**, São Paulo, 12 jul. 2020, [s. p.]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020> Acesso em 05 abr. 2021.

BERRI, C. H. G.; FERNANDES, H. C. P. O agigantamento do poder das 11 ilhas da suprema corte nas decisões monocráticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 15, n. 01, jan./abr. 2020, p. 220-248.

BRASIL. Agência Senado. **Projeto limita poder de ministros do STF em decisões monocráticas.** Brasília, 10 mar. 2021a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/10/projeto-limita-poder-de-ministros-do-stf-em-decisoes-monocraticas> Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário virtual.** Brasília, 31 mar. 2021b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/> Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas.** Brasília, 31 mar. 2021c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/> Acesso em: 31 mar. 2021.

CERQUEIRA NETO, J. N. **Como pensam os Ministros do STF? Direito, política e guarda da Constituição no pós-1988.** Orientador: Juliano Zaiden Benvindo. 2016. 119 f. Dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFMG. **Zika e o julgamento virtual em tempos de Covid-19.** Belo Horizonte, 23 abr. 2020, [s. p.]. Disponível em: <https://clinicadh.direito.ufmg.br/index.php/2020/04/23/zika-e-o-julgamento-virtual-em-tempos-de-covid-19/> Acesso em: 05 abr. 2021.

COSTA, A. O. C.; OLIVEIRA, K. F. A análise do requisito de admissibilidade da repercussão geral nos recursos extraordinários pelo STF, dever de fundamentação e sua relação com o writ of certiorari norte-americano. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 12, 2016, p. 249-270.

ESTEVEVES, L. F. G. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A Presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 01, jan./abr. 2020, p. 129-154.

HAN, B. **In the swarm: digital prospects**. Translated by Erik Butler. Cambridge: MIT Press, 2017.

MEDINA, D. Julgamento eletrônico no plenário virtual do STF: reflexos para a advocacia. A pandemia acelerou um processo já antigo de transição do julgamento presencial para o eletrônico. **Jota: jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão**, São Paulo, 22 abr. 2020, [s. p.]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/julgamento-eletronico-no-plenario-virtual-do-stf-reflexos-para-a-advocacia-22042020> Acesso em: 05 abr. 2021.

MIGALHAS. **“Plenário virtual inibe o debate”, afirma ex-Presidente do STF**. São Paulo, 15 março 2021, p. 01-05. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/341832/plenario-virtual-inibe-o-debate--afirma-ex-presidente-do-stf> Acesso em: 23 mar. 2021.

PETER, C. Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do futuro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jun. 2020, [s. p.]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro> Acesso em: 23 mar. 2021.

SALOMÃO, L. F. **Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Judiciário brasileiro**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020.

SANTOS, B. S. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 07, n. 13, jan./jun. 2005, p. 82-109.

SUSSKIND, R. **Online courts and the future of justice**. New York: Oxford University Press, 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Plenário virtual do STF não prejudica partes envolvidas: especialista explica medida que acelera julgamentos do órgão, que possui milhares de ações em tramitação. **Jornal da USP**, São Paulo, 11 out. 2018, [s. p.]. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/plenario-virtual-do-stf-nao-prejudica-partes-envolvidas/> Acesso em: 05 abr. 2021.

Esse artigo foi realizado com o apoio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.



DIREITO

ISSN: 1981-8684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)