



Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

**Vol. 24
Janeiro - Junho 2024**

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 24

2024

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua Riachuelo, 115, sala 532 – 5o andar – Bela

Vista 01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3119-9440

esmp_revista@mpsp.mp.br

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Diretora

Tatiana Viggiani Bicudo
Procuradora de Justiça

Chefe de Gabinete

Cynthia Pardo Andrade Amaral
Promotora de Justiça

Assessoria

André Pascoal
Promotor de Justiça

Anna Trotta Yaryd
Promotora de Justiça

Florenci Cassab Milani
Promotora de Justiça

Editora Responsável

Tatiana Viggiani Bicudo

Coordenador Editorial

André Pascoal da Silva

Arte da Capa

Cintya Eimy Kato



EXPEDIENTE

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Editora Responsável

Dra. Tatiana Viggiani Bicudo, Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP, Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Coordenador Editorial

Dr. André Pascoal da Silva, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Editora

Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini, Doutora em Direito pela PUC/SP, Professora da ESPM, FMU e Mackenzie.

Conselho Editorial

Antonio André David Medeiros, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS

Antonio Sérgio Cordeiro Piedade, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT)

Bernadette Aubert, Faculté de Droit et Sciences Sociales – Université de Poitiers

Danti Juan Michel, Faculdade de Direito de Poitiers

Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal

Eduardo Augusto Salomão Cambi, Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor da UENP e UNIPAR, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte Pioneiro

Emerson Garcia, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro., Brasil.

Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Doutor em Direito pela PUC - SP. Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo,

Gilberto Giacóia, Universidade do Norte Pioneiro - Paraná

Gregório Assagra de Almeida, Pós-doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Hermes Zaneti Jr, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino (2014); Doutor em Direito pela UFRGS, Professor da UFES

Jean Pradel, Faculdades de Direito de Poitiers e de Montreal - França

Luiz Fernando Kazmierczak, Universidade do Norte Pioneiro - Paraná

Marita Teresa Giménez-Candela, Faculdade de Direito da Universitat Autònoma de Barcelona

Samuel Rodriguez Ferrandéz, Universidad de Murcia - Espanha

Linha Editorial

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo é classificada pela CAPES como Qualis A4 e está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas.

Os artigos científicos devem abordar preferencialmente o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito. Contudo a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

Possui as seguintes Seções Temáticas: I) Temas Interdisciplinares; II) Ministério Público; III) Ciências Criminais; IV) Tutelas Difusas e Coletivas; V) Teoria Geral do Direito, as quais englobam as linhas de pesquisa definidas pela Escola para o fomento da atividade de pesquisa científica.

A RJESMPSP é semestral, o recebimento de submissões se dá em fluxo contínuo e seu formato é online.

Processo de Avaliação pelos Pares

A avaliação dos trabalhos submetidos é realizada por meio do sistema denominado “double blind peer review”, no qual cada trabalho submetido é avaliado, de forma anônima, por dois pareceristas doutores.

Periodicidade

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público tem periodicidade semestral.

Política de Acesso Livre

Esta revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.

Editorial

A nova gestão da ESMP apresenta o seu primeiro número da Revista Jurídica, com uma dupla missão: a manutenção do recente patamar alcançado por nossa tradicional publicação e o comprometimento para superar desafios, diante dos novos temas e inovações jurídicas que se apresentam em um mundo cada vez mais dinâmico e diversificado.

Aliás, diversificada é a temática dos artigos reunidos nesta nova edição, avaliados de forma criteriosa e isenta, para garantir a qualidade e a excelência de nossa Revista. Assim, foram recebidas e avaliadas as rigorosas contribuições dos diversos profissionais comprometidos com suas pesquisas que nos agraciaram com suas luzes.

A amplitude dos temas, nas mais diversas áreas do direito – processo penal, filosofia do direito, direito administrativo, improbidade administrativa, saúde e direito constitucional – constitui um verdadeiro mosaico de relevantes questões atuais que despertam o interesse de pesquisadores, estudiosos e operadores do direito.

Abrimos nossa revista com o artigo de Jorge Assaf Maluly, Pedro Henrique Demercian e Ana Carolina Gregory Villaboim que contextualiza o momento da emergência da nova Lei Mariana Ferrer (Lei nº 14.245/2021), o qual acabou influenciando a sua modulação processual e a forma como foi aplicada nas situações práticas, sem descurar da abordagem dos aspectos psicológicos referentes à vítima.

No ensaio seminal intitulado “*A banalização do mal nos presídios brasileiros*”, Rafael Antônio Baldo traça um paralelismo entre as facetas da condição humana apresentadas por Hanna Arendt - labor, trabalho e ação política - com a complexa e derrisória realidade de nosso sistema prisional, apontando estatísticas de sua ineficiência e termos propositivos para a reflexão do problema, sob o ponto de vista filosófico, político e jurídico.

Na atualidade, o exercício jurisdicional confere uma ampla margem de discricionariedade aos magistrados sobre questões que extrapolam seu nível de especialidade técnica pela própria diversidade e complexidade dos novos temas que se apresentam num cotidiano cada vez mais dinâmico e multifacetado, podendo conduzir a um “realismo jurídico” impreciso e inadequado. Por isso, o estudo “*Do realismo jurídico à realidade contemporânea: ponderações sobre uma folha de papel elástica*” de Leonardo Bellini de Castro aponta novas perspectivas hermenêuticas para o equilíbrio entre facticidade e normatividade, sob um prisma racional.

A linguagem afeta as relações sociais e jurídicas, estabelecendo verdadeiras regras de conduta e códigos próprios sobrecarregados de saberes-poderes capazes de impor padrões e limites à atuação dos cidadãos diante do Poder Público. Tal fenômeno nunca foi desprezado pela literatura mais especializada, como os estudos de Michel Foucault e Fritz Mauthner. O artigo “*Direito, Linguagem e Poder: o juridiquês como arame farpado de acesso à justiça*” de Anderson Ferreira, Izilda Maria Nardocci e Iasmim Cristina

Rodrigues Brilhante propõe uma leitura crítica sobre o “juridiquês” e seu potencial de determinar os contornos da atuação funcional dos operadores do direito, revelando seu aspecto limitante e seu caráter formal não emancipatório.

Valendo-se de proposta doutrinária e de elementos de direito comparado, o artigo intitulado “*Testes de Integridade: Controvérsias e (Re) Proposta para o Direito Brasileiro*”, de autoria de Marcelo Malheiros Cerqueira, cuida das possibilidades e perspectivas de aplicação dos testes de corrupção para aferir o padrão de lisura dos órgãos e instituições públicos e estimular práticas não corruptivas.

Reinaldo Mapelli e Cíntia Talarico da Cruz Carrer prelecionam sobre a destinação de recursos ao Sistema Único de Saúde, traçando apontamentos e reflexões sobre a utilização das verbas pelos entes públicos destinatários, no que concerne ao implemento das políticas públicas adequadas para o cumprimento dos princípios basilares da saúde pública e a competência para sua fiscalização, ainda não pacificada em nossa doutrina e jurisprudência.

Sobre a mesma área, agora do ponto de vista processual, Edith Maria Barbosa Ramos discorre sobre a “*A judicialização da saúde no âmbito dos juizados especiais cíveis*”, pontuando a possibilidade de fixação de sua competência para o julgamento de casos de saúde pública, valendo-se de pesquisa dedutiva para demonstrar a eficácia de tal via para o desafogo de nossa congestionada justiça.

Por fim, no ensaio “*A terra indígena como patrimônio cultural brasileiro*”, Motauri Ciochetti de Souza e Camila Katurchi Exner expõem a relevante, mas polêmica, questão das divisões das terras indígenas e a seus parâmetros constitucionais, sem deixar de apontar sua insuficiência para a efetiva defesa e resguardo dos interesses dos nativos e descendentes, enquanto hipossuficientes, sob o prisma dos principais documentos internacionais regentes da matéria.

Com esse destacado acervo temático, de conteúdo variado, produzido por valorosos pesquisadores, entendemos que o atual número da revista possibilitará uma leitura fluida e agradável sobre as mais diversas questões atuais de interesse jurídico e humanístico, sem comprometimento da devida profundidade acadêmica.

São Paulo, julho de 2024.

Editora Responsável

Dra. Tatiana Viggiani Bicudo.

Coordenador Editorial

Dr. André Pascoal da Silva.

SUMÁRIO

LEI MARIANA FERRER: RESPEITO À DIGNIDADE DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Pedro Henrique Demercian, Ana Carolina Gregory Villaboim, Jorge Assaf Maluly.....04 - 12

A BANALIZAÇÃO DO MAL NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Rafael Antonio Baldo13 - 34

DO REALISMO JURÍDICO À REALIDADE CONTEMPORÂNEA: ponderações sobre uma folha de papel elástica

Leonardo Bellini de Castro35 - 48

DIREITO, LINGUAGEM E PODER: o juridiquês como arame farpado do acesso à justiça

Anderson Ferreira, Iasmim Cristina Rodrigues Brilhante , Izilda Maria Nardocci49 - 78

TESTES DE INTEGRIDADE: CONTROVÉRSIAS E (RE)PROPOSTA PARA O DIREITO BRASILEIRO

Marcelo Malheiros Cerqueira79 - 107

COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO E PROCESSO EM CASO DE MALVERSAÇÃO E DESVIO DE RECURSOS DO SUS TRANSFERIDOS AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Cíntia Talarico da Cruz Carrer, Reynaldo Mapelli Jr.108 - 138

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS: considerações iniciais

Edith Maria Barbosa Ramos, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Jémina Gláucia Serra Araujo da Silveira...139 - 159

A TERRA INDÍGENA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

Motauri Ciocchetti de Souza, Camila Katurchi Exner160 - 180

LEI MARIANA FERRER: RESPEITO À DIGNIDADE DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

MARIANA FERRER LAW: RESPECT FOR THE DIGNITY OF THE VICTIM IN THE CRIMINAL PROCESS

Pedro Henrique Demercian

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail demercian@mpsp.mp.br.

Ana Carolina Gregory Villaboim

Promotora de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail anavillaboim@mpsp.mp.br

Jorge Assaf Maluly

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail jorgemaluly@mpsp.mp.br

RESUMO

Discorre-se sobre a promulgação da Lei nº 14.245/2021 e suas alterações trazidas no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei dos Juizados Especiais Criminais e Cíveis (Lei nº 9.099/95). Analisa-se o contexto que levou a edição da referida lei, a partir da realização da audiência de instrução em que houve desrespeito à dignidade da vítima Mariana Ferrer. Aborda-se tendências do sistema pátrio que denotam preocupação no trato das vítimas. Conclui-se com a análise sobre a imprescindibilidade da norma em questão, a par das críticas feitas por parcela daqueles que a entendem dispensável, além de restringir o exercício da ampla defesa.

Palavras-chave: vítima; dignidade; abuso de autoridade; revitimização; garantia da ampla defesa.

ABSTRACT

It discusses the enactment of Law No. 14.245/2021 and its changes to the Penal Code, the Code of Criminal Procedure and the Law on Special Criminal and Civil Courts (Law No. 9.099/95). The context that led to the enactment of this law is analyzed, based on the pre-trial hearing in which the dignity of the victim Mariana Ferrer was disrespected. It discusses trends in the

national system that show concern for the treatment of victims. It concludes with an analysis of the indispensability of the rule in question, along with the criticisms made by those who consider it dispensable, as well as restricting the exercise of a broad defense.

Keywords: victim; dignity; abuse of authority; revictimization; guarantee of broad defense.

1.INTRODUÇÃO

A aprovação da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (Resolução n. 40/34), pela Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU), realizada em 29 de novembro de 1985, estabeleceu uma mudança no tratamento às vítimas nos processos judiciais e administrativos. Nessa Resolução das Nações Unidas, determinou-se que o Estado e a legislação devem dispensar cuidados especiais à ofendida, tratando-a com compaixão e respeito a sua dignidade¹, evitando-se, assim, novos traumas e, até mesmo, sua revitimização (ou vitimização secundária) (Beristan, 2000. p. 105).

Com o escopo de endossar o aludido mandamento global de tratamento à vítima em nosso ordenamento jurídico é que foi promulgada a Lei nº 14.245/2021, denominada Lei Mariana Ferrer, que incluiu os artigos 400-A, 474-A do Código de Processo Penal, replicado na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 81, §1º-A, da Lei nº 9.099/95), além de agravar a pena do crime de coação no curso do processo, se o caso envolver delito contra a dignidade sexual (parágrafo único, do artigo 344, do Código Penal).

Pretende-se no presente artigo, uma abordagem sobre o contexto histórico que ensejou a edição da mencionada lei, as modificações trazidas no ordenamento jurídico, tendência jurisprudencial de maior acolhimento à vítima, além de críticas sobre sua necessidade e limitação ao direito de defesa.

¹ Item 4 da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (Resolução 40/34 da ONU).

2.CONTEXTO DA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.245/2021

Faz-se necessária uma breve análise sobre o contexto histórico e temporal que ensejou a apresentação e aprovação do Projeto de Lei que resultou na criação da Lei nº 14.245/2021. Pois bem. Em novembro de 2020, foi amplamente divulgado na mídia², o vídeo da audiência de instrução do processo criminal da 3ª Vara Criminal de Florianópolis-SC, em que a influenciadora digital Mariana Borges Ferreira (conhecida como Mari Ferrer) figurava como vítima de estupro.

No caso em tela, a vítima alegava que fora estuprada por um empresário, enquanto trabalhava numa famosa casa de eventos na Praia de Jurerê Internacional. Durante o aludido ato judicial, o defensor do acusado trata a vítima com rispidez, mostrando diversas fotos em que a vítima estava, nos dizeres dele, em “posições ginecológicas” e que “não gostaria que seu filho se relacionasse com alguém do nível” da ofendida, dentre outras ofensas, desqualificando-a como pessoa, detentora do direito de ser respeitada pelas partes. A ofendida, abalada, implorou por respeito ao Juiz que presidia o ato. A comoção do ocorrido gerou a mobilização não só da Ordem dos Advogados do Brasil, mas também de diversos órgãos correccionais, dentre os quais, os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, visando apurar as condutas omissas do magistrado e membro do Ministério Público, os quais, supostamente, não intervieram para que cessassem as agressões psicológicas praticadas pelo defensor do acusado à vítima.

Assim, após a divulgação da aludida audiência de instrução, foi promulgada a Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021, apelidada como “Lei Mariana Ferrer”, que tem por objetivo central prevenir e reprimir a revitimização (ou vitimização secundária), isto é, aquela provocada por agentes do Estado e, de maneira ampla, até mesmo pela sociedade, pela forma como se culpabiliza a vítima, em especial, de crimes sexuais.

Em que pese possa se classificar o aludido caso como emblemático, fato é que a promulgação da Lei Mariana Ferrer confirma que o Brasil se alinhou ao direito internacional comparado, em que legislações impõem limitações discursivas materiais à defesa, para resguardar a dignidade da vítima e evitar a degeneração do objeto do julgamento. A exemplo disso, os Estados Unidos acolhem a intitulada “*rape shield law*”, a legislação que,

² VEJA, a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro. [s.l, 2020] (1 vídeo 3h). Publicado pelo Canal Estado de S. Paulo. 2020. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY> >. Acesso em: 08 de março de 2024.

especificamente para processos que tenham por objeto crime de estupro, restringe a possibilidade de o advogado de defesa introduzir o histórico sexual da vítima, justamente para evitar que seja humilhada e desqualificada por informações que não sejam relevantes para comprovar a inocência ou a culpa do acusado, mormente porque não dizem respeito à autoria ou materialidade do delito. No mesmo sentido, países como Canadá, Austrália e Nova Zelândia também adotam legislação nesse sentido.

Não há como se negar a necessidade de tratar o tema de tratamento à vítima durante os atos processuais sob a perspectiva jurídica e social, haja vista que, com a gravação de audiências, sejam virtuais ou híbridas, situações antes desconhecidas, vieram à tona, escancarando, assim, comportamentos abusivos ou omissos daqueles que atuam no feito.

3.ALTERAÇÕES No CP, CPP e lei nº 9.099/95

Conforme adiantado na introdução do presente artigo, a promulgação da Lei nº 14.245/2021 alterou significativamente dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com o objetivo de coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e testemunhas, além de estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo.

Embora a Lei mencione especialmente crimes contra a dignidade sexual, fato é que as alterações se aplicam às vítimas e testemunhas de qualquer tipo de crime.

Assim, a Lei nº 14.245/2021, introduziu um procedimento padrão a ser seguido na instrução dos ritos ordinários, do júri e sumaríssimo, com redações semelhantes nos artigos 400-A, 474-A do Código de Processo Penal e art. 81, §1º-A, da Lei nº 9.099/95:

Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

- a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Dessa forma, há a exclusão do objeto da prova (prova vedada) de dados alheios aos fatos, conteúdo ou linguagem que ofendam a dignidade da vítima ou testemunha. Há limitação

processual, ao proibir-se a utilização de argumento de autoridade e/ou técnica de neutralização como a negação da vítima, comumente utilizada pela defesa em crimes de violência doméstica, quando a culpabiliza por aquilo que o agressor está sendo responsabilizado.

Assim, *v.g.*, se houver a juntada de fotos ou boletins de ocorrência ou outros documentos envolvendo a vítima, que não guardem relação com o fato em julgamento e visem desvalorizá-la, tais provas serão consideradas ilegítimas, porque violam aludidos dispositivos processuais (Demercian; Maluly, 2023, p. 224-225) e, conseqüentemente, deverão ser desentranhadas do processo.

Sabe-se que, antes mesmo da vigência da norma objeto deste estudo, o ordenamento jurídico brasileiro já previa limites à atividade probatória, ao dispor no artigo 400, §1º, do CPP, o dever de o julgador coibir a atividade indagativa que se mostre irrelevante, impertinente ou protelatória. Dessa forma, a Lei Mariana Ferrer pode ser interpretada como uma norma processual de reforço, de garantia, que objetiva um dever jurídico e de zelo não só ao juiz - exigindo-lhe uma postura mais diligente e ativa – mas, também, aos demais atores do processo (promotores, assistentes de acusação, defensores e até mesmo peritos) (Fernandes; Cunha, 2021), com o objetivo de efetivar o acolhimento à vítima e testemunhas, mas, principalmente, respeitar sua dignidade, dando-lhe tratamento humanizado (Cunha; Pinto, 2022, p.162 e 163).

Ainda, a Lei nº 14.245/2021, trouxe nova causa de aumento de pena (de um terço até a metade) para o crime de coação no curso do processo, se o caso envolver delito contra a dignidade sexual (parágrafo único, do artigo 344, do Código Penal). Aqui, embora a majoração de pena tenha sido inspirada no caso “Mariana Ferrer”, fato é a conduta que se almejava prevenir e reprimir, qual seja, a praticada durante o ato judicial, dificilmente ocorre mediante violência ou grave ameaça. Assim, parece que a responsabilidade criminal dos agentes do Estado está mais bem atendida na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19), que foi modificada pela Lei nº 14.321/2022, que tipificou o crime de violência institucional, em seu artigo 15-A, como sendo a conduta comissiva do agente público que submeter a vítima a procedimentos desnecessários, que impliquem em situação de violência e sofrimento ou estigmatização, bem como a intimide. Além disso, pune de maneira mais gravosa a omissão daquele que permite que terceiro intimide a vítima.

4.MUDANÇA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A ampla divulgação das humilhações sofridas em audiência por Mariana Ferrer, no caso em que figurava como vítima de estupro, desencadeou reações, para além da edição e promulgação da Lei nº 14.245/2021, que ainda reverberam no sistema de justiça. Isso porque, no dia 1º de agosto de 2023, quando do julgamento da ADPF 779, o Supremo Tribunal Federal decidiu rejeitar em definitivo, por decisão unânime, a tese de “legítima defesa da honra” no plenário do Júri, em casos de feminicídio³.

A aludida tese defensiva, para dizer o mínimo, era arcaica, reforçava a ideia de submissão e posse da mulher, bem como afrontava a dignidade da vítima. Os adeptos desse argumento, ignorando os direitos fundamentais da vítima, contidos na Constituição Federal de 88, visando alcançar a absolvição, insistiam em utilizar o argumento de que o acusado teria praticado o homicídio para defender a própria honra, agravada pelo comportamento imoral da mulher. Assim, o conteúdo e o uso da mencionada alegação defensiva implicavam, necessariamente, uma revitimização (ou vitimização secundária) da mulher, pois primeiro foi instrumentalizada para a restauração da honra do agressor e, após, novamente é objetificada pela defesa do acusado, submetendo-a a um julgamento moral, desqualificando-a, tudo em prol do édito absolutório (Abboud; Santos; Kroschinsky. 2021. p. 205-223).

Em outro precedente interessante, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina apreciou a aplicação da regra do art. 474-A do CPP em um processo de júri e rejeitou a ocorrência de nulidade, em face do indeferimento de questionamento à vítima de um crime de homicídio tentado, porque a prova indeferida visava “a desvalorização da vítima perante o Conselho de Sentença, sem o objetivo de se debater os fatos apurados”:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO
(CP, ART. 121, § 2º, II E IV) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO
DEFENSIVO. AVENTADO CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O
INDEFERIMENTO DE QUESTIONAMENTO À VÍTIMA DO HOMICÍDIO

³ Essa inferiorização jurídica coisificadora da pessoa humana da mulher frente ao homem é a óbvia origem histórica da axiologia que 'justificou' (leia-se, racionalizou a irracionalidade da horrenda, nefasta e anacrônica tese de lesa-humanidade da 'legítima defesa da honra' (sic), pela qual se atribuía ao homem o teratológico 'direito' de assassinar sua esposa quando a flagrasse em adultério com outro homem, a pretexto de lavar sua honra com sangue (sic). Afinal, data maxima venia, abstraídas tergiversações de machismo patriarcal, não há nenhuma outra forma que possa ser utilizada para se defender esse absurdo 'direito a assassinar quem comete adultério' (sic), a saber, a verdadeira coisificação da pessoa que comete (real ou supostamente) ato de infidelidade sexual, como uma verdadeira 'coisa' de 'propriedade' da pessoa que assassina (historicamente, sempre um homem assassinando uma mulher), para, somente assim, considerar tentar dar alguma racionalização (conceito distinto de racionalidade) a essa teratológica prevalência da suposta 'honra' da pessoa traída sobre a 'vida' da pessoa assassinada...”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial, ADPF 779. Relator: ministro José Antônio Dias Toffoli, p.26

TENTADO - INOCORRÊNCIA - PROVIDÊNCIA ADOTADA EM CUMPRIMENTO AO DEVER LEGAL DE ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DA VÍTIMA - EXEGESE DO ART. 474-A DO CPP - ADEMAIS, NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO NO RECURSO - PRELIMINAR AFASTADA.

I - No âmbito do Plenário do Júri, a Lei n. 14.245/2021 (conhecida como Lei Mariana Ferrer) determinou a todos os sujeitos processuais o dever de zelar pela integridade física e psicológica das vítimas, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, e coube ao Juiz Presidente garantir esse direito, vedando, inclusive, "a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos" (art. 474-A do Código de Processo Penal).

II - Não há como se imputar como ilegal o ato de indeferimento de prova que visava a desvalorização da vítima perante o Conselho de Sentença, sem o objetivo de se debater os fatos apurados.

III - Não se reconhece nulidade, no processo penal, sem a demonstração de eventual prejuízo sofrido: *pas de nullité sans grief*.

(...)

RECURSO DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação Criminal n. 0000558-06.2014.8.24.0141, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 16-02-2023).

No mesmo sentido, foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que rejeitou a possibilidade de juntada aos autos de boletins de ocorrência nos quais a vítima de feminicídio constava como autora por cuidarem de fatos alheios ao processo:

Habeas Corpus. Feminicídio. Pretensão de juntada aos autos de boletins de ocorrência nos quais a vítima figure como autora ou averiguada. Impossibilidade. Constrangimento ilegal não demonstrado. Indeferimento bem fundamentado pela autoridade coatora. Inteligência do art. 474-A do CPP. Fatos alheios ao processo que não contribuem para o julgamento da ação penal. Proteção à dignidade da vítima. Precedentes desta Corte de Justiça. Ordem denegada (TJSP, HABEAS CORPUS nº 2020533-09.2024.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Luiz Fernando Vaggione, 2ª Câmara de Direito Criminal, j. 07/03/2024, publicação: 07/03/2024).

CONCLUSÃO

A Lei Mariana Ferrer é uma norma de suma importância porque resguarda as vítimas e testemunhas contra a violência institucional. Também é um reforço importante para juízes, promotores, defensores públicos e advogados para que tratem as vítimas e testemunhas com o máximo respeito.

Não se nega a existência de críticas severas de parcela dos operadores do direito, que tem a lei em questão como “simbólica” - mormente porque a atividade probatória já era limitada em nosso ordenamento jurídico (artigo 400, §1º, do CPP) – além de uma verdadeira mordança ao direito de defesa, já que restringiria a plenitude dessa, ao vedar a abordagem de determinados vieses históricos da vítima, para se alcançar a absolvição. Ainda assim, vê-se como positiva sua promulgação.

Deve-se reconhecer, ainda, uma incapacidade estrutural do sistema de Justiça para lidar com o respeito às vítimas, especialmente nos crimes contra a dignidade sexual praticados contra mulheres, cuja condição de vulnerabilidade requer maior acolhimento e proteção por parte de todos os agentes públicos.

A utilização corriqueira de argumentos de ataque pessoal e de autoridade para promover a desqualificação da vítima mulher ainda é presente de maneira estrutural nos processos crimes, eis que a violência de gênero se perpetua na sociedade brasileira e, também, na prática jurídica (Freitas; Silveira. 2023, p. 153-175). Tanto é assim que foi preciso que a mais alta corte do país rechaçasse a utilização da tese de legítima da honra no plenário do Júri, por ser ofensiva à dignidade da vítima mulher.

Desse modo, ainda que seja tida como uma norma orientadora e de reforço às partes atuantes no processo, a Lei nº 14.245/2021 cumpre seu papel ao reforçar a importância do tratamento de respeito que deve ser dispensado às vítimas e testemunhas, quando de suas oitivas em Juízo e na fase investigativa.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; KROSHINSKY, Matthäus. **Entre a coisa e o homo sacer** – a legítima defesa da honra e a condição feminina. Revista dos Tribunais. vol. 1032. ano 110. p. 205-223. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/158908>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2024.

BERISTAN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

BRASIL. **Lei nº 14.245/2021, de 22 de novembro de 2021**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm . Acesso em 15 de fevereiro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.869/2019, de 5 de setembro de 2019**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm . Acesso em 15 de fevereiro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.321/2022, de 31 de março de 2022**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14321.htm#art2. Acesso em 15 de fevereiro de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial, ADPF 779**. Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha – 11.340/2006: comentada artigo por artigo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**, 10ª edição, 2023, São Paulo: Rideel).

FERNANDES, Valéria Diez Scarance; CUNHA, Rogério Sanches. **Lei nº 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações iniciais**. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/11/24/lei-14-24521-lei-mariana-ferrer-consideracoes-iniciais/#_ftnref1. Acesso em: 27 de fevereiro de 2024

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 153-175. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução n. 40/34, de 29 de novembro de 1985**. MPF, Brasília, 2023. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-princjusticavitimas.pdf>. Acesso em: fev. 2024.

SABADELL, Ana Lúcia; MUNIZ, Paloma Engelke. **Uma análise da violência institucional contra meninas e mulheres vítimas de estupro pelo sistema de justiça criminal**. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 20, p. 25-44, jun.-jul. 2020.

VEJA. **Íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro**. [s.l, 2020] (1 vídeo 3h). Publicado pelo Canal Estado de S. Paulo. 2020. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY> >. Acesso em: 08 de março de 2024.

A BANALIZAÇÃO DO MAL NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

THE BANALITY OF EVIL IN BRAZILIAN PRISONS

Rafael Antonio Baldo

Doutor em Direito Financeiro pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy pela Università degli Studi di Genova. Procurador do Ministério Público de Contas de SP.

RESUMO

O artigo analisará a banalização do mal nos presídios brasileiros sob o prisma filosófico de Hannah Arendt. Baseado no método indutivo, o estudo cotejará as condições do sistema penitenciário brasileiro aos pressupostos da vida ativa e da vida contemplativa. De início, a situação precária dos presídios será examinada a partir de decisões e relatórios que foram elaborados por órgãos nacionais e internacionais, como o Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional, o Conselho Nacional de Justiça, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Na sequência, a filosofia política de Hannah Arendt norteará a abordagem da *condição humana* nos domínios da vida ativa (laborar, trabalhar e agir) e da vida contemplativa (pensar, julgar e querer), denunciando os perigos da padronização comportamental. Por fim, a conclusão destacará o potencial emancipatório da ação política e do pensamento crítico, duas condições humanas que podem romper o ciclo de barbárie e mitigar a banalidade do mal dentro do cárcere.

Palavras-chaves: políticas públicas; execução penal; sistema penitenciário; dignidade humana; filosofia política.

ABSTRACT

The article will analyze the banalization of evil in Brazilian prisons from the philosophical perspective of Hannah Arendt. Based on the inductive method, the study will compare the conditions of the Brazilian penitentiary system with the assumptions of active life and contemplative life. Initially, the precarious situation of prisons will be examined based on decisions and reports that were prepared by national and international institutions, such as the Brazilian Supreme Court, the National Congress, the National Council of Justice, the Inter-American Court of Human Rights and the Mechanism National Council for the Prevention and Combat of Torture. Subsequently, Hannah Arendt's political philosophy will guide the approach to the human condition in the domains of active life (labor, work, and action) and contemplative life (thinking, judging and, willing), denouncing the dangers of behavioral standardization. Finally, the conclusion will highlight the emancipatory

potential of political action and critical thought, two human conditions that can break the cycle of barbarism and, also mitigate the banality of evil in prisons.

Keywords: public policies; criminal execution; penitentiary system; human dignity; political philosophy.

1. INTRODUÇÃO

Para a grande maioria dos brasileiros, a virada do ano representa um momento de alegria e de recomeço, pois os erros do passado são avaliados, perdoados ou mesmo esquecidos, dando lugar às promessas de um futuro melhor. Infelizmente, nem todas as pessoas têm essa oportunidade por estarem confinadas num ambiente onde a rotina de barbárie retira o brilho de qualquer data especial. Quando essa rotina é excepcionalmente interrompida, os momentos de catarse reproduzem a ordem natural de barbárie, porque a miopia da exclusão já não permite enxergar novos horizontes. Assim, logo nas primeiras horas de 2017, determinada rebelião num dos presídios de Manaus deixou cinquenta e seis mortos, muitos dos quais foram decapitados ou esquartejados. Quando os noticiários divulgaram a ocorrência do motim, muitos brasileiros ficaram horrorizados com as cenas de violência. Mas, para os detentos e os agentes penitenciários que vivem dentro das prisões, a realidade carcerária é composta por uma “ordem natural” de violência e de maus-tratos. A superpopulação carcerária e as condições desumanas das instalações certamente contribuíram para agravar esse quadro.

Nesse cenário dantesco, o Supremo Tribunal Federal deu início a judicialização das políticas públicas que estão relacionadas ao sistema penitenciário brasileiro. Depois de ter afastado a cláusula da reserva do possível para determinar a realização de obras emergenciais em certa unidade prisional, o Tribunal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” para ordenar a liberação das verbas atreladas ao Fundo Penitenciário Nacional, que se destina à modernização e ao aprimoramento dos presídios brasileiros. Além disso, a Corte Suprema já assentou que o detento submetido a superpopulação carcerária e condição degradante tem direito à indenização por danos morais. Essa foi a resposta pretoriana à série de relatórios que foram produzidos por órgãos nacionais e internacionais, noticiando as condições desumanas dos presídios nacionais e a prática

reiterada de violação dos direitos humanos. Além da CPI dos Presídios, dos relatórios finais dos mutirões carcerários e das medidas cautelares da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as vistorias realizadas pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura têm contribuído para denunciar os horrores do cárcere, trazendo a questão para o debate público. Dentre seus relatórios, a vistoria realizada nos presídios de Manaus noticia a ocorrência de espancamentos, queimaduras, choques elétricos, afogamento e sufocamento, revelando um cenário de banalização do mal.

Delineados os contornos do problema, o presente artigo tem o objetivo de demonstrar a banalização do mal nos presídios brasileiros, tomando como referencial teórico o pensamento filosófico de Hannah Arendt. Depois de expor a realidade carcerária do país, o artigo traça um paralelo simbólico entre os horrores praticados no totalitarismo e as atrocidades perpetradas no sistema penitenciário brasileiro, buscando o ponto de intersecção na ideia de circularidade normatizante. Graças ao rápido avanço dessa circularidade nos domínios da vida ativa (labor, trabalho e ação) e da vida contemplativa (pensamento, julgamento e volição), o ser humano é lançado numa rotina cheia de padrões repetitivos e de normas abstratas que uniformizam seu comportamento, desestimulando a capacidade de agir e de pensar, com o consequente prejuízo para o espaço público da aparência. Ao aderir à solução arendtiana, o estudo reforça seu compromisso com o projeto de emancipação do ser humano por meio da singularidade e da pluralidade, propondo o resgate da ação política e do pensamento crítico dentro do cárcere.

2. AS CONDIÇÕES DESUMANAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Em 16 de fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que detento submetido à situação degradante e à superlotação tem direito a indenização por danos morais. No caso, os Ministros da Corte deram provimento ao Recurso Extraordinário n. 580.252/MT, sob o argumento de que o Estado assume a responsabilidade pela integridade física e psíquica daquelas pessoas que estão sob sua custódia. Vale ressaltar que essa decisão do Supremo Tribunal Federal retomou o movimento de judicialização das políticas públicas relacionadas ao sistema prisional do país. Esse movimento teve início com o

juízo do Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, na sessão de 13 de agosto de 2015, e com a apreciação da medida cautelar referente à ADPF n. 347/DF, na sessão de 09 de setembro de 2015.¹ Nessas duas situações, o Supremo Tribunal Federal seguiu a mesma *ratio decidendi*, na medida em que ambas as decisões discorreram sobre as condições deploráveis dos presídios brasileiros e sobre o dever normativo de proteção da dignidade humana daquelas pessoas privadas de sua liberdade, ressaltando o papel do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais.

No Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, a Corte afastou a cláusula da reserva do possível para ordenar a realização de obras emergenciais em unidade prisional gaúcha com a finalidade de proteger a integridade física dos presos. Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski fez um resgate histórico das prisões brasileiras, mostrando que o cárcere é visto como “depósito de pessoas”, “fábrica de criminosos” e “masmorras medievais”, onde o preso vive em condições dantescas de miséria. Ele ressaltou que, após os horrores do nazismo, a dignidade da pessoa humana firmou-se como sobreprincípio, mas sua força normativa não alcança os presídios do país devido à “coisificação de seres humanos presos”, acrescentando o sofrimento físico, moral e psicológico à privação da liberdade. Também reconheceu a clara violação dos direitos fundamentais pelo próprio Estado, com a afronta da Constituição Federal de 1988, da Lei de Execuções Penais e de tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por tais razões, o voto assentou que o Poder Judiciário deve exercer seu poder contramajoritário no sentido de dar proteção ao mínimo existencial e aos direitos fundamentais dos presos.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, com o objetivo de determinar, liminarmente, a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e de proibir novos contingenciamentos das verbas atreladas ao fundo. Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio apreciou os pedidos cautelares, frisando que a situação desumana dos presídios viola o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de tortura, tratamento desumano e penas cruéis, bem como a obrigação de assegurar a

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF-MC 347**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, *dje*. 19.02.2016.

integridade física e moral dos presos. Ele também destacou a fragilidade da coordenação institucional entre os Poderes, pois o Poder Legislativo e o Poder Executivo não se comunicam durante a formulação e a implementação das políticas públicas, ao passo que o Poder Judiciário costuma aplicar a lei penal praticando a “cultura do encarceramento”. Nesse contexto, foi reconhecido o “estado de coisas inconstitucional”, permitindo ao Poder Judiciário interferir nas políticas públicas e nas escolhas orçamentárias que estão relacionadas ao sistema prisional brasileiro, como meio excepcional de estancar a violação dos direitos fundamentais da população carcerária.

Resgatada a trajetória desse movimento jurisprudencial que se destina à valorização dos direitos fundamentais dos detentos, é preciso asseverar que essas três decisões do Supremo Tribunal Federal consistiram na resposta institucional pretoriana para dois problemas que se agravaram nas últimas décadas. Por um lado, tem-se o problema ontológico da superlotação dos presídios, em decorrência do crescimento vertiginoso do número de prisões. Isso pode ter colaborado para o desencadeamento de uma série de rebeliões que ocorreram nos presídios do país no início de 2017, com a prática de várias atrocidades, principalmente nas unidades prisionais do Amazonas e do Rio Grande do Norte. De outro lado, há o problema deontológico de violação das regras de execução penal diante da situação desumana das penitenciárias brasileiras, a confirmar a ineficiência das políticas públicas e a falta de coordenação estrutural na resolução de problemas transversais, deixando de atender às reiteradas advertências que foram realizadas por órgãos nacionais e internacionais.

Há tempos as autoridades fiscalizatórias e os órgãos internacionais já vinham alertando o governo brasileiro sobre os perigos decorrentes da superpopulação carcerária e das condições degradantes das prisões. Em 2007, a Câmara dos Deputados instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito com o objetivo de investigar a realidade do sistema carcerário. De acordo com o relatório final, os presos vivem numa realidade cruel onde são tratados como “lixo humano”. Para ilustrar, “a CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”. Além disso, a maioria dos presídios vistoriados não tinha acesso a água, nem a saneamento básico, “com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto

por um cheiro insuportável”. Em Porto Velho, certo detento esperou tanto tempo pelo atendimento médico que sua gangrena evoluiu a ponto de exigir a amputação do pé.²

No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça tem realizado mutirões carcerários desde 2010 com foco na revisão criminal e na inspeção prisional, resultando na elaboração de vários relatórios sobre a situação carcerária de cada Estado.³ No Estado do Amazonas, por exemplo, o relatório de 2010 apontou a deficiência dos serviços médicos, a insuficiência do número de agentes penitenciários e a existência de estruturas precárias, com celas sujas e mal ventiladas, gerando ambientes insalubres.⁴ Por sua vez, o relatório de 2013 ressaltou a superlotação das celas, concluindo que “os presídios não podem ser o lugar onde são armazenados seres humanos apenas para a tranquilidade dos que estão do lado de fora”.⁵ No Rio Grande do Norte, o relatório de 2011 frisou que os presídios estaduais “são verdadeiros calabouços onde seres humanos são mantidos em condições indescritíveis por meses e até anos”.⁶ Vale frisar que esses relatórios alinharam-se às conclusões obtidas nas demais regiões, com a notícia recorrente de superlotação, celas insalubres e proliferação de doenças.

Transpondo as fronteiras do país, a questão carcerária brasileira também foi abordada por órgãos internacionais, como a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH). Dentre 2011 a 2016, a Corte Internacional de Direitos Humanos propôs, reiteradamente, que o Brasil adotasse várias medidas cautelares com o objetivo de prevenir danos irreparáveis às pessoas privadas de sua liberdade. Nesse sentido, a Medida Cautelar n.º 199/11 apurou a prática de tortura e a morte de 97 detentos no presídio “Professor Aníbal Bruno”, localizado em Recife. Na sequência, a Medida Cautelar n.º 08/13 verificou a situação de risco no presídio central de Porto Alegre devido à superlotação e à falta de higiene, assistência médica e segurança. Por sua vez, a Medida Cautelar n.º 367/13 recaiu

² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Último acesso em: 04.jun.2024.

³ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/relatorios-dos-mutiroes-carcerario/>>. Último acesso em: 04.jun.2024.

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório do II Mutirão Carcerário do Amazonas**, 2010. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/amazonas.pdf>>. Último acesso em: 04.jun.2024.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório do III Mutirão Carcerário do Amazonas**, 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/amazonas_2013.pdf>. Último acesso em: 04.jun.2024.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Final do Mutirão, 2011**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/riograndedonorte.pdf>>. Último acesso em: 04.jun.2024.

sobre o assassinato violento de 44 presos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado no Estado do Maranhão. Posteriormente, a Medida Cautelar n.º 39/16 investigou a falta de água potável, comida, material de higiene e medicamentos no “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”, que integra o complexo “Bangu”, no Estado do Rio de Janeiro.

Da leitura de todas essas decisões judiciais e de todos os relatórios que foram elaborados por órgãos nacionais e internacionais, constata-se a denúncia recorrente de superlotação das celas, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de água, comida e medicamentos, bem como a prática de homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual. Diante da repercussão nacional e internacional desses fatos, a Lei Federal n. 12.847/2013 criou o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, cabendo-lhe vistoriar as unidades prisionais. O relatório final das vistorias deve ser encaminhado para o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, para a Procuradoria da República e para as autoridades penitenciárias. Dentre os relatórios confeccionados, destacou-se a vistoria realizada nas unidades prisionais de Manaus em dezembro de 2015. Essa vistoria de 2015 foi importante porque já existiam dados oficiais de 2010 que noticiavam a violação dos direitos humanos, com indícios de tortura e maus-tratos, porque parte do sistema prisional de Manaus tinha sido privatizado na época e porque Manaus foi o primeiro lugar onde despontaram as rebeliões que agitaram o Brasil logo no início de 2017, com a decapitação e o esquartejamento de várias pessoas.

De início, o relatório dessa visita realizada em 2015 frisou a dificuldade de acesso aos presídios de Manaus, longe dos olhos do cidadão comum, o que reforça a marginalização da população carcerária manauara, composta, predominantemente, por jovens negros ou pardos, com baixa renda e baixa escolaridade, mostrando o quanto a pena recai sobre pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica. Com relação à estrutura física das unidades prisionais, foram destacadas as condições precárias do encarceramento, com celas úmidas, sujas e escuras, por onde circulam ratos e baratas. Neste ambiente escabroso, a segurança era garantida pelos pouquíssimos agentes penitenciários e pelos empregados das empresas privadas que tinham sido contratadas para administrar as unidades num sistema de cogestão. Foi apurado o exercício comum dos poderes disciplinares, com delegação da força legítima para as instituições privadas. Para

agravar, comunicou-se que a alta rotatividade desses empregados favorecia a prática de atos de tortura e de maus-tratos por dificultar a identificação dos agressores.

Ainda no que concerne ao quadro de pessoal, o relatório frisou que, “os funcionários parecem apresentar um parco conhecimento técnico sobre seu trabalho”, na medida em que os cursos de formação eram superficiais e insuficientes para lidar com a realidade carcerária. Além disso, “observou-se que há um limite muito claro para a atuação dos agentes penitenciários, que se restringe à abertura e ao fechamento das celas, movimentação dos presos em alguns espaços da unidade e outras atividades pontuais”. Aliás, os diretores disseram que, “são os próprios presos que fazem o controle dos pavilhões”, questionando, inclusive, algumas ordens de transferência. Com isso, vivia-se praticamente num sistema de autogoverno, onde as regras de convivência eram criadas pelas facções criminosas, separando os presos em pavilhões distintos para evitar um confronto fatal entre as facções. Durante os motins, os confrontos resultavam em espancamentos, queimaduras, choques elétricos e sufocamentos, revelando um cenário de banalização do mal.

Fenômeno moderno, essa banalização do mal não decorre da prática, *per se*, dos atos de violência e tortura, pois o mal sempre esteve presente ao longo da história. Afinal, a civilização humana evoluiu à custa da brutalidade que permeava a relação entre “nós” e “eles”, mas sempre se justificava para atingir determinado objetivo, como a vitória de um povo, a restauração da ordem, a expiação dos pecados ou mesmo o instinto de sobrevivência humana. Tudo indica que, na modernidade, o mal não tem uma finalidade senão viver seu curso sádico, banalizando a maldade sem se ater a qualquer juízo moral. O mal absoluto não se acanha, pois fulmina qualquer noção de alteridade. E, nas prisões brasileiras, isso ficou evidente durante os motins, uma vez que os atos de violência e de tortura se tornam situações banais que envolviam tanto os conflitos entre agentes penitenciários e os presos, quanto os confrontos entre os detentos. Nessas rebeliões, o espasmo de liberdade traz uma catarse sádica que se revolta contra a rotina padronizada e a circularidade normatizante do cárcere.

Nessa circularidade normatizante, o ser humano se acostuma à barbárie recorrente, ainda mais porque as condições desumanas do cárcere impulsionam a destruição daqueles traços de humanidade que são indispensáveis para qualquer ação interativa ou para

qualquer diálogo reflexivo. Não fosse a privação de sua liberdade e de sua integridade física, o detento perde, praticamente, sua capacidade de realizar qualquer juízo moral sobre as atrocidades praticadas no espaço marginalizado do cárcere, porque se vê constantemente lançado numa rotina cíclica de tensão que impede uma pausa reflexiva para entabular um dialógico crítico do "eu comigo mesmo". Perdido nesse *dasein* de exclusão, longe do espaço público da aparência, o preso assiste ao esfacelamento de sua integridade física e psíquica, de forma a desestruturar as condições ontológicas e deontológicas sobre as quais está assentada sua própria condição humana. Com poucas perspectivas de emancipação, o detento não vê uma alternativa senão se render à padronização comportamental que produz e reproduz a cadeia de violência.

Na filosofia política, Hannah Arendt analisou a condição humana nos domínios da vida ativa e da vida contemplativa, denunciando os perigos da padronização comportamental. Em vários trabalhos, a autora tomou como ponto de partida os horrores do nazismo para demonstrar as origens da banalidade do mal. Resguardadas as diferenças históricas, é possível estabelecer uma relação analógica entre os horrores do totalitarismo e as barbáries que são praticadas dentro dos presídios, tomando como referência o avanço da circularidade normatizante no espaço marginalizado da não-aparência. Nesse ponto, socorro à filosofia arendtiana pode ser útil para indicar uma solução capaz de resgatar a condição humana dos detentos brasileiros. É por isso que os próximos tópicos se dedicam à exposição dos principais pontos abordados pela autora sobre as condições da vida ativa e da vida contemplativa.

3. O AVANÇO DA CIRCULARIDADE NORMATIZANTE NOS DOMÍNIOS DA VIDA ATIVA E CONTEMPLATIVA

Na obra *A Condição Humana*, Hannah Arendt afirma que a expressão *vita activa* (vida ativa) designa três atividades que correspondem a três condições básicas do ser humano. Em primeiro lugar, a vida é a condição básica do labor, que é a atividade constante e interminável do *animal laborans* que se destina à satisfação das necessidades biológicas, num ciclo que envolve nascer, comer, dormir, crescer, reproduzir, morrer etc.

Em segundo lugar, a mundanidade é a condição básica da fabricação ou do trabalho, levando à construção de um mundo-comum pelo *homo faber*. Em terceiro lugar, a pluralidade é a condição básica da ação política, a única atividade exercida diretamente entre os seres humanos sem a intermediação da matéria. O labor permite a manutenção da espécie humana, enquanto a fabricação confere certa permanência e durabilidade para a vida das pessoas que conseguem deixar um legado para a posterioridade, como uma obra de arte ou um clássico da literatura. Por fim, a ação política abre caminho tanto para a lembrança das grandes figuras históricas, quanto para a abertura de novos caminhos e começos, categoria central do pensamento político da filósofa alemã.⁷

Embora a vida ativa tenha raiz no mundo dos homens e dos artefatos, somente a ação não poderia ser imaginada fora da sociedade, pois o *animal laborans* e o *homo faber* dispensam a presença de outros indivíduos nos momentos de satisfação pessoal das necessidades básicas e de idealização introspectiva dos artefatos. A partir dessas considerações, o mundo antigo construiu uma fronteira entre duas esferas distintas: por um lado, havia a esfera privada, a *oikos*, onde eram escondidas a fragilidade, a violência e a desigualdade entre pessoas que eram obrigadas a viver em conjunto para suprir suas necessidades básicas; e, por outro lado, existia a esfera pública, a *polis*, onde se exibiam, no mundo das aparências, aqueles fatos e feitos humanos que eram dignos de lembrança no futuro, sejam eles resultados da política ou da fabricação.

Na modernidade, o espaço público voltou-se para a satisfação das necessidades típicas do *animal laborans*. Coube ao Estado organizar a economia com o objetivo de acomodar os interesses públicos e privados em torno do labor realizado na esfera social. Após a Revolução Industrial, o processo interminável do labor rompeu os limites da vida privada e avançou para a esfera pública, prevalecendo sobre o trabalho e a ação. Guiado pela racionalidade cíclica, o ser humano vive num mundo dominado pelo ideal de abundância em que os objetos de uso e os bens de consumo são constantemente produzidos e consumidos. Essa mesma racionalidade cíclica é movida pela satisfação pessoal das necessidades e dos desejos também faz com que os indivíduos sejam coisificados, consumidos e substituídos tanto na esfera social do labor fabril, quanto na esfera pública da política de massa e na esfera privada dos relacionamentos. Na esfera social do labor fabril,

⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pp. 15-20.

as ferramentas do *homo faber* foram substituídas por máquinas que copiam o ritmo do corpo que rege a vida do *animal laborans*.

Inspirado no movimento repetitivo das máquinas fabris, o comportamento uniforme do fordismo substituiu a ação inovadora, digna de ser lembrada no futuro, por regras padronizadoras que garantem previsibilidade e calculabilidade, criando um tipo de circularidade normatizante. De acordo com Hannah Arendt, “os feitos perderão cada vez mais a sua capacidade de opor-se à maré de comportamentos, e os eventos perderão cada vez mais a sua importância, isto é, a sua capacidade de iluminar o tempo histórico”.⁸ No mesmo sentido, André Duarte adverte que a sociedade de massas promove a alienação do ser humano com relação ao mundo circundante, substituindo a capacidade de agir espontaneamente pelo comportamento, numa rotina monótona, repetitiva e previsível.⁹ Ainda que o homem busque refúgio contra essa uniformização na esfera da intimidade ou nos momentos esporádicos de *petit bonheur*, esse isolamento não é capaz de impedir a difusão da racionalidade cíclica e repetitiva do *animal laborans*. Outro meio de evitar que o indivíduo fique preso ao comportamento cíclico e previsível é buscar refúgio na filosofia metafísica. Aliás, desde a Antiguidade Clássica, quando a expressão *vita activa* perdeu seu significado originalmente político, a contemplação passou a ser vista como o único modo de vida realmente livre. De acordo com Hannah Arendt, Platão inaugurou essa preocupação com o eterno contemplativo, defendendo que a vida contemplativa prevaleceria sobre a vida ativa por estimular um tipo de reflexão que aproximaria o indivíduo do *Kosmos*.¹⁰

Assim como a modernidade submeteu a *vita activa* às normas padronizadoras do labor, a Hannah Arendt observa que as atividades da *vita contemplativa* também foram submetidas à cognição normatizadora das ciências modernas. Enquanto o pensar ocorre aqui e agora no presente, o querer voltar-se para o futuro e o julgar olha para fatos e ações que ocorreram no passado, daí despontando o perdão e a promessa como duas virtudes essenciais que permitem ao ser humano se concentrar no presente. Na era moderna, a substituição do geocentrismo pelo heliocentrismo fez com que o homem desconfiasse de

⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁹ DUARTE, André. “Hannah Arendt e a modernidade: esquecimento e redescoberta da política”. CORREIA, Adriano (Coord.). **Transpondo o abismo**: Hannah Arendt entre a filosofia e a política, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 69.

¹⁰ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 151.

seus próprios os sentidos, que operam aqui e agora no presente. Aquelas evidências da natureza que até então dispensavam comprovação sucumbiram à única verdade, a dúvida cartesiana. A essência do *cogitatio* era que ela sempre significava *cogito me cogitare*, isto é, a dúvida direcionava-se para o próprio sujeito. Ora, se o homem não podia conhecer o mundo aparente que lhe foi dado, ao menos ele poderia conhecer os processos cognitivos que se passam na sua mente. Assim, a dúvida cartesiana corrompeu a confiança humana nos seus sentidos e na realidade do mundo comum e presente, trazendo uma “(...) preocupação exclusiva com o ego, em oposição à alma ou à pessoa ou ao homem em geral, uma tentativa de reduzir todas as experiências, com o mundo e com os outros seres humanos, a experiências entre o homem e si mesmo”.¹¹

Ao discorrer sobre o assunto, Odílio Alves Aguiar assevera que a filosofia entrou em crise quando os filósofos passaram a reduzir o pensamento aos processos cognitivos. A partir desse diagnóstico, o autor afirma que, “renunciando à atividade instável e sem fim do pensar, o filósofo metafísico sai em busca de princípios eternos, acolhe os sistemas como morada e se transforma num caçador do absoluto, um ‘cruzado do Santo Graal’”.¹² Nesse contexto, Hannah Arendt salienta que, “os clichês, os lugares-comuns, a adesão a códigos convencionais e padronizados de expressão e conduta têm a função socialmente reconhecida de nos proteger contra a realidade, isto é, contra a solicitação da atenção de nosso pensamento”.¹³ A partir desses apontamentos, é possível constatar que as atividades humanas que compõem a vida ativa e a vida contemplativa foram colocadas sob o jugo de uma “circularidade normatizante” de leis naturais ou de leis cosmológicas, sejam elas espelhos dos processos biológicos vitais, sejam elas reflexos daquelas verdades absolutas que são pregadas pela metafísica.

No curso da modernidade ocidental, o avanço dessa “circularidade normatizante” nos domínios da vida ativa e da vida contemplativa causou inúmeros prejuízos para a humanidade, porque a padronização do comportamento humano enfraqueceu o pensamento crítico e a capacidade de ação nos momentos históricos, criando um ambiente favorável para os regimes totalitários. No livro *Eichmann em Jerusalém*, Hannah Arendt demonstra

¹¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 266.

¹² AGUIAR, Odílio Alves. “Política e finitude em Hannah Arendt”. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; ANDRADE, Luiz Felipe Netto (orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: vozes, 2003, p. 84.

¹³ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 227.

que a incapacidade de pensar levou à banalização do mal, pois não tinha nenhuma relação com ideologias ou utilidades. No capítulo *Responsabilidade pessoal sobre a ditadura*, a autora constatou que muitas das atrocidades que eram cometidas pelos oficiais nazistas apoiavam-se em normas padronizadas que eram editadas pelos superiores, como se a moral fosse constituída de padrões de comportamento facilmente substituíveis.¹⁴ Ao analisar o conceito de banalidade do mal, Adriano Correia assevera que, “o mal aparece na figura de um homem de parca inteligência, com uma personalidade cujos traços fundamentais eram a incapacidade de pensar para além dos clichês e a predisposição à obediência a qualquer voz imperativa”.¹⁵

Apesar das diferenças históricas, os horrores do totalitarismo e as atrocidades praticadas nos presídios brasileiros têm em comum o fato de serem atos de violência e de maus-tratos que desrespeitam a dignidade humana e que ocorrem num espaço marginalizado, longe dos olhos do cidadão comum. Nos dois casos, a banalização do mal somente veio a ser conhecida pela sociedade, com a sua discussão no espaço público da aparência, quando a "ordem natural" de produção e de reprodução da violência foi abalada por fatores externos, seja a chegada dos aliados na Alemanha, seja a divulgação dos diversos relatórios sobre o sistema penitenciário do país. Além disso, nas duas situações, a figura do malfeitor se confunde com a pessoa incapaz de agir e de pensar em decorrência do entorpecimento causado pela padronização dos hábitos nos domínios da vida ativa e da vida contemplativa. Delineados os contornos dessa patologia diagnosticada no holocausto e no cárcere brasileiro, cabe analisar a solução arendtiana para os efeitos maléficos dessa circularidade normatizante.

4. O RESGATE DA DIGNIDADE HUMANA PELA AÇÃO POLÍTICA E PELO PENSAMENTO CRÍTICO.

Considerando que o indivíduo moderno foi lançado numa circularidade normatizante que prejudica o exercício dialógico da alteridade e a promoção da dignidade

¹⁴ *Ibidem*, pp. 79-111.

¹⁵ CORREIA, Adriano. “O pensar e a moralidade”. In: CORREIA, Adriano (coord.). **Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 02.

humana, torna-se necessário resgatar as atividades da vida ativa e da vida contemplativa que podem favorecer o projeto emancipatório. Na realidade prisional brasileira, essa empreitada mostra-se ainda mais relevante por causa de dois problemas apontados anteriormente. No plano da vida ativa, o problema ontológico da superlotação dos presídios ameaça a integridade física dos detentos, reduzindo-o à condição de *animal laborans* que luta pela sobrevivência, ainda que seja necessário recorrer a todas as formas de violência. Por sua vez, no plano da vida contemplativa, o problema deontológico da banalização do mal dentro das unidades prisionais ameaça a integridade psíquica dos presos, prejudicando a capacidade de pensar e de valorar criticamente os atos de violência e de maus-tratos que são recorrentemente praticados.

Sob o prisma da vida ativa (laborar, fabricar e agir), o império do labor impediu o ser humano de mostrar sua singularidade emancipatória, razão pela qual é indispensável buscar na fabricação (trabalho) ou na ação política as condições favoráveis para a ruptura da circularidade normatizante. Com relação ao trabalho, é preciso salientar, desde logo, que não seria a atividade da *vita activa* mais propícia para minar o isolamento e a alienação do homem com relação ao mundo comum das aparências. Além de oferecer pouca resistência à expansão do labor, a fabricação pode ensejar uma instrumentalidade meramente utilitarista, legitimando a prática de várias atrocidades em proveito de uma finalidade específica. Por isso, a ação política desponta como a atividade capaz de promover a emancipação do homem através da pluralidade, com o exercício da alteridade dialógica. Como assevera Celso Lafer, “no momento em que se começa algo novo por meio de uma ação política, a preocupação não é mais com o eu, mas com o mundo, e esta distinção é a distinção básica de acordo com Hannah Arendt.”¹⁶

Na concepção arendtiana, toda ação procura revelar a identidade de seu agente no mundo das aparências, pois ele busca se destacar em relação aos demais agentes através de atos novos e extraordinários que são dignos de lembrança. Nessa esteira, Maria Aparecida Abreu assevera que, “os agentes comunicam-se para aparecer, e o fazem com a expectativa de deixar sua marca no campo dos acontecimentos e conquistar uma forma de imortalidade através da história deixada para gerações futuras”.¹⁷ Tal como ocorre no teatro, os atos e as

¹⁶ LAFER, Celso. “A política e a condição humana”. In: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 349.

¹⁷ ABREU, Maria Aparecida. **Hannah Arendt e os limites do novo**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 40.

palavras permitem o nascimento do homem para o mundo das aparências, porque ocorrem dentro de uma realidade mundana e objetiva. Graças à teia de relações humanas, é possível produzir uma história construída a partir dos eventos memoráveis. Na história da humanidade, o ator heroico que está disposto a correr o risco da revelação para se apresentar aos demais espectadores da arena pública alcança uma diferenciação qualitativa, afastando os comportamentos uniformizadores que são impostos pela rotina e pelos padrões.

Condição básica da ação, a pluralidade requer igualdade e diferença. Se as pessoas não fossem diferentes, o discurso e a ação seriam desnecessários, mas, se elas não fossem iguais, não haveria um grau mínimo de compreensão quanto à objetividade do mundo-comum. Como os seres humanos são distintos por natureza, a igualdade é artificialmente construída pelo direito no espaço público. Através da *persona*, os atores políticos exercem a pluralidade na praça pública, fomentando as relações intersubjetivas por meio da persuasão discursiva. Com isso, as ações e as reações geram uma cadeia de eventos imprevisíveis, exigindo a mais ampla liberdade de ação na esfera política. Ao abordar o conceito arendtiano de liberdade política, Celso Lafer afirma que, “liberdade não é a liberdade moderna e privada da não-interferência, mas sim a liberdade pública de participação democrática”.¹⁸ Essa liberdade positiva, de participação no espaço dialógico da pluralidade, é *conditio sine qua non* para a existência do Estado, precedendo a organização do poder. Logo, é possível concluir que a ação política *latu sensu* independe do Estado, de modo a viabilizar o seu exercício até mesmo na zona periférica do poder instituído, como pode e deve ocorrer no espaço marginalizado das comunidades e do próprio cárcere.

Sob a ótica da vida contemplativa (pensar, julgar e querer), os dogmas platônicos talvez tenham sido um dos maiores responsáveis por associá-la à abstração das ideias. Por sua vez, na filosofia socrática, o exercício do pensamento não se confundia com o conhecimento abstrato, porque o pensar estava vinculado ao diálogo consigo mesmo, buscando referência não em ideias metafísicas, mas na realidade objetiva do presente. A atividade do pensar baliza o exercício do julgar e do querer. Mas, enquanto o julgamento moral volta-se para o passado, a vontade converge para o futuro. Dessa forma, essas três

¹⁸ LAFER, Celso. “A política e a condição humana”. In: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 350.

atividades humanas da vida contemplativa encontram fundamento na realidade objetiva do mundo-comum, seja no presente, no passado ou mesmo no futuro. De antemão, fica evidente a relevância do pensar em relação às atividades do querer e do julgar, daí porque se mostra indispensável resgatar seu exercício no sentido autêntico de promover o diálogo consigo mesmo, abrindo caminho para o diálogo com outro. Ocorre que, ao longo da modernidade ocidental, o pensamento foi associado ao conhecimento, levando à falsa equiparação entre o “diálogo consigo mesmo” e o “*cogito me cogitare*” cartesiano.

Distinguindo as duas categorias, Hannah Arendt rejeita o subjetivismo vinculado à fundamentação transcendental de valores absolutos para defender o resgate do pensamento crítico através de um novo modelo de pensar, que lida com o significado dos eventos e das coisas presentes no mundo-comum.¹⁹ A partir do brocardo socrático, segundo o qual “é melhor estar em desavença com o mundo do que estar em desarmonia comigo mesmo”, a filósofa afirma que a capacidade de dialogar consigo mesmo estimula o exercício de um pensar atrelado à realidade, com capacidade de quebrar padrões, hábitos, costumes gerais e pré-conceitos. Em *Algumas questões de filosofia moral*, a autora salienta que pensar no passado significa criar raízes para saber se orientar nas situações imprevisíveis e não padronizadas. Isso teria evitado, durante o nazismo, a transformação de burocratas aparentemente normais em “operários da morte”. Neste ponto, é preciso frisar que os piores malfeitores eram aqueles que tinham perdido a capacidade pensante, volitiva e julgadora em decorrência da adesão aos valores transcendentais da ideologia nacionalista, prejudicando o julgamento de seus próprios atos.²⁰

Como a capacidade de pensar é intrínseca a todo ser humano, a análise das condutas morais não dependeria de saberes metafísicos, com os “olhos do espírito” de Platão. Para a filósofa alemã, a moralidade diz respeito ao indivíduo em sua singularidade, porque o certo e o errado que regem as condutas morais não obedecem aos costumes e hábitos sociais, nem às leis humanas ou divinas. O julgamento pessoal de uma conduta como certa ou errada observa apenas a lei moral individual que decorre do diálogo consigo mesmo.²¹ Nos

¹⁹ AGUIAR, Odílio Alves. “O espectador como metáfora do filosofar em Hannah Arendt”. In: CORREIA, Adriano (coord.). **Transpondo o abismo**: Hannah Arendt entre a filosofia e a política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 5.

²⁰ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 159-160.

²¹ *Ibidem*, pp. 112-213.

julgamentos morais, as pessoas deveriam se questionar. Será que eu gostaria que o mal acontecesse comigo? Se eu cometesse um ato maléfico, será que teria coragem de conviver com a lembrança desse mal por toda minha vida? Além de favorecer o desenvolvimento da personalidade, esse diálogo consigo mesmo favorece o conhecimento próprio e a reflexão sobre as condutas morais. Nesse sentido, Bethânia Assy adverte que, quando o homem esquece o “conhece a ti mesmo” bíblico, estariam abertas as portas para o mal ilimitado, porque já não seria possível travar o diálogo do “dois em um”, prejudicando, ainda, o pensamento crítico e o julgamento moral.²²

A revalorização do pensamento crítico evita a banalização do mal, porque estimula o indivíduo a refletir, de modo a questionar a repetição impensada de velhos hábitos e padrões, abrindo caminho para um novo recomeço. O ser humano que dialoga consigo mesmo não se furta de viver no mundo-comum, nem deixa de atribuir significado para as coisas e os eventos que o rodeiam. Afinal, ele não substitui o pensamento autônomo pela adesão cômoda a padrões uniformizadores que costumam falhar justamente naquelas situações críticas que são avessas à circularidade normatizante, como ocorreu no holocausto. Por óbvio, não se trata de estimular a desobediência civil e de repudiar a lei editada pelo poder instituído, cuja finalidade consiste, senão, no estabelecimento de padrões de conduta para a convivência harmônica na sociedade. Trata-se, sim, de estimular o cumprimento consciente dos atos normativos, de modo que os destinatários da norma conheçam o conteúdo deontológico subjacente às formalidades legais. Com isso, será possível evitar a mecanização do comportamento humano, como se o indivíduo fosse uma simples peça de engrenagem que realiza movimentos repetitivos.

Dessa forma, no âmbito da vida ativa, o resgate da ação combate o predomínio do labor e o isolamento do ser humano, na medida em que busca reinseri-lo no mundo das aparências, o que acaba por estimular a pluralidade (com a percepção do outro) e a singularidade (com o agir inovador), mitigando a padronização imposta pela circularidade normatizante. Nesse sentido, a ruptura da subjetividade subordinada a leis abstratas depende do contato firmado entre os homens no mundo das aparências, daí porque se mostra indispensável a revalorização o espaço público. Por sua vez, no âmbito da vida

²² ASSY, Bethânia. “Faces privadas em espaços públicos: por uma ética da responsabilidade”. In: ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 31-60.

contemplativa, o resgate do pensamento crítico desafia a obediência obtusa aos padrões morais e comportamentais, já que estimula o diálogo consigo mesmo, instigando, de forma indireta, o julgamento moral dos fatos passados e a vontade comprometida com o futuro. Longe de serem atividades contraditórias, o pensamento e a ação se complementam, porque o diálogo consigo mesmo resulta num consenso que transforma o “dois em um” numa instância única e pronta para agir na vida ativa, rompendo a circularidade normatizante por meio da singularidade e da pluralidade.

CONCLUSÃO

Muitos brasileiros enfrentam o problema carcerário de maneira um tanto contraditória. Por um lado, fazem questão de reforçar o distanciamento e a marginalização das pessoas privadas de liberdade, compreendendo os presídios como depósito de “lixo humano”, “onde são armazenados seres humanos apenas para a tranquilidade dos que estão do lado de fora”. De outro lado, acostumaram-se às notícias recorrentes de rebeliões nos presídios, como se os atos de violência e de maus-tratos fizessem parte daquela realidade distante e como se o preso estivesse condenado a viver eternamente na criminalidade. Contudo, a superpopulação e as condições desumanas dos presídios agravaram-se de tal modo que exigem uma ruptura paradigmática. A leniência deve ceder espaço para um agir compromissado de todos, não só do Estado, como maior responsável, mas também da sociedade civil e do próprio mercado, impondo, acima de tudo, uma mudança de mentalidade dos cidadãos livres, dos agentes penitenciários e dos próprios detentos. Ao traçar um paralelo entre os horrores do nazismo e as atrocidades verificadas no cárcere brasileiro, o presente artigo utilizou essa comparação simbólica como uma fórmula capaz de romper esse estado de apatia, inércia e leniência, mostrando a que ponto a humanidade chegou sem se dar conta do estado de barbárie.

No primeiro tópico, a exposição da judicialização daquelas políticas públicas que estão relacionadas ao sistema penitenciário brasileiro e dos relatórios que foram produzidos pela CPI dos Presídios, pelos diferentes mutirões carcerários e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos teve o objetivo de trazer a problemática à tona, lançando as luzes do

debate público sobre o espaço marginalizado dos presídios. Noutras palavras, trazer a questão para o “mundo das aparências” deve ser o primeiro passo para qualquer tentativa séria de resolver a questão, pois o encarceramento é um problema de todos, envolvendo não somente os detentos, as famílias e as comunidades mais afetadas pela seletividade penal, mas também os agentes penitenciários, o Estado responsável pela custódia dos presos, a sociedade comprometida com a pacificação e, até mesmo, os agentes de mercado que são prejudicados pelos altos índices de criminalidade. Possivelmente, as decisões do STF reforçaram o cumprimento das finalidades que legitimaram a criação do Fundo Penitenciário Nacional. Contudo, tão importante quanto as despesas com a reforma e a construção de presídios, as políticas públicas também devem abranger programas que possam resgatar a própria *condição humana* das pessoas privadas de liberdade.

No segundo tópico, o breve incurso na filosofia política de Hannah Arendt teve o propósito de expor os pressupostos da *condição humana* nos domínios da vida ativa (laborar, trabalhar e agir) e da vida contemplativa (pensar, julgar e querer), permitindo seu cotejo com a realidade dos presídios brasileiros. Enquanto o problema ontológico da superlotação carcerária prejudica a integridade física do detento, colocando-o numa condição de *animal laborans* que luta pela própria sobrevivência, com o uso de todas as forças disponíveis, legítimas ou não, o problema deontológico das condições desumanas das unidades prisionais alerta para o risco de banalização do mal nos presídios brasileiros, despontando a abstenção proposital do pensar, do querer e do julgar como uma fuga desesperada dessa realidade dantesca. Tanto no plano da vida ativa, quanto no plano da vida contemplativa, o detento vê-se lançado numa circularidade normatizante, onde a rotina de barbárie estimula a banalização do mal. Nos relatórios formulados pelos órgãos nacionais e internacionais, isso ficou evidente nos conflitos entre os presos e os agentes penitenciários, reforçando a separação entre “nós” e “eles”, mas principalmente nos confrontos entre os próprios presos, mitigando qualquer resquício de alteridade, com a prática de espancamentos, mutilações e demais atos de violência e maus-tratos entre as facções criminosas.

No terceiro tópico, o artigo destacou o potencial emancipatório da ação política e do pensamento crítico, por serem capazes de romper a circularidade normatizante em que estão inseridos o detento e o agente penitenciário, contribuindo para impedir o avanço da

banalidade do mal. Neste ponto, vale ressaltar que esse processo de banalização do mal tem maior chance de ser efetivamente interrompido de dentro para fora, através da mudança de comportamento e de mentalidade dos atores sociais que vivem dentro da realidade carcerária, pois, do contrário, os programas ressocializadores estarão fadados ao fracasso, na medida em que não terão a adesão interna. E essa mudança requer o abandono da lógica cíclica do *animal laborans* mediante o resgate da capacidade de pensar e de agir.

Para mostrar a viabilidade deste projeto emancipatório, a solução arendtiana poderia ser cotejada à realidade prisional de Manaus, considerando o relatório produzido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura em dezembro de 2015. Dentre os pontos abordados, destacaram-se a dificuldade de acesso, a precariedade das instalações, o despreparo dos funcionários, o sistema de autogoverno e a violação dos direitos humanos. Como a dificuldade de acesso reforça a marginalização dos presos, seria necessário estimular o intercâmbio com o mundo exterior através de famílias e grupos voluntários. Esse intercâmbio não só contribui para difundir a dimensão social do problema para os cidadãos comuns, como também favorece a ruptura dos padrões internos de violência devido à comparação com os padrões vigentes no mundo externo. Quanto à precariedade das instalações prisionais, a judicialização do sistema penitenciário tem pressionado a realização dos gastos públicos que se destinam à reforma e à construção das prisões, preservando, minimamente, a integridade física do preso, de modo que ele possa abandonar a condição de *animal laborans* que luta pela simples sobrevivência. Quanto ao despreparo dos funcionários, o poder disciplinar somente deve ser exercido por agentes concursados. A falta de estabilidade e a precariedade do vínculo empregatício convidam o terceirizado a se render aos impulsos de violência, pois ele desaparece na alta rotatividade de funcionários. Nessa máquina de produção e reprodução da violência, o movimento dos agentes penitenciários se restringe à abertura e ao fechamento das celas, mecanizando o ofício por meio de padrões repetitivos. Daí porque se mostra indispensável aprimorar os cursos de formação e de capacitação dos agentes penitenciários, com o oferecimento de assistência psicológica.

Quanto ao sistema de autogoverno, a separação do contingente carcerário reforça as diferenças, de modo a permitir o controle dos pavilhões pelos próprios detentos, maximizando a falta de alteridade entre as facções, o que fica ainda mais evidente nos

confrontos entre os presos. Contra essa lógica segregacionista, é preciso estimular o exercício da ação dentro do cárcere. Vale lembrar que a ação arendtiana depende apenas da igualdade e da pluralidade, sendo precedente e independente do próprio poder estatal. Ainda que o sistema penitenciário esteja à margem da sociedade, cada unidade prisional pode ser compreendida como um microcosmos onde cada pessoa tem a mesma possibilidade de se apresentar aos demais atores no espaço interno da aparência, de modo que ele possa mostrar sua singularidade através de atos dignos de lembrança. Trata-se, então, de promover a igualdade e a pluralidade dentro dos presídios, combatendo o poder das facções e a separação dos presos. Nessa relação dialética entre pensar e agir, o diálogo consigo mesmo tem o potencial de romper a circularidade normatizante que lança do detento para a rotina de barbárie, de modo a viabilizar o julgamento moral das condutas passadas e o compromisso sério com um futuro. Com isso, abre-se o caminho para o exercício da ação na esfera dialógica, permitindo a redescoberta do outro, seja o outro “eu” que recomeçará a trajetória no mundo exterior, seja o outro “diante de mim” que deve ser respeitado na sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maria Aparecida. **Hannah Arendt e os limites do novo**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

AGUIAR, Odílio Alves. “Política e finitude em Hannah Arendt”. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; ANDRADE, Luiz Felipe Netto (orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003.

AGUIAR, Odílio Alves. “O espectador como metáfora do filosofar em Hannah Arendt.” In: CORREIA, Adriano (Coord.). **Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ASSY, Bethânia. “Fases privadas em espaços públicos: por uma ética da responsabilidade”. In: ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADPF-MC 347**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, *dje*. 19.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Último acesso em: 04.jun.2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório do II Mutirão Carcerário do Amazonas**, 2010. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/amazonas.pdf>>. Último acesso em: 04.jun.2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório do III Mutirão Carcerário do Amazonas**, 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/amazonas_2013.pdf>. Último acesso em: 04.jun.2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Final do Mutirão, 2011**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/riograndedonorte.pdf>>. Último acesso em: 04.jun.2024.

CORREIA, Adriano. “O pensar e a moralidade”. In: CORREIA, Adriano (Coord.). **Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DUARTE, André. “Hannah Arendt e a modernidade: esquecimento e redescoberta da política”. In: CORREIA, Adriano (Coord.). **Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GIACOIA JR., Oswaldo. “Prefácio”. In: CORREIA, Adriano (Coord.). **Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LAFER, Celso. “A política e a condição humana”. In: ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 10. ed.; tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MAGALHAES, Theresa Calvet de. “Hannah Arendt e a desconstrução fenomenológica da atividade de querer”. In: CORREIA, Adriano (Coord.). **Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DO REALISMO JURÍDICO À REALIDADE CONTEMPORÂNEA: PONDERAÇÕES SOBRE UMA FOLHA DE PAPEL ELÁSTICA

FROM LEGAL REALISM TO CONTEMPORARY REALITY: WEIGHTS ON A SHEET OF ELASTIC PAPER

Leonardo Bellini de Castro

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO

As escolas de pensamento formalista e realistas vem disputando terreno filosófico explicativo acerca dos motivos determinantes da decisão judicial há décadas. A conflagrada disputa teórica, que então se desenvolvia essencialmente no âmbito da filosofia jurídica, vem ganhando aportes interdisciplinares de pesquisas empíricas da psicologia, economia e ciências políticas, ressuscitando, então, o pensamento realista que apregoava a existência de fatores extrajurídicos influenciadores do processo de tomada de decisão. Propõe-se, portanto, um resgate dos argumentos em debate e a absorção dos empiricamente comprovados fatores extrajurídicos com vistas a reformatação das perspectivas contemporâneas acerca do processo decisório com a crítica de sua racionalidade.

Palavras-Chave: Formalismo e Realismo Jurídico; Teorias da Decisão Judicial; Fatores extrajurídicos e decisão judicial.

ABSTRACT

The formalist and realist schools of thought have been contesting philosophical explanatory ground on the determining motives of the judicial decision for decades. The conflagrated theoretical dispute, which then developed essentially within the juridical philosophy, has been gaining interdisciplinary contributions of empirical researches from psychology, economics and political sciences, resurrecting, then, the realistic thought that proclaimed the existence of extra juridical factors influencing the process of decision-making. It is proposed, therefore, a rescue of the arguments in debate and the absorption of the empirically proven extra-juridical factors with a view to reformatting the contemporary perspectives on the decision-making process with the criticism of its rationality.

Keywords: Formalism and Realism Legal; Theories of Judicial Decision; Extra-legal factors and court decision.

1.INTRODUÇÃO

Acirrados debates entre escolas de filosofia do direito têm procurado determinar as referências efetivamente determinantes para o processo decisório de Juízes e Tribunais.

A nosso juízo, tal debate resgata em termos mais particularizados aquele travado ao longo dos séculos pela filosofia política que buscava determinar o melhor governo, se o regido pelas leis ou o regido pelos homens.

Com efeito, consoante nos noticia Bobbio, enquanto a primazia da lei protege o cidadão de eventuais arbitrariedades do governante, a primazia do homem protege o cidadão da aplicação cega e, por vezes, indiscriminada da norma geral. Em suma, o governo dos homens pressupõe o bom governante, ao passo que o governo das leis pressupõe as boas leis (Bobbio, 1986).

É certo que prevaleceu, não sem profundas razões históricas, o discurso que tinha nas leis o melhor instrumento para a proteção do homem, o que deu origem ao atual Estado de Direito, por meio do qual há absoluta subordinação de todo e qualquer processo decisório estatal aos cânones estabelecidos na Constituição e nas Leis.

Um refinamento político-jurídico veio posteriormente à lume a partir de Montesquieu, que então propunha que as leis deveriam ser criadas e aplicadas por órgãos diferentes em um sistema de freios contrapesos orientado a aplacar a arbitrariedade ínsita à concentração de poder (1748).

Nessa mitologia política inaugurada pela modernidade, as decisões legislativas precisavam ser descritas como expressões da soberania do povo derivada de um processo idealizado de representação, ao passo que as decisões judiciais precisavam ser descritas como aplicações das normas vigentes, impostas por meio de procedimentos impessoais de interpretação (Horta; Costa, 2017).

Noutra medida, a discussão passou a ganhar tomo com a análise jurídico-filosófica do processo decisório dos juízes, em especial se efetivamente estão ou deveriam estar jungidos à disciplina legal em todos os seus aspectos e circunstâncias.

Ou seja, a discussão de filosofia política que antes se travava com vistas a conter a arbitrariedade dos governantes, tendo como paradigma a lei, passou a se desenvolver no âmbito da filosofia jurídica, tendo como pano de fundo o questionamento da lei como mecanismo efetivamente apto a conter às idiosincrasias dos seus aplicadores.

Iniciou-se, assim, uma disputa filosófica que tem se refletido nas correntes de pensamento identificadas, primordialmente, como a dos realistas e formalistas (Guthrie; Rachlinski; Wistrich, 2007).

2. AS LINHAS DE PENSAMENTO ANTAGÔNICAS ACERCA DO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL - OS FORMALISTAS E OS REALISTAS

Para fins de bem pontuarmos a disputa entre os formalistas e realistas, calha notar que originalmente, ao menos em termos retóricos, o direito foi concebido e entendido em termos formalistas ou seja, como um sistema fechado, apto à produção de respostas prontas extraíveis do ordenamento jurídico, remanescendo, nessa senda, nenhum espaço criativo aos Juízes, que seriam meros reprodutores mecânicos do conteúdo normativo existente.

Em passagem que ficou clássica e denota o pensamento então vigente, Montesquieu, pontua que dos três poderes, o judiciário é de algum modo nulo, sendo os juízes não são mais que boca que pronuncia as palavras da lei, caracterizando-os como seres inanimados que não podem moderar nem a força e nem o vigor dos dispositivos legais (1748).

As práticas judiciais decisórias decorrentes da aplicação da lei, portanto, estariam infensas a liberdade criativa dos juízes e, assim, a seus gostos e opiniões pessoais, o que garantiria segurança jurídica aos cidadãos com a certeza da sua aplicação impessoal, sem subjetivismos potencializadores de arbitrariedades.

Tal modo de pensar o direito, característico dos séculos XVIII e XIX, encontrou suas expressões máximas nas concepções legalistas da interpretação e aplicação do direito, tendo entre seus adeptos expoentes da escola da exegese, na França, do pandectismo, na Alemanha e da escola analítica de Austin, na Inglaterra (Diniz, 2006).

A escola da exegese, que então reunia a quase totalidade dos juristas franceses à época do Código Napoleônico, e suas congêneres, apregoava que os métodos hermenêuticos deveriam se circunscrever à revelação da vontade da lei, tendo função substancialmente declaratória.

Seguia-se daí que o papel do julgador era um papel mecânico de lógica dedutiva, de modo que sua tarefa consistia basicamente na investigação do ordenamento jurídico com a conseqüente extração e declaração do conteúdo da norma jurídica (Diniz, 2006).

O direito, assim, se resumia a uma estrutura simétrica de proposições lógicas a partir do qual se determinava o acerto ou desacerto da decisão judicial com a mera checagem acerca da escoreita aplicação subsuntiva de acordo com um processo rigorosamente silogístico (Gilmore, 1961).

Em outros termos, ao juiz enquanto intérprete máximo da norma, cabia tão somente um papel metódico-analítico a ser desenvolvido nos planos gramatical, lógico e sistêmico, a partir do qual a ordenação dos preceitos revelaria os institutos jurídicos próprios de cada segmento temático e as consequentes decisões a serem daí extraídas (Reale, 2002).

O formalismo exegético evidenciava, portanto, a crença na possibilidade de um método dedutivo em um sistema destituído de lacunas e capaz de oferecer soluções prontas para problemas particulares de determinação jurídica.

Desse modo, a função judicial, ainda que em países de common law, consistia básica e unicamente na descoberta e não na criação do direito, direito esse que constava de leis, de normas declaradas nos precedentes judiciais e também dos princípios fundamentais da jurisprudência (Diniz, 2006).

Sem embargo dos relevantes aportes teóricos trazidos pelo formalismo exegético, o fato é que seus postulados não resistiram à evolução social e a constante mutação advinda da vida moderna, derivando daí uma plêiade de escolas interpretativas que questionaram seus dogmas a partir da constatação prática da inviabilidade de se resumir a vida a proposições fechadas e herméticas, já que essa se mostra rica, imprevisível e sujeita a uma miríade de contextos fáticos eventualmente não contemplados pelo ordenamento jurídico.

De igual modo, também a ambiguidade ínsita a linguagem constituiu ainda outro relevante fator a levar a questionamentos acerca da suposta falta de liberdade criativa ao juiz.

Assim é que, a completude do ordenamento jurídico, alardeada pelos formalistas, passou a ceder passo para inúmeras teorias que denunciavam a sua incompletude, de modo que o consequente espaço criativo dos juízes passou a ganhar terreno.

Além disso, o próprio referencial normativo dado antes como indisputável para a decisão, passou a ser questionado no sentido de se investigarem fatores outros de índole extrajurídica, que exerceriam também importante e fundamental influência no processo de construção da decisão.

3. O REALISMO NORTE AMERICANO E SUA CRÍTICA

O movimento jurídico realista se inicia e se desenvolve entre as décadas de 1920 e 1930 nos Estados Unidos da América, primordialmente nas Universidades de Yale e Columbia (Green, 2005).

Para essa linha de pensamento, a decisão judicial seria um mero mecanismo retórico de racionalização de decisão pessoal do julgador, a qual estaria sujeita mais a influências políticas, econômicas, ideológicas e psicológicas, do que propriamente ao ordenamento jurídico.

Coloca-se em xeque, nesse contexto, em uma perspectiva cética de caráter niilista, sistemas de axiomas e de teoremas, bem como os raciocínios indutivos e dedutivos, além da própria racionalidade ínsita ao ordenamento jurídico enquanto sistema de normas a partir da qual seriam extraídas as decisões.

Multifacetados e variados, portanto, seriam os fatores que conduziriam à tomada de decisões judiciais, as quais estariam jungidas em muito maior intensidade aos fatos do que as leis.

Fatores psicossociais de fundo consciente e inconsciente reveladores da ideologia e personalidade do Juiz, assim, teriam preponderância em relação aos textos jurídicos enquanto bússolas normativas para as decisões judiciais (Leiter, 2010).

Duas percepções dogmáticas dessa escola de pensamento disputaram a hegemonia acerca dos motivos determinantes das decisões judiciais. A idiossincrática, apregoada por Jerome Frank, buscava centrar as atenções no juiz como indivíduo, de modo que a decisão judicial seria resultado direto da sua personalidade, sendo o direito aquilo que ele pretendia que fosse (Godoy, 2013).

Tal ordem de ideias popularizou a proposição jocosa e, de certo modo sufragada por posteriores estudos psicológicos¹, de que o conteúdo da decisão judicial poderia variar de acordo com a refeição pelo juiz tomada no café da manhã.

¹ A propósito, ganhou enorme popularidade pesquisa levada a efeito por pesquisadores israelenses e americanos que decidiram testar o ditado de que “a justiça se resume ao que o juiz comeu no café da manhã”. Eles estudaram mais de 1.000 decisões de juízes israelenses que poderiam conceder ou não liberdade condicional a presos. O resultado foi surpreendente: os juízes foram mais tolerantes de manhã bem cedo (depois do café da manhã) e logo após o almoço. De acordo com as estatísticas colhidas, de manhã, no início de uma sessão de tribunal, 65% dos prisioneiros receberam uma sentença favorável. A sorte mudou para os prisioneiros conforme foi chegando a hora do almoço. Então, depois de um intervalo para refeição do meio-dia, as decisões favoráveis voltaram a subir para 65%.

Em outro espectro, o viés sociológico, idealizado por Karl Llewellyn, tinha em mira os fatos sociais como determinantes, pontuando que a despeito das personalidades individuais terem peso, o magistrado estaria mais ligado aos valores sociais e culturais de seu tempo (Godoy, 2013).

Ambas as percepções, no entanto, pontuaram o relativismo e a marca preponderantemente subjetiva das decisões judiciais, substancialmente marcada por aspectos psicológicos e sociais que efetivamente canalizariam os seus verdadeiros motivos.

Conforme nos noticia Godoy, o realismo jurídico deitou suas raízes no pragmatismo desenvolvido por Charles Sander Peirce e William James, apresentando-se como sua versão forense. Tal linha de pensamento filosófico, de viés relativista e experimental, transitava do vago ou abstrato para o definido ou concreto (Godoy, 2013).

Para James, por exemplo, o senso comum de um homem significa o seu bom julgamento, algo que remontaria à experiência reflexiva de nossos ancestrais (Godoy, 2013).

Na mesma linha, John Dewey associou definitivamente o pragmatismo a concepções instrumentalistas e experimentalistas, aduzindo que o instinto, por vezes, é preferível em detrimento da deliberação racional². Para Dewey, a reflexão jurídica, que deveria investigar aspectos ônticos do direito, ao fim e ao cabo havia se reduzido à investigação de seus aspectos deônticos (Godoy, 2013).

A problematização do direito, portanto, deveria imbricar as correlações entre as atividades políticas e econômicas, além de aspectos psicológicos, com as decisões jurídicas, já que essas se produzem em um ambiente social concreto e não em um vácuo anódino e insípido.

Oliver Wendel Holmes, de sua vez, lançou as bases fundamentais do realismo ao colocar ênfase na experiência do direito vivo, rejeitando-se as operações lógico-silogísticas que permeavam o formalismo.

Pontuou, assim, que para se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual tendência tem açambarcado, consultando-se, alternativamente, a história e as teorias jurídicas existentes. O direito, assim, não é lógica e sim experiência (Gilmore, 1961).

² Ideia que será posteriormente desenvolvida com temperamentos, entre outros, por Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich, em uma perspectiva mais voltada a análise psicológica da decisão, in "*Inside the Judicial Mind*" (2001). Cornell Law Faculty Publications. Paper 814.

Na mesma linha, é de Roscoe Pound o apontamento da diferença entre o direito que há nos livros e o direito que se desdobra na vida real (*the law in books and the law in action*), questionando-se o dogma da objetividade racional e prospectiva que se atribuía ao direito (Godoy, 2013).

Pound propunha, portanto, um estudo de como o direito efetivamente funciona com o consequente reconhecimento dos elementos irracionais, ilógicos e subjetivos nas suas instâncias reais, enfatizando-se, assim, a necessidade de sua leitura a partir da psicologia (Godoy, 2013).

Benjamin Cardozo, de seu turno, dessacraliza o magistrado, ao pontuar sua essência humana, alguém que pode ver as coisas tão objetivamente quanto possível, mas não com outros olhos exceto com os seus próprios, o que também acaba por indicar as bases voluntaristas e subjetivas das decisões judiciais (Apud, Godoy, 2013).

Em suma, uma teoria da decisão, na perspectiva realista, reconhece que o ordenamento jurídico é indeterminado, cheio de lacunas e contradições, havendo exceções para praticamente toda regra e princípio. O direito para os realistas, portanto, é aquele em movimento, aquele produzido por juízes e tribunais (Gilmore, 1961).

Essa visão desafia direta e centralmente os dogmas de uma justiça neutra, objetiva e imparcial defendida pelo formalismo jurídico, pontuando a atitude essencialmente empírica dos juízes, que se orientariam para decisões apriorísticas fundada nos fatos com a consequente racionalização jurídica levada a efeito apenas em momento subsequente com vistas a uma legitimação essencialmente retórica.

Acerbas críticas foram dirigidas ao pensamento realista, o que levou o movimento a um estado de dormência latente, sendo as mais contundentes as formuladas por Hart.

Com efeito, Hart pontuava que, ainda que todo sistema jurídico tenha expressões gerais, conceitos indeterminados, anomias e congêneres que admitam algum grau de discricionariedade judicial, as respostas judiciais sempre devem ter algum referencial normativo baseado em normas gerais ou mecanismos propriamente jurídicos para a colmatação de suas lacunas (Hart, 1961).

Ademais, ainda que os juízes sempre cheguem a decisões de forma intuitiva e só posteriormente escolham em um catálogo normativo as disposições a aplicar, a maior parte dessas decisões derivam de um autêntico esforço de obedecer a padrões normativos (Hart, 1961).

Nesse contexto é que, ainda que haja uma certa indeterminação nas leis e os juízes por vezes julguem com fundamento em considerações não jurídicas, a indeterminação jurídica se mostra marginal e não substancial em todo o seu conteúdo.

Pontua-se, assim, que o ceticismo realista em sua essência fundamental espelha uma espécie de absolutismo frustrado pela negativa pura e simples de referenciais normativos para decisões judiciais, o que não se coaduna com o próprio processo de legitimação das posições funcionais dos juízes, processo esse essencialmente jurídico (Hart, 1961).

Enfatiza-se, portanto, que a se assimilar como juridicamente aceitável que a construção jurídica realista se mostre legítima, ou seja, aquela derivada unicamente de uma opção pessoal do julgador, estar-se-á a sufragar um voluntarismo judicial que se aproxima do despotismo monárquico de Luís XIV quando anunciou “O Estado sou eu”.

Nesse contexto, as abordagens realistas da decisão judicial abririam espaço para o decisionismo arbitrário, considerando como válidas ou aceitáveis quaisquer decisões sem quaisquer parâmetros racionais de aceitabilidade e adequação dessas respostas a referenciais normativos.

As críticas em epígrafe, como dito, levaram a uma espécie de rejeição generalizada do realismo jurídico, que, no entanto, voltou a ganhar força a partir de estudos empíricos advindos da Psicologia Cognitiva e Social, da Ciência Política e da Economia Comportamental, que investigam como os fatores extrajurídicos influenciam e constroem o processo de tomada de decisão judicial (Horta; Costa, 2017).

4. DO RENASCIMENTO DO REALISMO JURÍDICO E SUAS PERSPECTIVAS

Como dito, os aportes extrajurídicos que têm fornecido material teórico relevante para o realismo jurídico em sua vertente contemporânea são advindos, primordialmente da ciência política, economia e da psicologia.

Certo é que, nos Estados Unidos da América, ao menos desde a década de 1940, cientistas políticos têm se dedicado a investigar os aspectos ideológicos inerentes às decisões judiciais da Suprema Corte, havendo inúmeros estudos que relacionam a linha democrata ou republicana com a qual se alinha o magistrado com o teor das decisões proferidas (Horta; Costa, 2017).

De fato, em território estadunidense é tido como natural que as linhas político-ideológicas dos juízes tenham influência no resultado dos julgamentos levados a efeito pela Suprema Corte, sendo essa uma questão amplamente debatida para além dos bancos acadêmicos, havendo o envolvimento ativo dos meios de comunicação de massa.³

No Brasil, alguns estudos já têm despontado com vistas à investigação da influência de aspectos ideológicos nas decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A esse propósito, Patrícia Perrone Campos Mello promoveu interessante investigação acerca da linha ideológica e do background dos Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Gilmar Mendes e de como tais aspectos influenciaram suas decisões em temas ideologicamente carregados como uniões homoafetivas, contribuição previdenciária de inativos, lei de imprensa e pesquisas com células tronco (Mello, 2015).

O estudo de Mello acima referenciado ainda pontuou volatilidade no *self restraint* das decisões, especialmente quando envolvidos temas de interesse ideológico dos Ministros, fato que pontuou especialmente em relação às decisões do Ministro Gilmar Mendes (Mello, 2015).

O fato é que tais estudos empíricos de índole ideológica, que vem se multiplicando mundo afora, consolidaram os chamados “modelos atitudinais”, que apregoam que as preferências político-ideológicas são efetivamente determinantes sobre a forma como os juízes decidem.

O modelo atitudinal propõe que, diante de alternativas de ação, os juízes, como atores políticos que são, irão escolher aquelas que irão produzir resultados políticos ou econômicos em linha de adequação com a sua própria perspectiva ideológica (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Não faz, assim, sentido incorporar o direito como restrição ao modelo atitudinal, na medida em que tal modelo procura explicar o comportamento de juízes acerca de casos em que diversas alternativas de resolução seriam possíveis – liberais ou conservadoras.

³ A propósito, basta conferir as inúmeras matérias jornalísticas produzidas acerca do impacto da morte do Justice Antonin Scalia's, apontado como de linha republicana, ou seja, mais alinhado a pautas conservadoras, e os potenciais impactos nos julgamentos da Suprema Corte em temas como aborto, corrupção, imigração, ações afirmativas, pena de morte, porte de armas, direito juvenil, métodos contraceptivos, sindicatos etc. Para uma breve consulta, consultar, <https://www.nytimes.com/interactive/2016/02/14/us/politics/how-scalias-death-could-affect-major-supreme-court-cases-in-the-2016-term.html>.

Dáí porque, o modelo atitudinal teria incidência justamente em casos difíceis, ou seja, aqueles para os quais precedentes e normas existentes não oferecem resposta jurídica determinável.

Pontua-se, no entanto, que apesar dessa liberdade decisória inerente à abertura dos textos normativos, os juízes não agem em um vácuo institucional, já que suas escolhas dependem das “regras do jogo”, ainda que vistas em uma perspectiva informal, e, por outro, das situações fáticas apresentadas e que reclamam a decisão (Ribeiro; Arguelles, 2013).

Interessante observar, outrossim, que em uma perspectiva institucional, a maior abertura decisional se oferece aos membros da Corte Suprema, já que no ápice estrutural do Poder Judiciário são oferecidos menores incentivos ou mecanismos para o exercício do *self-restraint*.

Entre os fatores que evidenciam a maior abertura decisional para as Supremas Cortes se destacam o controle da agenda, já que os próprios juízes determinam os casos a serem levados a julgamento, os quais podem estar alinhados à pauta político-ideológica que pretendem impor, ausência de *accountability* eleitoral e política, já que são titulares de cargos vitalícios e não se submetem a controle de suas decisões por outros órgãos ou pela população em eleições periódicas, ausência de ambição profissional, na medida em que já ocupam o cargo localizado no vértice da estrutura organizacional do Estado, bem como pelo fato de suas decisões, enquanto órgão colegiado, não estarem sujeitas a recurso judicial (Ribeiro; Arguelles, 2013).

Esse modelo atitudinal, portanto, gozou e goza de grande prestígio na discussão de cientistas políticos e permitiu, alhures, um olhar razoavelmente preciso sobre a dinâmica dos votos na Suprema Corte Americana, sendo que pode apontar, ainda que de forma aproximada e especulativa, a posição de determinados Ministros do Supremo Tribunal Federal no Brasil, já que por aqui os estudos são ainda relativamente embrionários.

Outro dado extrajurídico que tem sido considerado em relação a tomada de decisões se refere aos assim chamados “modelos estratégicos”. Na perspectiva estratégica, fatores como, satisfação no trabalho, tempo livre para o lazer, reputação e prestígio, e o prospecto de promoção com incremento remuneratório são também dados relevantes a determinar o conteúdo de decisões judiciais.

Variados estudos norte-americanos envolvendo o paradigma estratégico, têm sugerido, por exemplo, que um juiz não leva em conta apenas sua preferência político-

ideológica ao decidir num determinado sentido, mas também o risco de ter sua decisão revertida em tribunais superiores, ou de ser derrotado no colegiado que integra, antes de pautar a causa (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Os resultados também indicam que há uma predisposição generalizada de se evitar a divergência, seja para não se indispor com seus colegas de trabalho, seja para evitar a tarefa de precisar redigir um longo e fundamentado voto divergente (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Em outra perspectiva, além de questões político-ideológicas e estratégicas carregarem, inequivocamente, o teor de decisões judiciais, tal qual propõem os modelos atitudinal e estratégico, também questões psicológicas impõem forte peso na determinação do resultado de determinados julgamentos, como bem tem revelado inúmeros estudos empíricos já produzidos.

Nessa linha, estudos psicológicos desenvolvidos *Daniel Kahneman* acerca das “heurísticas” e dos “vieses”, vem revolucionando substancialmente a perspectiva contemporânea acerca da racionalidade do processo decisório em geral, incluindo aí o processo decisório judicial (Kahneman, 2012).

O modelo sugerido por Kahneman questiona a racionalidade supostamente ínsita a um processo decisório, pontuando inúmeras variáveis que podem influenciar a tomada da decisão, tais como premência de tempo, informação incompleta e recursos mentais escassos, o que conduz a adoção de palpites e intuições.

Assim, em um processo de conservação de energia natural, ao invés de se processar exaustivamente toda a informação disponível, humanos se valem de “atalhos cognitivos”, nominados de “heurísticas”, o que conduz a uma série de desvios sistemáticos nominados de “vieses” (Kahneman, 2012).

As descobertas científicas de Kahneman têm levado a estudos complementares acerca do processo decisório em inúmeras áreas, incluindo aí o direito e os processos decisórios dos Juízes.

Com efeito, estudos empíricos têm demonstrado que Juízes estão sujeitos a vieses cognitivos derivados de suas heurísticas, ou seja, dos atalhos mentais utilizados para a facilitação da decisão.

Nessa linha, alguns pesquisadores promoveram estudos que demonstraram que juízes estão sujeitos a heurísticas de “ancoragem”, “inferências estatísticas” e ao “viés retrospectivo” (Jeffrey; Rachlinsk; Wistrich, 2007).

Em um desses estudos relativos à ancoragem, os juízes, ao avaliar se o montante devido numa indenização é justo, estão sujeitos ao efeito da sugestão feita pelo demandante em relação ao montante a ser pago, de modo que, se o valor pedido é maior, a indenização concedida tende a ter esse valor como paradigma, e vice-versa (Jeffrey; Rachlinsk; Wistrich, 2007).

Outro exemplo de ancoragem, esse de natureza substancialmente aleatória, nos é dado pelo próprio Kahnemam que exemplifica com o caso de Juízes alemães que primeiro liam a descrição de uma mulher que fora detida por furto em lojas, depois lançavam dois dados que haviam sido adulterados de modo a dar sempre 3 ou 9.

Nesse experimento, os juízes eram instruídos a especificar a exata sentença de prisão que dariam à mulher. Em média, os que haviam rolado um 9 no dado diziam que iriam sentenciá-la a oito meses; os que obtinham um 3 diziam que iriam sentenciá-la a cinco meses, o que determinou o efeito de ancoragem na ordem de 50% (Kahneman, 2012).

No que se refere às inferências estatísticas, os juízes tendem a negligenciar informações acerca da frequência acerca da ocorrência de uma categoria de eventos, fenômeno conhecido como negligência em relação à taxa de referência.

Tal constatação levou à conclusão de que a negligência em relação a dados estatísticos com a superestimação da probabilidade de ocorrência de um evento saliente, pode levar a erros de julgamento relevantes, tais como em casos envolvendo o reconhecimento de negligência e consequente necessidade de pagamento de eventual indenização (Guthrie; Rachlinski; Wistrich, 2007).

Se constatou, ainda, que os juízes estão sujeitos ao “viés retrospectivo”, que é a inclinação, após a ocorrência do evento, de o ver como previsível a despeito da inexistência de razões objetivas para tanto. Segundo as pesquisas empreendidas, tal viés influencia a concessão de mandados de busca e apreensão e também as próprias decisões ante a perspectiva do potencial julgamento pelo tribunal (Guthrie; Rachlinski; Wistrich, 2007).

CONCLUSÕES

A despeito do reconhecimento de que os juízes atingem suas decisões, na maior parte dos casos, em função de referências factuais e legais, não há como negar que o

sistema intuitivo, derivado de processos psicológicos por vezes inconscientes, conduz e orienta decisões judiciais.

De outra senda, também tem se tornado cada vez mais comum o reconhecimento de que fatores ideológicos e estratégicos tem relevante papel nas decisões judiciais, conclusão que vem ganhando corpo em variados outros estudos empíricos.

Nesse contexto, a perspectiva realista, que por longo período permaneceu esquecida, vem ganhando novo fôlego com estudos que evidenciam os multifacetados fatores extrajurídicos influenciadores da tomada de decisão.

Na contemporaneidade, porém, alguns autores propõem uma superação da visão dicotômica formalista/realista com vistas a construção de uma teoria da decisão balanceada que reconheça as falhas e limitações inerentes à indeterminação do Direito, bem como a consciência de que juízes, às vezes, manipulam o material normativo influenciados por visões políticas e morais e por seus vieses pessoais (Horta; Costa, 2017).

Surgem daí a motivação decisória e o escrutínio público acerca dos julgamentos como relevantes mecanismos a tornar as decisões mais em linha de adequação com as diretrizes normativas e as consequentes expectativas sociais.

Assim, a despeito do ceticismo inerente à visão realista, propõe-se o reconhecimento que as regras jurídicas funcionam apesar disso e que juízes cumprem e aplicam o Direito quando constrangidos por fatores práticos, sociais e institucionais (Horta; Costa, 2017).

Daí porque, estamos com Horta e Costa quando pontuam que os processos inerentes à decisão judicial de descoberta e justificação devem se articular de forma dinâmica, funcionando a justificação como instrumento de contenção de processos intuitivos e ideológicos que poderiam ser operados em sua plenitude acaso inexistissem tais mecanismos (2017).

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*; tradução de Marco Aurélio Nogueira. — Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18 ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2006.

GILMORE, Grant, *Legal Realism: Its Cause and Cure* (1961). Faculty Scholarship Series. Paper 2680. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2680.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. Brasília: edição do autor, 2013.

GREEN, Michael Steve, *Realism as Theory of Law*, 46 Wm. & Mary L. Rev. 1915 (2005), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol46/iss6/2>.

GUTHRIE, Cris; RACHLINSKI, Jeffrey, WISTRICH, Andrew J., *Blinking on the bench: how judges decide cases*, Cornell Law Review, Vol. 93:1, 2007.

HART, H.L.A, *O Conceito de Direito*, 1ª ed., tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo, *Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial*, Revista Opinião. Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

LEITER, Brian. *Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 320 (2010).

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro : Forense, 2015, p. 273-310.

MONTESQUIEU. Barão de. *Do espírito das leis*. tradução de Jean Melville, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, tradução de Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Leandro Molhano Ribeiro, ARGUELLES, Diego Werneck, *Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro*, Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, pp. 85-121, 2013.

DIREITO, LINGUAGEM E PODER: O JURIDQUÊS COMO ARAME FARPADO DO ACESSO À JUSTIÇA

LAW, LANGUAGE AND POWER: LEGALESE AS BARBED WIRE OF ACCESS TO JUSTICE

Anderson Ferreira

Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Izilda Maria Nardocci

Pós-doutorado, doutorado e mestrado em língua portuguesa pela PUC-SP; Especialização em tecnologias aplicadas à educação pela PUC/SP; Professora do departamento de português da PUC-SP e professora convidada da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo para atuar na gestão e planejamento pedagógico de cursos on-line a distância.

Iasmim Cristina Rodrigues Brilhante

Graduada em Direito no Centro Universitário de Lavras (UNILAVRAS); Graduanda em Letras (Português e Inglês) na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Desenvolve pesquisa interseccionando Direito, Discurso e Linguagem no espaço digital.

RESUMO

Este artigo estuda a relação entre Direito, linguagem e poder, especificando a prática do “juridiquês” no campo jurídico. Esse “estilo” de escrita jurídica, tomado aqui como “juridiquês”, tem atuado como arame farpado no acesso à Justiça, por isso, objetiva-se, particularmente, elencar alternativas e práticas para a sua abolição. Como aparato teórico-metodológico, mobiliza-se estudos dos campos da Linguística, Sociologia, Antropologia e do Direito. Com base nisso, apresenta-se uma discussão sobre a escrita jurídica, Direito e poder; elenca-se as propostas institucionais para a simplificação da linguagem jurídica; e, por fim, produz-se uma prática de “tradução intralingual” – tradução para o mesmo idioma – e comentário de uma sentença produzida no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Sem renunciar ao rigor e à precisão técnica da área, os resultados revelam que as alternativas para a questão passam pela simplificação da linguagem jurídica, ou seja, passam pela abolição do “juridiquês”, o que resultará em uma escrita simples, clara, objetiva e eficiente; estabelecadora de uma conexão direta entre o Direito e as demandas e necessidades da sociedade em geral. O que significa produzir uma escrita jurídica considerando as diferentes realidades socioculturais, de modo a permitir que a Justiça seja efetivamente acessível a todos.

Palavras-chave: Direito; Linguagem; Poder; Jurídiquês; Justiça.

ABSTRACT

This article studies the relationship between law, language and power, specifying the practice of "legalese" in the legal field. This "style" of legal writing, taken here as "legalese", has acted as barbed wire in access to justice, so it is aimed, particularly, to list alternatives and practices for its abolition. As a theoretical-methodological apparatus, studies from the fields of Linguistics, Sociology, Anthropology and Law are mobilized. Based on this, a discussion on legal writing, law and power is presented; the institutional proposals for the simplification of the legal language are listed; and, finally, there is a practice of "intralingual translation" – translation into the same language – and commentary on a judgment produced within the scope of the Court of Justice of São Paulo. Without renouncing the rigor and technical precision of the area, the results reveal that the alternatives to the issue go through the simplification of the legal language, that is, they go through the abolition of the "legalese", which will result in a simple, clear, objective and efficient writing; establishing a direct connection between the Law and the demands and needs of society in general. This means producing a legal writing considering the different socio-cultural realities, in order to allow Justice to be effectively accessible to all.

Keywords: Law; Language; Power; Legalese; Justice.

1.INTRODUÇÃO

A começar do nível mais elementar de relações com o poder, a linguagem constitui o arame farpado mais poderoso para bloquear o acesso ao poder. Para redigir um documento qualquer de algum valor jurídico é realmente necessário não somente conhecer a língua e saber redigir frases inteligíveis, mas conhecer também toda uma fraseologia complexa e arcaizante que é de praxe. Se não é necessário redigir, é necessário pelo menos entender tal fraseologia por trás do complexo sistema de clichês e frases feitas.

(Maurizio Gnerre)

A epígrafe de Gnerre que fundamenta o presente estudo, além de inspirar o título, recobre algumas indagações de nossa parte sobre a questão da escrita produzida no andamento dos processos judiciais e na graduação de Direito. Também, recobre muitas reflexões levantadas pelos estudantes da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, no curso de Prática de Redação no Contexto do Ministério Público, oferecido desde 2019.

Nos últimos tempos, a linguagem, chamada “linguagem jurídica”¹, tem sido objeto de estudo de diferentes áreas de pesquisa. Nesses estudos, um recorte “gramatical” tem sido feito para discutir a respeito da falta de clareza, objetividade e acessibilidade, além da prolixidade dessa linguagem que, quando ressaltados esses e outros aspectos, tem sido chamada de “juridiquês”, isto é, um “estilo” de escrita mais rebuscado, para não dizer empolado e confuso.

Tal “estilo” de escrita – tomado neste trabalho como “juridiquês” – é aplicado em muitas situações objetivas em que o Direito atua de maneira elitizada, opaca, intangível, segregadora e colonizadora. Herança adquirida desde a época da colonização do Brasil, o “juridiquês” influencia o comportamento daqueles que estão dentro do campo jurídico – operadores do Direito e estudantes – em relação aos que estão fora – leigos em geral; provocando o distanciamento entre eles, em uma relação desigual e injusta.

Nesse contexto, o presente artigo visa estudar a relação entre Direito, linguagem e poder, especificando a prática do “juridiquês” no campo jurídico. Objetivamos, em primeiro lugar, refletir acerca de alguns aspectos da escrita jurídica e daquilo que estamos tomando como juridiquês, para depois, apresentar uma discussão sobre Direito, linguagem e poder, com base num aparato teórico-metodológico interdisciplinar que mobiliza estudos dos campos da Linguística, Sociologia, Antropologia e do Direito.

Na última parte do desenvolvimento deste trabalho, elencamos algumas propostas institucionais para a simplificação da escrita jurídica e analisamos uma sentença produzida no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Essa breve análise tem por escopo oferecer um viés gramatical à discussão, pois realiza uma tradução intralingual de uma sentença já produzida, indicando, dessa forma, que, sem perder o rigor técnico e preciso da área, qualquer texto no âmbito jurídico pode ser escrito de forma clara e objetiva.

Para tal empreendimento, dividimos o desenvolvimento deste estudo em quatro partes.

- Na primeira parte, discutimos acerca da escrita jurídica no campo do

¹ Neste estudo, “linguagem jurídica” diz respeito a um conjunto de textos (orais ou escritos) que circulam e atravessam o campo do Direito. Não se trata aqui de destacar uma “linguagem multimilenar” ou uma “linguagem própria” das Ciências Jurídicas, como o faz Reale (2001), mas de avaliar esses textos na observância das normas e leis em uma dada sociedade e, sobretudo, em sua clareza, concisão e objetividade em detrimento ao “juridiquês” neles impregnados. Porém, é preciso esclarecer que nem sempre os textos (orais ou escritos) que circulam e/ou atravessam no/o campo jurídico estão impregnados de “juridiquês”. Conforme veremos, atualmente, há um esforço conjunto de instituições e sociedade pela simplificação da “linguagem jurídica”.

Direito e o que estamos tratando aqui como “juridiquês”. Nesse campo, observamos a importância da linguagem, em geral, e da escrita, em particular, para todos os operadores e estudantes das Ciências Jurídicas. Também, delineamos minimamente o que estamos compreendendo como “juridiquês” em textos que circulam e atravessam esse campo.

- Na segunda parte, refletimos sobre a complexa intricação histórica entre Direito e poder, considerando a crítica de autores como Gnerre (1998) para a linguagem e Cárcova (1998) para a linguagem no Direito, além de acionarmos a categoria de *habitus* de Bourdieu (1983).
- Na terceira parte, sublinhamos as discussões sobre as dificuldades do acesso à Justiça para o público leigo e sua relação com a linguagem, particularmente, a escrita jurídica impregnada de juridiquês que, como foi sugerido na seção anterior, tem a ver com o poder constituído sócio-historicamente.
- Na quarta parte, por fim, elencamos algumas propostas de instituições no campo do Direito para a simplificação da escrita jurídica; em seguida, apresentamos uma tradução intralingual e uma breve análise comentada de uma sentença produzida em 2018.

Sigamos, então, com as discussões sobre a escrita jurídica e o “juridiquês”.

2. A ESCRITA JURÍDICA

O campo do Direito guarda parte de seu “tesouro” em documentos escritos, tais como: contratos de compra e venda; petições iniciais; contestações; recursos; testamentos; procurações; inventários; escrituras públicas; acordos coletivos; jurisprudências; sentenças, dentre outros. Por isso, a linguagem, em sua modalidade escrita, é fundamental para o processo judicial. Nesses documentos, também, são registradas as cenas verbais ora oralizadas: argumentos, descrições, narrativas, estilos, decisões judiciais etc.; as quais materializam pela escrita a justiça, de forma a garantir a proteção dos direitos dos cidadãos e cidadãs e a manutenção da ordem jurídica.

Dessa forma, a escrita é a pedra de toque do operador do Direito. Para aqueles que pretendem penetrar nessa esfera de atividade, é preciso dominar as especificidades de sua

linguagem, que, em parte, é representada pela escrita.² No Direito, a “palavra” oralizada ganha mais relevância nos autos, ou seja, não basta dizer e ouvir, é necessário materializar o dito. Isso é verdade para as leis, mas também para as decisões judiciais, contratos, ordens de pagamento, serviços; e tantos outros documentos legais essenciais para a aplicação da justiça e da proteção dos direitos dos cidadãos e cidadãs.

Não é preciso se alongar muito nesse tema para demonstrar que a escrita, nas sociedades modernas contemporâneas, é uma ferramenta incontornável para a elaboração de contratos e acordos regulamentadores das relações entre as partes envolvidas em uma determinada transação. No campo do Direito, a escrita contribui de modo eficaz para estabelecer as obrigações e responsabilidades de cada parte interessada em dado processo, acordo ou negociação, o que minimiza os riscos de conflitos e litígios futuros.

Acerca da penetração, eficácia e importância da escrita na sociedade em geral, e no Direito, em particular, é possível observar que a modalidade escrita adquiriu certo poder social. Todavia, não se trata de qualquer variedade escrita, mas de sua variedade de maior prestígio, a qual, muitas vezes, serve para produzir e reproduzir o abuso de poder, a manipulação e a opressão.

Conforme argumenta Gnerre (1998, p. 28),

[...] poderia parecer que a difusão da educação em geral e do conhecimento da variedade linguística de maior prestígio em particular é um projeto altamente democrático que visa a reduzir a distância entre grupos sociais para uma sociedade de “oportunidades iguais” para todos. Acontece, porém, que este virtual projeto democrático sustenta ao mesmo tempo o processo de constante redefinição de uma norma e de um novo consenso para ela. A própria norma é colocada na realidade sócio-histórica, acumulando assim ao mesmo tempo a própria razão de ser e o consenso. Os que passam através do processo são diferentes dos que não o conseguiram, e constituem um contingente social de apoio aos fundamentos do saber e da língua de que eles (formalmente) dispõem.

Portanto, ao destacar as relações de poder que integram as situações comunicativas, sublinhamos que a modalidade escrita visa ampliar as formas de comunicação e não codificá-las. O fato importante é que o Direito deveria sempre desobstruir os caminhos para o acesso à Justiça, mas, muitas vezes, a escrita jurídica age para impedir esse acesso. Esse impedimento é o que nos leva ao conceito de “juridiquês.

² A linguagem aqui é compreendida de forma ampla, envolve não somente a língua na modalidade oral ou escrita, mas todo um conjunto de elementos socioculturais e semióticos, como instituições, vestimentas, gestos, posições sociais etc.

2.1 O “JURIDQUÊS”

A atividade escrita não se restringe apenas ao fato de formular frases, mas, em última instância, de escrever de forma crítica, didática, objetiva e clara, embora essas formas não valham para todos os gêneros de texto. Uma “sentença” produzida por um juiz pode ser crítica, mas não necessariamente didática. Porém, objetividade e clareza, por exemplo, deveriam ser inegociáveis em qualquer texto do campo do Direito, já que se trata de uma esfera de atividade socialmente sensível.

Estudantes que ingressam no curso de Direito – lugar de tradição escrita – são confrontados com diversos gêneros de textos que atravessam o campo jurídico. São sentenças, denúncias, queixas-crime, petições iniciais, recursos, contratos, pareceres, memorandos, entre outros. Esses textos trazem em seu plano superficial expressões da área e termos técnicos das Ciências Jurídicas e tendem a retomar uma fraseologia e sintaxe pouco usuais, conforme podemos observar num recorte da sentença assinada pelo juiz de Direito Ítalo Morelle.³

Recorte [1]

[...]

[§2] Nestas plagas donde campeia a pobreza e a miséria, quase quinhentos reais, ínfimo não o é. Seria, *venia concessa*, temerário entender-se por atípica a ação, com empalmo de quase quinhentos reais que, por outra, não redundaria em qualquer resposta no âmbito penal. “Legalizar-se-ia” e incentivaria abafos de tal quantia, o que redundaria no caos ou babel.⁴

No recorte [1], destacamos o uso de um conjunto de palavras (léxico) em desuso ou pouco conhecidas na língua portuguesa, como “plaga”, “campeia”, “donde”, “empalmo”. Também, o uso de expressão em latim facilmente substituível como *venia concessa*, que, ainda, aparece com uma sintaxe invertida em relação ao uso comum no âmbito forense: “*concessa vênia*”. No lugar da expressão latina, sugerimos uma conjunção opositiva (“contudo”), já que, no período anterior, sugere-se que a pobreza poderia incitar o furto e, no período iniciado com o pedido de licença (“*venia concessa*”),

³ Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=27044>. Acesso em: 10 out.2023.

⁴ Propomos uma “tradução intralingual”: “Nas regiões em que a pobreza e a miséria são situações constantes, quinhentos reais torna-se um valor considerável. Contudo, é temerário considerar a ação de furto de quase quinhentos reais como atípica, o que não teria nenhuma consequência no âmbito penal. Dessa forma, a justiça, ao sinalizar que para tal quantia não haveria crime, poderia incorrer em complicações de ordem social”.

afirma-se que a justiça precisa tomar providências para não tornar o ato em questão natural, por causa da quantia furtada.

De outra forma, a escolha de uma sintaxe mais rebuscada como em “ínfimo não o é” pode ser proposta na ordem direta, de forma a revelar o seu sujeito: “[esse valor] não é ínfimo”. Por fim, destacamos, ainda, a opção pela mesóclise do verbo legalizar (“legalizar-se-ia”), forma verbal em desuso na língua portuguesa do Brasil.

O Recorte [1], acima, aparece na parte “Dos Fatos” da suprarreferida sentença e exemplifica, em parte, o que chamamos de “juridiquês”.

Fröhlich argumenta que o “juridiquês” diz respeito a um neologismo, frequente no Brasil, que visa destacar um hábito linguístico-jurídico, o qual faz uso de uma linguagem rebuscada, “terminológica, de sentenças extensas e complexas, redundâncias, latinismos, construções impessoais, além de outros mecanismos de persuasão linguística, que funcionam ‘na prática e pela prática’” (Fröhlich, 2015, 213-14). A autora ainda observa:

Exageros terminológicos (como o uso dos termos “carta política”, “pretório”, “acórdão guerreado” etc.), aliados a floreios (como o uso da locução latina *ab ovo*) e itens lexicais exacerbados da língua culta (como “supedâneo”, “despicienda” ou “abojada”), são encontrados em muitas peças jurídicas brasileiras, que carecem de uma tradução intralingual, ou seja, uma tradução para o próprio vernáculo. Fröhlich, 2015, 214-15)

Todavia, não é tão simples “acusar” uma escrita jurídica de ser impregnada de “juridiquês”. É preciso obter “provas”, isto é, analisar textos jurídicos com as características elencadas por Fröhlich (2015). E, mesmo demonstrando que é possível “limpar” um texto repleto de “juridiquês”, sabemos que nesse campo do Direito há muitos adeptos da escrita empolada. Dessa forma, estudantes de Direito, ao se defrontarem com esse “estilo” de escrita em textos jurídicos, tendem, muitas vezes sem compreendê-los, atribuir-lhes valor de performatividade e autonomia.

Evidentemente, quando nos referimos a estudantes de Direito, não estamos sugerindo que se trata de um curso de oficina de “textos jurídicos” e que os textos serão produzidos sem nenhuma crítica gramatical e languageira. No entanto, temos segurança em afirmar que textos impregnados de “juridiquês”, além de serem dignos de cópia por parte dos estudantes e operadores do Direito, contribuem para que esse “estilo” se perpetue como ferramenta de produção e reprodução do poder no campo jurídico, mesmo que essa prática engendre formas de exclusão social.

3. DIREITO E PODER

O Direito e o poder estão histórica e culturalmente ligados e se influenciam mutuamente na e pela linguagem. A linguagem é a ferramenta principal utilizada pelo Direito para expressar suas normas e regras e, também, produzir e reproduzir formas de poder. O Direito é capaz de estabelecer padrões e limites para a conduta humana, bem como de garantir a igualdade de direitos e deveres para todos os membros da sociedade. Contudo, pode, igualmente, criar normas e regras em favor de determinados grupos em detrimento de outros.

Com seu discurso e simbologia própria, o Direito, ao se isolar da própria sociedade que o cria, investe-se de poder, na medida em que o faz invisível, opaco, incompreensível aos olhos dos destinatários da norma, tornando inacessível ao leigo a mera compreensão daquilo que ao mesmo tempo o domina, impossibilitando-o de questionar ou dela discordar.

Essa distância se expressa no uso excessivo de termos técnicos, mas, sobretudo, na prolixidade da chamada “linguagem jurídica”, a qual Fröhlich (2015) nomeou de hábito jurídico, remetendo ao conceito do sociólogo francês Pierre Bourdieu, para quem o *habitus* se apresenta como um ofício:

Un *habitus* de philologue, c'est à la fois un «métier», un capital de techniques, de références, un ensemble de «croyances», comme la propension à accorder autant d'importance aux notes qu'au texte, propriétés qui tiennent à l'histoire (nationale et internationale) de la discipline, à sa position (intermédiaire) dans la hiérarchie des disciplines, et qui sont à la fois la condition du fonctionnement du champ et le produit de ce fonctionnement (mais pas intégralement: un champ peut se contenter d'accueillir et de consacrer un certain type d'*habitus* déjà plus ou moins complètement constitué) (Bourdieu, 1983, p. 114).⁵

Se admitirmos que o campo do Direito há muito tempo se contentou em acomodar e consagrar certo tipo de *habitus*, não é difícil presumir que a ideia de capital (de técnicas e referências) no interior deste campo tem a ver com o poder. Dentro do campo, o poder

⁵ O *habitus* de um filólogo é ao mesmo tempo um "ofício", um capital de técnicas, referências, um conjunto de "crenças", como a propensão a dar tanta importância às notas quanto ao texto, propriedades que se atêm à história (nacional e internacional) da disciplina, à sua posição (intermediária) na hierarquia das disciplinas, e que são tanto a condição para o funcionamento do campo quanto o produto desse funcionamento (mas não totalmente: um campo pode contentar-se em acomodar e consagrar um certo tipo de *habitus* já mais ou menos completamente constituído (tradução nossa).

engendra a conservação e a subversão. Aqueles que monopolizam o capital específico de um dado campo possuem o poder e, por isso, tendem a ativar estratégias de conservação. Por sua vez, aqueles que quase não possuem capital – na maior parte das vezes os mais jovens –, tendem a ativar estratégias de subversão.

Quando o poder é ameaçado, os dominantes rompem o silêncio, o que acontece na e pela linguagem, com a “produção do discurso defensivo da ortodoxia, pensamento “direito” e de direita, visando restaurar o equivalente da adesão silenciosa da doxa”, como enfatiza Bourdieu (1983, p. 91). Mas também, com a preservação do hermetismo da linguagem jurídica, do seu tecnicismo exarcebado, do uso de vestes talaes nos tribunais e do uso das formalidades excessivas dos ritos judiciários.

Reale (2001), rompe o silêncio, na medida que elege o conhecimento da linguagem jurídica, especialmente da terminologia jurídica, como condição sem a qual não poderíamos penetrar no mundo jurídico. Assim afirma o jurista,

[...] cada cientista tem a 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. [...] É necessário, pois, que dediquem a maior atenção à terminologia jurídica, sem a qual não poderão penetrar no mundo do Direito. Por que escolheram os senhores o estudo do Direito e não o de outra ciência qualquer? Se pensarem bem, nós estamos aqui nesta faculdade para realizar uma viagem de cinco anos; cinco anos para descobrir e conhecer o mundo jurídico, e sem a linguagem do Direito não haverá possibilidade de comunicação (REALE, 2001, p. 7-8).

Nessa afirmação contundente, Reale (2001) nos induz a considerar a linguagem como um código, isto é, essa “linguagem multimilenar” cobriria um sistema de comunicação que, dada a sua singularidade, seria utilizada apenas por aqueles que a conhecem; porque a ela dedicaram sua atenção à terminologia jurídica. Segundo essa concepção, a comunicação, no âmbito jurídico-educacional, não se efetivaria sem o conhecimento dessa “linguagem própria e multimilenar”; nesse sentido, ela seria digna de ser aprendida e reproduzida.

A respeito da conservação de uma linguagem especial e do “orgulho” de conservá-la, Gnerre (1998) diz o seguinte:

[...] 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 da comunidade linguística externa 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 acesso à linguagem especial (Gnerre, 1998, p. 22-23).

Se uma linguagem especial “exclui da comunicação as pessoas da comunidade externa ao grupo”, conforme argumenta Gnerre (1998, p. 22-23), no Direito, ou seja, em textos orais ou escritos da comunicação jurídica, essa linguagem não deveria prevalecer, já que opera em desfavor à democratização do acesso ao Direito e ao ideal de participação cidadã do Estado Democrático (Gomes; Kalberg, 2017).

Prevalecendo, no entanto, revela o poder na e pela linguagem, o qual é capaz de modificar o pensamento e a ação de uns, sancionar o comportamento desviante de outros ou fazer aderir o máximo possível de indivíduos aos valores dominantes, como sugere essa passagem da citação do eminente jurista acima referido: “Os juristas [...] devem ter orgulho de sua linguagem multimilenar, dignidade que bem poucas ciências podem invocar”. Logo, falar de uma “linguagem própria” em sociedades em que as instituições jurídicas são midiaticizadas soa bastante nostálgico.⁶

O Direito e o acesso à Justiça são requisitos básicos e fundamentais na vida nessas sociedades. Para que esse acesso seja, de fato, concretizado, é necessário a combinação entre os aspectos do Direito processual e a produção de resultados efetivos e justos. Além disso, todos os dias as pessoas são expostas a uma série de atos, materializados em textos (orais ou escritos), com sentidos e efeitos jurídicos concretos. De outra forma, por meio desses textos, essas mesmas pessoas são expostas a debates que interessam a sociedade em geral, como a tese jurídica do Marco temporal, a descriminalização do aborto, o crime de injúria racial, a reforma trabalhista, entre outras.

Em relação aos atos, sabemos que eles modificam os patrimônios, alteram as relações familiares, tornam-se obrigações, permitem a aquisição ou perda de direitos materiais ou imateriais. Todavia, eles se restringem tanto a ações quanto a omissões, sendo, por vezes, imperceptíveis na vida de quem os realiza e/ou são por eles interpelados. Por exemplo, o ato de prestar ou não socorro a uma pessoa em grave risco resume-se a uma ação ou omissão deontologicamente determinadas e, ao mesmo tempo, desconhecidas. Cárcova (1998) conceitualiza esse desconhecimento como a *opacidade do Direito*.

⁶ Sobre a midiaticização dos atos jurídicos, basta lembrar os debates entre ministros do STF, calorosos e encenados, transmitidos em rede nacional, por exemplo, pela TV Justiça, canal de televisão público, de caráter não-lucrativo, coordenado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No dicionário da Língua Portuguesa, opaco significa aquilo que “não deixa atravessar a luz; que não é transparente; que é toldado, turvo” (Ferreira, 1986, p. 1126). Por construir historicamente uma barreira de difícil acesso, o Direito torna-se opaco, afirma Cárcova (1998). São as águas turvas – aqui metáfora de “juridiquês” – que separam o Direito da ideia de direito de todos.

Assim, o acesso à Justiça fica obstruído para a maioria das pessoas, tornando-as incapazes de absorver os conteúdos e sentidos do Direito e, em última instância, compreender os processos e instrumentos da tutela jurisdicional, a despeito da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, ressalta Cárcova (1998, p. 14):

o Direito, que atua como uma lógica da vida social, como um livreto, como uma partitura, paradoxalmente não é conhecido, ou não é compreendido pelos atores em cena. Estes realizam certos rituais, imitam condutas, reproduzem certos gestos, com pouca ou nenhuma percepção de seus significados e alcances.

A distância que separa o Direito daqueles que dele necessita ganhou força ao longo dos anos. Cárcova (1998) nos apresenta dois momentos estruturantes de segregação no âmbito jurídico.

O primeiro ocorre quando a norma jurídica⁷ funciona como uma simples referência para que se adote uma determinada conduta, antes de o conflito se instalar e para que ele não se instale. O segundo, por seu turno, ocorre quando o conflito já se instalou e foi imposto o obstáculo que, de alguma forma, impediu o convívio entre os indivíduos. Nesse contexto, o Direito, por meio do Poder Judiciário, funciona como o mecanismo destinado a solucionar o conflito, sendo, pois, a linguagem constitutiva dos atos, antes e depois do conflito.

Aqueles que necessitam do Direito e, particularmente, aqueles que a ele não têm acesso, geralmente, não o procuram via norma jurídica. As leis em geral, diz Cárcova (1998), são para muitos inatingíveis, seja pela sua linguagem hermética e altamente técnica, seja pela sua complexidade no decorrer do tempo. Com efeito, a “linguagem jurídica” é quase sempre transmitida por gêneros de texto que, na maioria das vezes, são estudados e praticados nos cursos de Direito. Dessa forma, surgem nessas práticas duas obstruções, a saber: a especificidade da linguagem escrita e o gênero de texto

⁷ A norma jurídica exprime, em termos gerais e abstratos, a representação de uma situação da vida cuja verificação ou preenchimento determina a emissão de uma valoração ou a necessidade de um comportamento. A norma jurídica se assume, portanto, como parâmetro de qualificação da realidade, ou, como uma regra de conduta.

propriamente dito.

Mesmo sem evidências da intenção do Direito em promover igualdade material entre as pessoas, o efeito da sua neutralidade e imparcialidade precisa ser mantido, pois dele é decorrente a sua própria eficiência. Assim, os instrumentos utilizados pelos operadores do Direito têm seu “potencial bélico” no campo jurídico. Aos que se encontram fora desse campo, cabem suportar a força exercida pelos atos jurídicos. Portanto, considerando o capital específico daqueles que dominam o campo do Direito, percebe-se que a sua linguagem não comporta a concisão, a clareza e a objetividade.

As pessoas que necessitam do Direito por que são interpeladas pelas normas jurídicas, deparam-se com um campo obscuro, quase impenetrável, cercado de arame farpado, para retomar a expressão de Gnerre (1998). Elas se percebem, muitas vezes, em uma sociedade altamente elitizada, cujo modo de vida não segue as mesmas rotinas do mundo em que vivem. Por isso, desconfiam da ideia de que a “justiça é igual para todos”. Desconfiam, por fim, da ideia de que “ninguém está acima da lei”.

Entre o Direito e os cidadãos, levanta-se uma barreira, que se solidifica por meio de uma linguagem turva, truncada, rebuscada em exagero, intrincada com uma constelação de instâncias e rotinas jurídicas: cartórios, varas, entrâncias, juízos, recursos, taxas, consultas, honorários, custos, tempo etc., revelando, enfim, que o Direito não pode ser acessado tão facilmente. A função redutora da complexidade da vida social torna a norma jurídica opaca para a percepção daqueles que são por ela apenas interpelados. Ou seja, chamados a responder às suas demandas, ao passo que seu caráter inclusivo e funcional se restringe àqueles que dispõem do Direito como campo de atividade profissional.

Ao identificar essa realidade, Cárcova (1998) indaga os motivos pelos quais a norma jurídica não se apresenta como objeto de preocupação dos juristas. Analisando esse fenômeno, Kafka (1995 *apud* Minagé; Lopes, 2014, p. 40) argumenta:

Infinitas são as portas que separam o cidadão comum da justiça. Estas portas, embora abertas, são permanentemente vigiadas impedindo com que grande parte das pessoas tenha acesso a tudo que está para além delas. A linguagem jurídica é uma destas portas, pela qual, em regra, só passam as academias jurídicas, as publicações especializadas e os tribunais superiores, o acesso é bastante restrito. Quer dizer: os simples, humildes e carentes de técnica estão de fora. Diante do limitado acesso, a maioria das pessoas vive sem conhecer a lei, ainda que permanentemente controladas pelo Direito. O controle é exercido de modo a garantir a manutenção dos interesses de mercado, privilegiando algumas pessoas em detrimento de outras, assim, por vezes, o único contato do homem com a justiça é por meio de inquéritos policiais, prisões e sentenças

penais condenatórias. Pergunta-se: o homem “conhece a própria sentença?”– Seria inútil anunciá-la. Ele vai experimentar na própria carne”.

O efeito da transparência da linguagem no campo do Direito produz uma percepção segundo a qual a norma jurídica seria conhecida por todos. Na melhor das hipóteses, essa percepção deixa subentendido que todas as pessoas deveriam conhecer as normas jurídicas de seu país, estado, município, mesmo que não tenham contato com elas. O desconhecimento das leis, então, não lhes serviria como defesa.

Por fim, a opacidade do Direito pode ser compreendida como a realização de um projeto histórico e politicamente construído. Segundo Cárcova (1998), a opacidade do Direito não se revela apenas como um sintoma das sociedades modernas, mas, sobretudo, como condição do poder, por meio do qual a ideologia exerce papel essencial, sendo o “juridiquês” uma parte “rastreadável” da realidade material dessa produção discursivo-ideológica.

A linguagem, ao instituir os indivíduos como sujeitos jurídico-políticos, e, ao mesmo tempo, compreendê-los como indivíduos livres e iguais, materializa o regime de suas diferenças, inserindo-os, com base na lei, num espaço de heterogeneidade presumida. O Direito, desse modo, transforma-se em um mecanismo instituidor que se legitima como prática social discursiva, fundamentando, por fim, a distribuição do poder social e de capital específicos, produzidos e exercidos por um conjunto de indivíduos reconhecidos como “juristas”, dominantes do campo (Bobbio *et al.*, 1998; Bourdieu, 1983).

Esses indivíduos se ocupam em implantar – *a priori*, por meio da linguagem – formas de administração burocratizada, tais quais procedimentos de controle, coerção e regulamentação de condutas, o que os torna, conseqüentemente, detentores e conservadores do capital específico do campo do Direito; capital que se sustenta não somente no conhecimento técnico e referencial que os dominadores possuem (*habitus*), mas também no desconhecimento do leigo, isto é, na opacidade do Direito.

Sobre esse ponto, Cárcova (1998, p. 165) esclarece que:

O poder, assentado no conhecimento do modo de operar do Direito, se exerce, parcialmente, pelo desconhecimento generalizado desses modos de operar. A preservação desse poder é assim fatalmente ligada à reprodução do efeito do desconhecimento. Segue daí que a opacidade do Direito, sua falta de transparência, a circunstância de não ser cabalmente compreendido etc., pelo menos no contexto das formações sociais contemporâneas, longe de ser um acidente ou acaso, um problema instrumental suscetível de solução com reformas oportunas, alinha-se como uma demanda objetiva de funcionamento

do sistema. Como um requisito que tende a escamotear – como ideologia em geral – o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de legitimar/reproduzir as dadas formas da dominação social.

Assim, o Direito se apresenta intrinsecamente ligado ao poder, ao passo que seus dominadores (que dificilmente rompem o silêncio ante o “juridiquês”) produzem e reproduzem esse poder diante do desconhecimento dos mecanismos jurídicos por parte dos dominados. Para exaltar a permanência dessa assertiva, basta notar o modelo de sociedade na qual vivemos. Nela, o poder político, estatal e jurídico exercem-se por meio dos mesmos indivíduos, em sua maioria uma elite branca.

Cárcova (1998) ainda adverte que não é apenas uma linguagem fechada que protege o poder do Direito. A violência do poder, segundo ele, requer formas de sublimação. Nessa senda, para se perpetuar e se tornar crível, o poder carece de conteúdos de linguagem “mais doces”, do tipo: “A justiça tarda, mas não falha”; “A justiça é o direito do mais fraco”; “A força do direito deve superar o direito da força.” Discursos que torna a opacidade do Direito suportável, crenças que a torna tolerável e o Estado de Direito que, finalmente, a torna incontornável. Porém, uma frase atribuída a Sêneca nos interessa; “A lei deve ser breve para que os indoutos possam compreendê-la facilmente”.

Na própria prática dos juristas, subsiste a produção de um efeito de desconhecimento que se expressa no monopólio do saber e na detenção do oculto, exercitando-os por meio de uma linguagem obscura, hermética, oblíqua, de significação cerrada e de um conjunto de rituais ininteligíveis para o leigo. Arnaud (1990, p. 63 *apud* Cárcova, 1998, p. 169), caracteriza esse fenômeno, diz ele:

Quase uma fatalidade que os juristas têm sua própria linguagem e que se trata de uma necessidade técnica. Se uma questão me leva aos tribunais, antes de tudo tenho de achar um advogado, não só porque acho que sua atuação é necessária, mas também porque temo não saber nem as formas nem a linguagem: será meu intérprete. A questão que se propõe aqui consiste em saber se esta linguagem é uma necessidade ou se, antes de tudo, é uma técnica de terrorismo. Se não entendo nada do ato que me aponta o escrivão é por parvoíce ou porque devo sentir-me, desde o momento inicial da instância, em estado de inferioridade?

Em situações de conflitos sociais, o papel da lei depende de uma relação de forças. Todavia, paradoxalmente, a lei desempenha um papel que formaliza e reproduz as relações sociais estabelecidas e, ao mesmo tempo, um papel na remoção e transformação dessas relações. Nesse contexto, o poder reserva o saber para uma função social particularizada que diz respeito a dos operadores do Direito, quais sejam: sujeitos que

conhecem o Direito, sancionam-no e aplicam-no, apropriando-se de um conjunto de técnicas e referências (*habitus*) (Bourdieu, 1983).

Nesse sentido, parte da função do Direito é instituir uma suposta independência das forças sociais, apresentando-se como um campo neutro e justo de resolução de conflitos, o que certamente não procede. A própria interpretação pelos operadores do Direito, que supostamente teriam acesso garantido à Justiça por meio da compreensão do campo, limita-se à estrutura hierárquica padronizadora e impeditiva das decisões exacerbantes (Silva, 2021).

Em resumo, o modo de operar do Direito, assentado no conhecimento do poder, se exerce, em parte, por meio do desconhecimento generalizado desse modo de operar, mas também por meio do “juridiquês”. A preservação desse poder requer a reprodução do seu efeito de desconhecimento na linguagem. Requer, portanto, opacidade; também no sentido do dicionário.

4. O ARAME FARPADO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme ressaltamos anteriormente, uma linguagem especial ou “multimilenar”, tomada como código de um grupo, exclui da comunicação grupos externos a ela. Dessa forma, a linguagem jurídica impregnada de juridiquês dificulta, como um arame farpado, a entrada daqueles que precisam compreendê-la, embora sejam todos os dias interpelados por ela. De fato, a escrita jurídica não é neutra, ao contrário, ela está permeada de valores, crenças, ideologias, que, em muitos casos, favorecem uns grupos em detrimento de outros. Por isso, há uma contradição de base existente entre os valores democráticos e os que estão implícitos no bojo da norma jurídico-linguística.

Segundo os princípios democráticos, não haveria nenhuma razão para discriminar indivíduos com base, por exemplo, em critérios como raça e religião. No entanto, “a única brecha deixada aberta para a discriminação é aquela que se baseia nos critérios da linguagem e da educação” (Gnerre, 1998, p. 25). Em nosso caso, a discriminação na e pela linguagem, em parte, está ligada a impregnação do “juridiquês” na escrita jurídica, ao passo que, na educação, a discriminação se concentra nos processos de padronização da língua materna, os quais não são, nem de longe, democráticos e libertadores.

Assim, uma escrita jurídica inacessível, empolada, hermética e impregnada de “juridiquês”, além de resultar no desconhecimento do Direito e dos meios para a

reivindicação dos direitos, também dificulta o entendimento da tramitação de um processo, o que gera a descrença e distanciamento da população em relação ao Poder Judiciário. Logo, no campo do Direito, produzir textos escritos sem a praxe do “juridiquês” é um ato de inclusão, “até porque, como linguagem é poder, esconder a verdade por meio de expressões desconhecidas da média da sociedade significa robustecer, ainda mais, uma das facetas do multifacetado fenômeno da exclusão social” (Wambier; Rodrigues, 2007 *Apud* Pena, 2020).

A norma jurídica carrega consigo diversas características, uma delas é a sua generalidade, ou seja, ela obriga a todos que estejam na mesma situação jurídica. Isso sinaliza a exigência de sua inteligibilidade para todas as pessoas, pois, se o Direito existe para a resolução de conflitos sociais, deveria poder ser conhecido e compreendido de forma ampla, possibilitando o acesso ao Judiciário para aqueles que se sentem lesados ou na iminência de o serem.

Além disso, as relações sociais não podem apartar-se do Direito para regular a conduta de seus integrantes. Por essa razão, o Direito precisa atuar de forma plena, sendo necessário que haja uma simplificação da “linguagem jurídica”, que ainda hoje é inacessível para a maior parte da população. Essa simplificação, assim, perpassa por vias políticas, jurídicas, sociais e educacionais e tem como objetivo a socialização do acesso à Justiça e da conquista dos direitos. Sendo um produto de construção sociocultural e necessário à efetivação do acesso à Justiça – dado que não é possível se exigir aquilo que se desconhece –, a simplificação da “linguagem jurídica”, particularmente em sua modalidade escrita, visa democratizar o acesso à sua compreensão.

O objetivo da garantia constitucional do acesso à Justiça, como defende Bulos (2007), é difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade. Dessa forma, o acesso à Justiça pode ser melhorado e até mesmo facilitado a depender da consciência do operador do Direito em entender que com a simplificação da linguagem jurídica, o cidadão poderá compreender e cooperar de forma ainda mais eficaz nos desdobramentos ao longo da lide.

Sob essa perspectiva, a simplificação da “linguagem jurídica”, particularmente em sua modalidade escrita, considera alguns fatores, simples de serem efetivados. Uma escrita clara, concisa e eficiente, de maneira geral, requer uma sintaxe direta e um léxico em circulação social. No caso da escrita jurídica, requer objetividade, como o uso de

palavras ou expressões em seu sentido comum; uso de frases curtas; orações na ordem direta (sempre que possível), exclusão de preciosismo, neologismo, metáforas, dispensa de adverbializações e adjetivação subjetivas; afastamento de abusos de caráter estilístico e escolha de termos que possam ser compreendidos na maior parte do território nacional (Pena, 2020).⁸

A simplificação da escrita jurídica deve ser vista, assim, como um instrumento fundamental para oportunizar o acesso à Justiça e contribuir, efetivamente, para a atuação do Poder Judiciário como um todo. Por isso, além de simplificar a escrita, o Direito deve se esforçar para torná-la clara, compreensível, efetiva e acolhedora. Mas quais os caminhos estão sendo pavimentados nesse território temático? Destacaremos, a seguir, as iniciativas de alguns órgãos do Judiciário e entidades de classes a respeito do desenvolvimento e implementação de uma “linguagem jurídica” simplificada, como forma de legitimar e democratizar o Direito.⁹

4.1 A SIMPLIFICAÇÃO DA ESCRITA JURÍDICA

No ano de 2005, uma pesquisa realizada pelo Ibope demonstrou que grande parte da população brasileira tinha dificuldades em compreender os termos jurídicos utilizados pelos operadores do Direito. Com base nisso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou a Campanha pela Simplificação da Linguagem Jurídica¹⁰, que defendia a ideia de que ninguém valoriza o que não conhece. A ideia da campanha era fazer com que o processo judicial se tornasse mais célere e acessível ao cidadão, demonstrando, para tanto, a necessidade de uma reeducação linguística nos tribunais e nas faculdades de Direito, na busca por uma linguagem clara, direta e objetiva.

Como justificativa para tal implementação, a entidade compreendia a “linguagem

⁸ Em um caso concreto, vale destacar que as partes, em um dado processo, não desejam apenas obter sucesso em sua pretensão ou defesa, mas também compreender o que foi decidido, pois somente assim conseguem perceber a justiça da decisão ou mesmo dela discordar. Para que isso seja possível, a simplificação da linguagem jurídica deve ocorrer sem comprometimento da linguagem técnica, inerente à Ciência do Direito, preservando-se a harmonia entre a precisão terminológica e o padrão-culto da Língua Portuguesa. Se bem entendido, a simplificação da escrita jurídica não defende eliminar a utilização de termos da área, uma vez que são necessários para resguardar a segurança jurídica. Apenas defende que sejam observados excessos linguísticos que, porventura, venham a obliterar o entendimento do cidadão sobre o ato jurídico, retirando, por fim, os “nós” do arame farpado.

⁹ Além dessas iniciativas, temos um ampla bibliografia sobre o tema no campo da pesquisa acadêmica.

¹⁰ Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-lanca-campanha-para-simplificar-linguagem-juridica>. Acesso em: 22 abr. 2023.

jurídica” como uma barreira entre o Poder Judiciário e os cidadãos. A campanha gerou polêmicas e os resultados não foram, à época, significativos, mas é inegável a sua importância para provocar a discussão sobre o tema, pois, dentre os vários e relevantes questionamentos endereçados aos magistrados brasileiros, um deles se relacionava ao uso da linguagem pelos juízes durante as audiências.

Já no ano de 2021, a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Procuradoria-Geral Federal, adotou o projeto intitulado “Linguagem Jurídica Inovadora”¹¹, que com o objetivo de tornar a “linguagem jurídica” mais acessível e simples, unindo Direito, tecnologia e *design*. Para que a campanha fosse, de fato, efetivada, a entidade passou a adotar o formato “*Visual Law*” em suas petições, utilizando recursos visuais para simplificar o entendimento de suas peças, além de vídeos, infográficos, fluxogramas e QR Codes.

O projeto teve como ponto fundamental evitar o uso desenfreado do “juridiquês”, introduzindo uma linguagem acessível, clara e atrativa, com formato simples e visual diferenciado, facilitando a comunicação entre magistrados e desembargadores. De fato, a organização de documentos com a aplicação das técnicas de *design* permite que conteúdos complexos e técnicos sejam transformados em documentos de fácil compreensão, o que reduz substancialmente os problemas de comunicação.

No mesmo ano, a juíza Aline Tomás, da 2ª Vara de Família da cidade de Anápolis em Goiás (GO), lançou o “Projeto Simplificar¹² – Direito mais claro e compreensível” – por meio do qual a magistrada passou a enviar, com o auxílio da mídia social *WhatsApp*, pequenos resumos de suas sentenças, ilustrados com elementos gráficos, linha do tempo e tópicos que facilitam a compreensão das partes.

A novidade implementada pela juíza almeja a mudança da maneira pela qual os juízes encaram um fato e sua anuência quanto à formação de petições e sentenças, por meio de elementos visuais e estratégias de *design* jurídico que auxiliam o entendimento de temas complexos e que tenham clareza da informação, contribuindo, assim, para a facilitação no acesso à Justiça, além de serem benéficas para as partes no julgamento, garantindo que os princípios da celeridade e da razoabilidade sejam respeitados dentro do processo, pois não deixam dúvidas em razão de seu conteúdo mais objetivo e claro,

¹¹ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-adota-projeto-de-linguagem-juridica-inovadora>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹² Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/projeto-simplificar-para-facilitar-entendimento-juiza-envia-as-partes-resumo-ilustrado-da-sentenca-pelo-whatsapp/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

propondo uma redação mais esclarecedora.

Em setembro de 2022, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ-GO), passou a implementar, por intermédio da juíza anteriormente referida, o uso da linguagem simples como padrão¹³, por meio de um Termo de Cooperação Técnica, com o objetivo de valorizar a linguagem culta, transmitindo-a de maneira clara, simples e objetiva. A intenção do projeto, conforme a juíza, é ampliar o acesso à Justiça com mais celeridade para todos, contando com a participação de todas as entidades ligadas ao Judiciário, tais como: a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público, as Procuradorias, as Defensorias Públicas, dentre outras.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), visando a melhoria em seus formulários de atermção, iniciou um projeto-piloto no ano de 2022, por intermédio da equipe da Unidade Avançada de Inovação em Laboratório (UAILab). O projeto envolve a aplicação de técnicas de direito visual e a linguagem simples, visando aproximar o cidadão do Poder Judiciário, com a expectativa de que haja uma melhoria na comunicação entre a entidade e seus jurisdicionados. Ainda na seara do TJMG, criou-se uma Portaria Conjunta nº 1391/PR/2022¹⁴, que regulamenta o uso de linguagem simples e de direito visual no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, destinado a ampliar o acesso da sociedade à Justiça, melhorar a comunicação e simplificar a prática de atos processuais.

No presente cenário, o que se entende é que o cidadão deve ter acesso a uma cultura jurídica menos autoritária, quando é capaz de compreender a mensagem que lhe é dirigida. Nesse viés, é possível afirmar que o mau uso da linguagem jurídica pelos profissionais do Direito interfere no devido acesso à Justiça. Portanto, a estratégia a ser proposta e observada para aproximação do cidadão comum ao universo jurídico está na simplificação dessa linguagem, uma vez que o Estado tem o compromisso político de se dirigir diretamente àquele que procura solução para um caso concreto.

Com a mesma finalidade, o Grupo de Trabalho (GT) do Poder Judiciário da Bahia (PJBA), regulamentou, em outubro de 2022, por meio do Decreto Judiciário nº 740/22¹⁵, a implantação do uso da linguagem simples no âmbito do PJBA, nos atos de comunicação

¹³Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/09/29/justica-de-goias-implementa-linguagem-juridica-simples-como-padrao.ghtml>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹⁴Disponível em: https://comunicasimples.com.br/wp-content/uploads/2022/12/TJMG_Portaria_Conjunta_da_Presidencia_1391_2022-1.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹⁵Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2022/10/LINGUAGEM-SIMPLES_Decreto-740.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

processual e comunicação verbal no atendimento às partes, com o propósito de transmitir informações de modo simples e objetivo, visando facilitar a compreensão das comunicações, principalmente escritas, sem prejuízo das regras da Língua Portuguesa.

De nossa parte, apresentaremos, a seguir, uma breve análise (Quadro 1) de parte da sentença suprarreferida neste trabalho, que fora produzida no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo e assinada pelo juiz de Direito Ítalo Morelle. Nossa proposta, diferente das iniciativas comentadas anteriormente, é mais modesta e visa apenas propor uma “tradução intralingual” (Fröhlich, 2015) de parte da sentença (fl.2), isto é, propomos uma simplificação do texto da sentença.

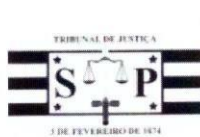
5. TRADUÇÃO INTRALINGUAL E ANÁLISE COMENTADA

Antes de analisarmos os dez parágrafos da fls. 2, da sentença assinada pelo juiz Ítalo Morelle, do Tribunal de Justiça de São Paulo, apresentamos, a seguir, a sentença na íntegra. (Figura 1).

Figura 1.

 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE SÃO PAULO FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA 11ª VARA CRIMINAL AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, São Paulo - SP - CEP 01133-020	
SENTENÇA	
Processo Físico nº:	0037827-07.2014.8.26.0050
Classe - Assunto	Ação Penal - Procedimento Sumário - Furto
Autor:	Justiça Pública
Réu:	GILBERTO TEIXEIRA LIMA
 Vistos et cetera 	
GILBERTO TEIXEIRA LIMA, <i>quantum satis</i> qualificado e identificado no caderno dos autos, foi denunciado e vê-se criminalmente processado, como incurso nas regras da cabeça do artigo 155 do Código Penal. Em apertado escorço, história a r. exordial acusatória que, na data, hora e <i>loco</i> mencionados o capiango ou capoeiro, empalmou para si, em desfavor da pessoa jurídica ofendida, quatro peças de vestuário, apreçadas em quatrocentos e sessenta reais. Prossegue dando conta que o ladro adentrou na loja, anelando pilha, apondo a <i>res</i> em bolceta, saindo sem a devida paga. Sobreveio fugaz acosso de empregado da vítima que, com auxílio de mastins, pôs o réu em ferros. Encadeado <i>in flagrante</i> e alforriado ante paga de caução arbitrada pela autoridade policial. Despacho inaugural de cunho positivo a f. 40. Citado <i>in faciem</i> a f. 41. Defesa preliminar ofertada no anverso de f. 44. Sinopse <i>ex lege</i>. DECIDO. <i>In primo loco</i>, ao esguardo que faz-se merecedora a culta e combativa Defensora Pública, não é de ser acolitada a bagatela.	
0037827-07.2014.8.26.0050 - lauda 1	

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITALO MORELLE. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0037827-07.2014.8.26.0050 e o código 1E000000625L4.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
11ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, São Paulo - SP - CEP 01133-020

Pois sim.

Nestas plagas donde campeia a pobreza e a miséria, quase quinhentos reais, ínfimo não o é. Seria, *venia concessa*, temerário entender-se por atípica a ação, com empalmo de quase quinhentos reais que, por outra, não redundaria em qualquer resposta no âmbito penal. “Legalizar-se-ia” – e incentivaria – abafos de tal quantia, o que redundaria no caos ou babel.

E, o que é insignificante para uns, para outros não o é.

Vá inquirir aos milhões e milhões de brasileiros, que em liça mensal de sol a sol, observando horário e ordens, percebendo paga mínima, se quase quinhentos reais é insignificante. A resposta, por óbvio e ululante, parafraseando o saudoso dramaturgo, há de ser negativa.

Derriba-se, pois, a insignificância ou bagatela.

Porém a tese outra impressiona.

É de se pôr cobro a este malsão proceder dos estabelecimentos que, bem cientes da pilha em andamento, não impedem-na, reclamando que o gatuno *in continenti* devolva bens que acomodou em receptáculo ou bolceta, como *in casu*, sem o aguardo de este passar pelo caixa e ser contido, após, fora das dependências do estabelecimento.

Tal agir ou atuar é, por vias transversas, vero acicate ao crime.

E, como é dos autos, o fiscal Pablo (f. 06), ajustou que observou o réu em atitude suspeita e que em momento algum o perdeu de vista.

O exemplo é baço, bem o sei, mas se garção ou latagão apusesse espadete em fauce de caixa, demandado burras, iria o fiscal (amiúde armados com revólveres, gás pimenta ou outros petrechos como dispositivo de choques, etc.) aguardar a consumação do roubo qualificado ou latrocínio? Cremos que não. Homessa!

E, dá-se ensancha, ainda, a barafunda, eis que o réu (que aliás não possui em seu passado jaça de monta, tanto que caucionado pela autoridade policial) meneou a cabeça a assentou subtração de apenas duas peças. E, também, não anuiu ao acosso, contido no interior do estabelecimento (f. 10), o que é razoável, pois bise:se: o fiscal não perdeu-o de vista em momento algum.

Nada obstante e volvendo ao cerne.

Ante a dinâmica, bem clareada nos autos, temos que, nos dizeres de Anibal Bruno, jurista merecedor de panegíricos com todas as veras da alma, uma autêntica **carência de tipo**.

0037827-07.2014.8.26.0050 - lauda 2



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
11ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, São Paulo - SP - CEP 01133-020

A dinâmica, tal qual exsurge, é manifesta injunção de persuasão ou encabeçamento de que seria impossível a consumação do crime.

Desce e fecha a hipótese vertente o que está no artigo 17 do Código Penal.

Não vinga, pois, o anelo acusatório, pese o respeito que faz-se merecedor o insigne *dominus litis et custos legis* que, por sua ímpar cultura e labor, goza, não apenas dentre seus pares mas, mas perante todos os operadores de Direito nesta Vara (e em outras), de grande nomeada.

Ex positis:

JULGO IMPROCEDENTE a presente ação penal e o faço para **ABSOLVER** como de fato absolvo o réu **GILBERTO TEIXEIRA LIMA**, relativamente a acusação que lhe foi assacada, por infração a norma da cabeça do artigo 155 do Código Penal, forte no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Vade in pace.

Dixi!

São Paulo, 22 de setembro de 2014.

ITALO MORELLE
 Juiz de Direito

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ITALO MORELLE. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0037827-07.2014.8.26.0050 e o código 1E000000625L4.

0037827-07.2014.8.26.0050 - lauda 3

Tratamos de focalizar apenas os dez primeiros parágrafos da fls.2 da sentença, na qual o referido juiz expõe seus argumentos. Para maior comodidade na leitura, enumeramos os parágrafos da sentença original e, ao lado, segue nossa proposta de “tradução”. Abaixo de cada parágrafo, descrevemos nossa análise linguístico-discursiva.

QUADRO 1 - Proposta de simplificação da escrita jurídica (sentença, fl.2)

Sentença	Tradução intralingual
[§1] Pois sim.	Dos fatos.
[§2] Nestas plagas donde campeia a pobreza e a miséria, quase quinhentos reais, ínfimo não o é. Seria, venia concessa, temerário entender-se por atípica a ação, com empalmo de quase quinhentos reais que, por outra, não redundaria em qualquer resposta no âmbito penal. “Legalizar-se-ia” e incentivaria abafos de tal quantia, o que redundaria no caos ou babel.	Nas regiões em que a pobreza e a miséria são situações constantes, quinhentos reais torna-se um valor considerável. Contudo, é temerário considerar a ação de furto de quase quinhentos reais como atípica, o que não teria nenhuma consequência no âmbito penal. Dessa forma, a justiça, ao sinalizar que para tal quantia não haveria crime, poderia incorrer em complicações de ordem social.
Análise comentada: No parágrafo [2], destacamos o uso de um conjunto de palavras (léxico) em desuso ou pouco conhecidas na Língua Portuguesa, como “plaga”, “campeia”, “donde”, “empalmo”. Também, o uso de expressão em latim facilmente substituível como <i>venia concessa</i> , que, ainda, aparece diferente do uso comum no âmbito forense “ <i>concessa vênia</i> ”. No lugar da expressão latina, inserimos uma conjunção adversativa (“contudo”), pois, embora no período anterior sugere-se que a pobreza poderia incitar o furto, no período que se inicia com o “pedido de licença”, afirma-se que a justiça precisa tomar providências para não tornar o ato em questão natural, por causa da quantia furtada. De outra forma, a escolha de uma sintaxe mais rebuscada como em “ínfimo não o é” pôde ser reformulada, embora não seja um grande entrave para a compreensão. Por fim, neste parágrafo, destacamos a opção pela mesóclise do verbo “legalizar”, forma verbal em desuso no Brasil. ¹⁶	
[§3] E, o que é significativo para uns para outros não o é.	Se para uns a quantia de quinhentos reais é insignificante, para outros, não parece [insignificante].
[§4] Vá inquirir aos milhões de brasileiros, que em liça mensal de sol a sol, observando horário e ordens, percebendo paga mínima, se quase quinhentos reais é insignificante. A resposta, por óbvio e ululante, parafraseando o saudoso dramaturgo, há de ser negativa.	Pergunte aos milhões de brasileiros, que trabalham todos os dias, respeitando horários e ordens, e ainda recebendo baixos salários, se quinhentos reais é uma quantia insignificante. A resposta, com certeza, será negativa.
Análise comentada: Nos parágrafos [3] e [4], destacamos, mais uma vez, a sintaxe rebuscada de “não o é”. Também, o léxico “ululante”, que significa aquilo que produz ruído, referindo-se a resposta para pergunta anterior. Interessante notar a referência a certo dramaturgo (não citado textualmente) que visa construir um <i>ethos</i> de pessoa erudita no campo da literatura.	

¹⁶ Esta análise, um pouco mudada, já apareceu no início deste trabalho (Recorte 1).

[§5] Derruba-se, pois, a insignificância ou bagatela.	Derruba-se a significância ou a quantia irrisória.
[§6] Porém a tese outra impressiona.	Porém, outro argumento pode ser colocado em destaque.
Análise comentada: Nos parágrafos [5] e [6], destacamos os léxicos “derribar” e “bagatela”, pouco usuais; e a sintaxe rebuscada num período tão curto [§6].	
[§7] É de ser pôr cobro a este malsão proceder dos estabelecimentos que, bem cientes da pilha em andamento, não impendem-na, reclamando que o <i>gatuno in continenti</i> devolva bens que acomodou em receptáculo ou bolceta, com <i>in casu</i> , sem aguardo de este passar pelo caixa e ser contido, após, fora das dependências do estabelecimento.	É preciso acabar com essa prática dos estabelecimentos que, bem cientes do furto, não o impendem ainda dentro da loja, exigindo que o responsável pelo furto devolva, imediatamente, os bens que escondeu na bolsa, sem esperar, no caso, que ele passe ao caixa para ser contido fora das dependências do estabelecimento.
[§8] Tal agir ou atuar é, por vias transversais, vero acicate ao crime.	Agindo ou atuando assim, mesmo sem querer, tende a incentivar o crime.
[§9] E, como nos autos, o fiscal Pablo (f. 06) ajustou que observou o réu em atitude suspeita e que em momento algum o perdeu de vista.	Conforme consta nos autos, o fiscal Pablo (f. 06) disse que observou o réu em atitude suspeita e que em momento algum o perdeu de vista.
[§10] O exemplo é baço, bem o sei, mas se garção ou lagatão apusesse espadete em fauce de caixa, demandando burras, iria o fiscal (amiúde armados com revólveres, gás pimenta ou outros petrechos como dispositivos de choques etc.) aguardar a consumação do roubo qualificado ou latrocínio? Cremos que não. Homessa!	O exemplo não é bom, admito, mas se o rapaz colocasse uma faca no rosto do caixa, provocando um conflito, iria o fiscal ([...]) aguardar a consumação do roubo qualificado ou latrocínio? Pensamos que não [...].
Análise comentada: No parágrafo [7], destacamos o uso de expressões em latim facilmente substituíveis, como <i>in continenti</i> (imediatamente) e <i>in casu</i> (no caso), além do léxico “bolceta” pouco usual para se referir a bolsa pequena. No parágrafo [8], o destaque recai também para o léxico, no caso de “vero” (verdade), expressão italiana bastante utilizada em textos trovadorescos em galego-português, e “acicate”, pouco usual para se referir a incentivo. No parágrafo [10], o destaque recai, mais uma vez nos léxicos em desuso no Brasil: “garção”, “lagatão”, “espadete”, e a interjeição de espanto “homessa”, de certo, bastante peculiar.	
[...]	[...]

Antes de tudo, é bom esclarecer que o réu, Gilberto Teixeira Lima, fora absolvido do crime de furto (art. 155 do Código Penal).

Sem dúvida, o trabalho de simplificação da referida sentença não é fácil e, ainda, dirão outros: inútil. Isso revela que cada categoria (léxico, sintaxe, latinismo) – apenas para ficar nessas três –, significa um nó no arame farpado da escrita que impede o acesso à Justiça. Com isso, não estamos sugerindo que um “estilo” não possa ser defendido por

aqueles que redigem conforme a sentença acima analisada. Todavia, acreditamos que em pleno século XXI, é preciso abandonar um estilo superado e pretensioso em favor de um estilo moderno e adequado (Rodríguez, 2011). Se o acesso à Justiça é um direito consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a linguagem não deveria facilitar o acesso em vez de obstruí-lo?

CONCLUSÃO

A escrita jurídica, quando impregnada de “juridiquês”, tem sido para a maioria das pessoas um arame farpado, ou seja, uma porta fechada com sentinelas a postos. Kafka, em sua obra *O Processo*, descreve a alienação e a desesperança de um homem imerso em um mundo que não consegue compreender.

Ao julgar a justiça, te enganas — disse o religioso —; nas palavras de introdução à lei existe uma história referente a esse engano: diante da lei está postado um guarda. Até ele se chega um homem do campo que lhe pede que o deixe entrar na lei. Mas o sentinela lhe diz que nesse momento não é permitido entrar. O homem reflete e depois pergunta se mais tarde lhe será permitido entrar. "É possível", diz o guarda, "mas agora não." A grande porta que dá para a lei está aberta de par em par como sempre, e o guarda se põe de lado; então o homem, inclinando-se para diante, olha para o interior através da porta. Quando o guarda percebe isso desata a rir e diz: "Se tanto te atraí entrar, procura fazê-lo não obstante a minha proibição. Mas guarda bem isto: eu sou poderoso e contudo não sou mais do que o guarda mais inferior; em cada uma das salas existem outros sentinelas, um mais poderoso do que o outro. Eu não posso suportar já sequer o olhar do terceiro". O camponês não esperara tais dificuldades; parece-lhe que a lei tem de ser acessível sempre a todos, mas agora que examina com maior atenção o guarda, [...], decide que é melhor esperar até que lhe deem permissão para entrar. O guarda dá-lhe então um escabelo e o faz sentar-se a um lado, frente à porta. Ali passa o homem, sentado, dias e anos. Faz infinitas tentativas para entrar na lei e cansa o sentinela com suas súplicas. [...] O homem, que para realizar aquela viagem, teve de se abastecer de muitas coisas, emprega tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Este aceita tudo, mas diz: "Aceito-o para que não julgues que te descuidaste de alguma coisa". Durante muitos anos aquele homem não afasta os seus olhos do sentinela. Esquece-se dos outros sentinelas e chega a parecer-lhe que este primeiro é o único obstáculo que lhe impede entrar na lei. Nos primeiros anos maldiz a gritos sua funesta sorte, mas depois, quando se torna velho, limita-se a grunhir entre dentes. E, como nos longos anos que passou estudando o sentinela, chega a conhecer também as pulgas de seu abrigo de pele, tornado outra vez à infância, roga até a essas pulgas para que o auxiliem a quebrar a resistência do guarda. Por fim vê que a luz que seus olhos percebem é mais fraca e não consegue distinguir se realmente se fez noite ao redor dele ou se simplesmente são os olhos que o enganam. Mas agora, em meio às trevas, percebe um raio de luz inextinguível através da porta. Resta-lhe pouca vida. Antes de morrer concentram-se em sua mente todas as lembranças e pensamentos daquele tempo em uma pergunta que até esse momento não tinha ainda formulado ao sentinela. Como seu corpo já rígido

não se pode mover, faz um sinal ao guarda para que se aproxime. Este precisa inclinar-se profundamente pois a diferença de dimensões entre um e outro chegou a fazer-se muito grande em virtude do empequenecimento do homem. "Que é o que ainda queres saber?", pergunta o sentinela. "És incontestável". "Dize-me", diz o homem, "Se todos desejam entrar na lei, como se explica que em tantos anos ninguém, além de mim, tenha pretendido fazê-lo?" O guarda percebe que o homem está já às portas da morte, de modo que para alcançar o seu ouvido moribundo ruge sobre ele: "Ninguém senão tu podias entrar aqui, pois esta entrada estava destinada apenas para ti. Agora eu me vou e a fecho" (Kafka, 2007 *Apud* Dantas, 2012, p. 2).

Quando nos debruçamos sobre o estudo da escrita jurídica – particularmente, da escrita que “acusamos” como impregnada de “juridiquês”, como a sentença anteriormente analisada – verificamos que os termos empregados pelos seus produtores nem sempre possuem uma precisão técnico-linguística da área do Direito, ao contrário, prevalece, muitas vezes, os termos “emprestados” de outras épocas, língua e esfera de atividade, constituindo a produção por meio de um “estilo” particular. Na ânsia de produzir um texto bem escrito, parte dos operadores do Direito ainda abusam de palavras arcaizantes, fórmulas em latim e estruturas gramaticais confusas que nada acrescentam ao sentido do texto.

A linguagem, em sentido amplo, é considerada o componente essencial para a composição das diversas facetas pertinentes à esfera do Direito (Fröhlich, 2015). Todavia, a comunicação por meio de uma linguagem “especial” pode resultar frustrada em decorrência de sua robustez, particularmente, em sua modalidade escrita. Percebe-se, então, uma enorme particularização da chamada “linguagem jurídica”, carregada de rotinas linguísticas utilizadas e reproduzidas pelos operadores do Direito há séculos. Essas rotinas linguísticas materializadas na prática escrita acabam por serem impostas pelo poder, o que tem resultado em exclusão, de forma a impedir a uma maioria o acesso à Justiça.

Mas, se é certo dizer que o Direito está a serviço do poder, não é menos certo dizer que ele também serve aos dominados: “se não há poder sem dominador, argumenta Foucault (1977 *apud* Cárcova, 1998, p. 167), tampouco há poder sem dominados”. O Direito proíbe, mas permite; censura, mas obriga a falar; ordena, mas convence; impõe, mas persuade. É o que Cárcova (1998) chama de “função paradoxal do Direito”, que reproduz, ao mesmo tempo, as condições de existência de um sistema social e coadjuva sua transformação progressiva.

O Direito se desenvolve como discurso ideológico, enquanto promete, com a finalidade de organizar o consenso, o que não dá: igualdade, liberdade,

proteção, garantias. Mas, como toda ideologia, desconhece e reconhece ao mesmo tempo; quando ilude, alude. Assim, nos priva da igualdade, mas nos reconhece como iguais. Com isso habilita e legitima nossa reivindicação de igualdade, liberdade e proteção (Cárcova, 1998, p. 167).

O poder se instrumentaliza em um meio de comunicação social, codifica símbolos generalizados que o torna possível e, ao mesmo tempo, disciplina a transmissão de prestações seletivas, produzidas a partir de um sujeito e dirigidas a outro (Cárcova, 1998). O Direito, por seu turno, institucionaliza o poder, submetendo, também, os dominadores, disciplinando a forma por meio da qual eles estão autorizados a exteriorizá-lo e reconhecendo quais os modos legitimados de manifestação do poder (linguagem “multimilenar”, por exemplo).

Nesse sentido, é possível fazer uma analogia do ato de escrever com o trabalho de um tecelão, já que a palavra “texto” vem de tecer. O texto escrito consiste no entrelaçamento de fios-palavras-frases, no qual cada elemento se entrelaça com outros, de forma a construir um tecido coeso, consistente e, por que não, esteticamente bonito. Mas a analogia tem seu limite quando lembramos que o trabalho do tecelão é produzido em torno da própria peça, ou seja, o tecido não precisa necessariamente responder a uma tradição, pelo contrário, no campo da arte- tecelagem a criação é sempre bem-vinda. Já na escrita, não.

No campo do Direito, a escrita de um texto não se refere apenas ao próprio texto que está sendo escrito. Nesse campo, a escrita tem uma forte tradição, e é sócio-historicamente constituída na esfera de atividade jurídica. Não há nada de novo sobre esse ponto, a não ser o fato de revelar que, no Direito, a criatividade é reduzida a formas de procedimentos internos ao texto, isto é, a produção de um texto se limita, muitas vezes, ao gênero de texto que está sendo produzido.

Pensando nisto, voltamos à questão do acesso à Justiça como garantia fundamental e constitucional, o qual deve ser compreendido não somente como acesso ao Poder Judiciário, mas, para além disso, como garantia a uma ordem jurídica justa e como alcance ao próprio Direito. Para se alcançar esse objetivo, é necessário compreender, conforme dissemos, a função da linguagem jurídica na interação entre o Poder Judiciário e o cidadão, este que precisa compreender o funcionamento das instituições jurídicas e, sobretudo, compreender os enunciados ditos por elas, a fim de retirar o arame farpado que oblitera o acesso à Justiça.

Por fim, defendemos o aprofundamento do estudo interdisciplinar entre Direito,

Linguagem e Poder, no intuito de refletir acerca do resguardo do direito do cidadão na condição de pertencente de um Estado Democrático de Direito. No estudo em foco, pensamos que o cumprimento da efetiva comunicação jurídica deve contemplar a democracia. No que tange à “linguagem jurídica”, a prática do “juridiquês” precisa ser criticada para que, durante o atendimento aos instrumentos judiciais, haja mais conexão entre a comunidade jurídica e as outras partes da sociedade civil interessadas.

Ficamos, assim, abertos ao diálogo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Unb. 1998. pp.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998.

DANTAS, Andréa Medeiros. Linguagem jurídica e acesso à Justiça. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 3111, 7 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20812>. Acesso em: 4 mai. 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1126.

FRÖHLICH, Luciane. Redação jurídica objetiva: o juridiquês no banco dos réus, **Revista da Esmesc**, v. 22, n. 28, p. 211-236, 2015.

GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de A. A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça. **Publicatio Uepg: Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes**, [S.L.], v. 20, n. 2, p. 173-184, 2012. Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/humanas/article/download/4270/3195/0>. Acesso em: 02 maio 2023.

GNERRE, Maurizio. **Linguagem, escrita e poder**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GOMES, Marcos Paulo Pereira; KARLBERG, Luísa Galvão Lessa. Linguagem Jurídica no Meio Social: Dificuldade de Compreensão. **Revista da Academia Brasileira de Filologia**, v. 21, p. 63-76, 2017.

MINAGÉ, Thiago M.; LOPES, Karina C. B. O texto que seduz é o mesmo que exclui: em que ponto nos perdemos da humildade? **Justificando**, 2014. Disponível em:

<http://www.justificando.com/2014/11/29/o-texto-que-seduz-e-o-mesmo-que-excluem-que-ponto-nos-perdemos-da-humildade/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

PENA, Tânia Mara Guimarães. A simplificação da linguagem jurídica como fator de democratização do direito e inclusão social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, Campo Grande, n. 5, p. 109-129, 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/185567>. Acesso em: 20 abr. 2023.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. Disponível em: http://www.isepe.edu.br/images/biblioteca-online/pdf/direito/REALE_Miguel_Lies_Preliminares_de_Direito.pdf. Acesso em: 06 abr. 2023.

RODRIGUÉZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal: curso de argumentação no Direito. 2.ed. Campinas: LZN Editora, 2003.

SILVA, Gabriela Rangel Eduardo. **A linguagem jurídica como complicador do Acesso à Justiça**: reflexões a partir de uma perspectiva crítica. Universidade Estadual Paulista (Unesp), 2021. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/216781>. Acesso em: 27 abr. 2023.

TESTES DE INTEGRIDADE: CONTROVÉRSIAS E (RE)PROPOSTA PARA O DIREITO BRASILEIRO

INTEGRITY TESTS: CONTROVERSIES AND (RE)PROPOSAL FOR BRAZILIAN LAW

Marcelo Malheiro Cerqueira

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha - Espanha. Mestre em Direito pela UFMG. Procurador da República – MPF. Orientador pedagógico e professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

RESUMO

Os testes de integridade são recomendados por vários organismos internacionais como importante e eficaz ferramenta no enfrentamento da corrupção. As experiências de diversos países com a aplicação de tais testes apresentam resultados positivos na prevenção e repressão da corrupção. O presente artigo visa a examinar de forma crítica as controvérsias sobre a constitucionalidade e necessidade da eventual incorporação dos testes de integridade dos agentes públicos no direito brasileiro, analisando seus reflexos nas esferas cível, criminal e administrativa.

Palavras-Chave: Corrupção; Testes de integridade; Flagrante preparado; Crime impossível.

ABSTRACT

Integrity tests are recommended by several international organizations as an important and effective tool in fighting corruption. The experiences of several countries with the application of such tests show positive results in the prevention and repression of corruption. This article aims to critically examine the controversies about the constitutionality and the need for the eventual incorporation of integrity tests for public agents in Brazilian law, analyzing their consequences in the civil, criminal and administrative spheres.

Keywords: Corruption; Integrity tests; Entrapment; Impossible crime.

1. INTRODUÇÃO

Em 2016, como desdobramento das denominadas “10 Medidas Contra a Corrupção”, foi proposta a regulamentação dos testes de integridade no direito brasileiro por meio do Projeto de Lei nº 4.850. A figura tem origem no direito comparado e consiste,

em síntese, na simulação de situações, sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para o cometimento de ilícitos contra a Administração Pública. Trata-se de técnica especial de investigação cujos resultados podem servir de meio de prova para finalidades diversas (cíveis, administrativas ou penais).

A proposta causou intensa controvérsia e acabou sendo excluída do pacote anticorrupção antes da sua votação em plenário¹. Houve forte – e juridicamente pertinente – objeção doutrinária no sentido de que os testes configurariam hipótese de flagrante provocado ou preparado e, portanto, crime impossível. Entretanto, algumas das críticas efetuadas em sentido contrário à proposta pautaram-se em concepções corporativas, com conteúdo jurídico extremamente superficial e, por vezes, deturpadores da essência do instituto e dos seus objetivos².

O presente artigo visa a examinar de forma crítica a constitucionalidade e a legalidade da eventual incorporação ao direito brasileiro do teste de integridade dos agentes públicos, como mecanismo de prevenção e enfrentamento da corrupção nas esferas cível, criminal e administrativa. Tal análise parte, necessariamente, da compreensão do instituto sob a roupagem constitucional democrática que não se limita a proibir o excesso do Estado, mas que também lhe exige uma atuação eficiente em prol da realização de direitos e garantias.

2. DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO ESTATAL À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Durante o período da ditadura militar (1964 a 1985), o Estado brasileiro investiu severamente contra os direitos humanos. Foram tolhidas dos cidadãos liberdades básicas, como a livre manifestação do pensamento. Aos opositores do regime ditatorial restava a

¹ A votação do pacote em plenário na Câmara dos Deputados acabou desfigurando completamente a proposta original. Ela ocorreu na madrugada do dia 30 de novembro de 2016, durante uma forte comoção nacional decorrente da tragédia envolvendo o acidente de avião com a delegação do clube de futebol Chapecoense.

² Essas críticas, superficiais ou não, decorreram de uma oposição generalizada, por alguns setores, à campanha intitulada “10 medidas contra a corrupção”, que foi encampada pelo Ministério Público Federal como desdobramento da Operação Lava Jato. A proposta de regulamentação dos testes de integridade era uma das medidas previstas na referida campanha.

opressiva perseguição estatal, inúmeras vezes mediante uso injustificado e descomedido da força.

Ao Direito, se não resta a possibilidade de refazer o passado, cabe a missão de determinar a reparação dos danos causados e de consolidar novas estruturas capazes de impedir que erros semelhantes se repitam.

A partir da promulgação da Constituição da República em 1988, a postura estatal em relação aos cidadãos sofreu uma guinada radical. Diante da previsão constitucional de respeito a um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, o Estado viu-se forçado a abandonar, imediatamente, suas estruturas e diretrizes ditatoriais; de outro lado, foi obrigado a implementar ou aprimorar, progressivamente, as instituições e os programas necessários à consolidação da nova ordem democrática em sua maior extensão possível. Foi obrigado, enfim, a tornar-se e agir como Estado Democrático de Direito.

Como reflexo dessa nova ordem, os anos que se seguiram à Constituição de 1988 foram marcados por intensas modificações nos mais diversos campos, dentre eles, evidentemente, o jurídico. No programa constitucional democrático, crescimento econômico e organização social devem caminhar necessariamente juntos à observância dos direitos e das garantias fundamentais. Buscando a adequação a tais diretrizes, surgiram e se propagaram novas linhas de pensamento doutrinárias e institucionais em todos os ramos do Direito, tudo como desdobramento de um novo paradigma da teoria jurídica, chamado por muitos de neoconstitucionalismo.

No âmbito do Direito Penal e Processual Penal, a nova ordem constitucional implicou intenso reforço de todas as garantias individuais em face do Estado. Em nome do princípio da proporcionalidade, preconizou-se a proibição do excesso estatal, ou seja, a impossibilidade de o Estado utilizar-se de meios além dos necessários para o atingimento dos fins propostos em matéria penal e processual penal. Assim, por exemplo, é inadmitida a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CR/88), como a tortura e a interceptação telefônica fora dos parâmetros legais.

Tal visão garantista teve e ainda possui importância crucial na consolidação do Estado Democrático de Direito. Entretanto, com o passar do tempo, foi possível perceber que ao lado dessa perspectiva negativa do princípio da proporcionalidade há outra, igualmente importante, de cunho positivo. Isso porque, assim como no cenário pós-ditadura era notório que o Estado não deveria agir com excesso em face de seus cidadãos, os alarmantes índices de criminalidade e violência social tornaram também necessário

que o Estado passasse a agir com efetividade para garantir aos cidadãos o direito básico de segurança pública.

Daí decorre que, para garantir direitos fundamentais, o Estado não pode apenas se abster do excesso; deve, também, *agir* plenamente dentro das suas atribuições constitucionais, não se omitindo diante dos deveres de proteção e segurança dos cidadãos. Ao lado da proibição de excesso estatal (dimensão negativa da proporcionalidade), existe também a proibição da vedação à proteção deficiente (dimensão positiva da proporcionalidade)³. O garantismo constitucional é, enfim, integral, não se deturpando em um viés absentista nem totalitário.

Para se desincumbir do dever de proteção, é fundamental ao Estado identificar quais os principais problemas vivenciados pela sociedade, instituindo, legalmente, mecanismos apropriados à sua resolução.

3. DA NECESSIDADE DE CRIAR E APRIMORAR INSTRUMENTOS DE ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

O vocábulo corrupção é plurissignificativo, estando associado a distintas áreas do conhecimento (filosofia, cultura, direito, economia, sociologia, moral etc.). No decorrer do tempo o termo assumiu natureza multiforme, descrevendo um amplo leque de condutas, cujos sentidos estão em permanente contato e intercâmbio na prática. Como consequência, o enfrentamento dos problemas associados à corrupção deve ser buscado sob uma percepção holística do fenômeno, na qual que se inclui o tratamento jurídico-normativo.

Para os fins deste artigo, utiliza-se o termo corrupção no sentido de corrupção pública, entendida, por sua vez, como o abuso de função pública para a obtenção de ganhos privados, em benefício próprio ou de terceiros. Mais precisamente, trata-se da ruptura do vínculo de confiança da relação de gestão de interesses públicos, por meio do que um agente público atua contra os seus deveres funcionais e com a finalidade de obtenção de benefícios particulares para si ou para outrem. As condutas assim praticadas podem ser enquadradas, conforme a peculiaridade do caso concreto, em diversos tipos penais (corrupção passiva, concussão, prevaricação, peculato, entre outros).

3 A propósito do tema, cf. Baltazar Júnior, 2010, p. 189; Fischer, 2009.

Há boa sustentação teórica e empírica no sentido de que a corrupção se produz mediante um ciclo vicioso, no qual ela alimenta e permite o crescimento das suas próprias causas – dentre elas, apenas para ilustrar, o baixo desenvolvimento moral, a desigualdade, a desconfiança social, a ação de partidos corruptos, os controles insuficientes, a baixa qualidade democrática, o monopólio de poder e a ética pessoal⁴. Por isso, pode-se dizer que a corrupção tem uma propriedade de autorreforço, ou seja, ela é um fenômeno no qual os incentivos para engajamento em atos corruptos aumentam na medida em que a própria corrupção se torna mais difundida na sociedade (Stephenson, 2020, p. 192-226).

Desde o final do século XX, vêm sendo apresentados estudos e pesquisas contundentes sobre as consequências perversas da corrupção no âmbito econômico, político, social e cultural, estejam elas submetidas a um ambiente de corrupção sistêmica ou não⁵. Isso é facilmente percebido nas contratações públicas. As propinas pagas para fraudar licitações ou majorar ilicitamente medições de bens e serviços revertem em lucro para corruptos e corruptores; em troca, as competidoras honestas são afastadas das contratações com o setor público e incentivam-se os agentes públicos corruptos a perpetuarem normas e rotinas burocráticas, como forma de criar dificuldades para vender facilidades. As consequências são deletérias para a economia e a sociedade: não só os gastos públicos são indevidamente majorados, privando os cidadãos do acesso otimizado a outros bens e direitos fundamentais, como o próprio resultado do que foi contratado é comumente comprometido, na forma de obras de má qualidade ou que sequer são executadas por completo.

Outro exemplo, já no campo político, consiste nas inúmeras práticas corruptas associadas ao levantamento de recursos para campanhas eleitorais. O político corrupto, além do que pode angariar pelas vias legais, vale-se de todo tipo de artimanhas para viabilizar a sua eleição, a saber: promessa de benefícios a empresas que financiem sua candidatura (quer por vias legais, quando permitido pela legislação, quer de modo ilegal, por caixa dois); compra de votos; oferecimento de cargos públicos em troca de apoio político; e assim por diante. A partir do momento em que os concorrentes aos cargos

4 Villoria Mendieta; Sánchez, P. 263; Rose-Ackerman; Palifka, p. 27.

⁵ Segundo algumas pesquisas, a corrupção poderia melhorar o resultado econômico em países com burocracia excessiva. Entretanto, mesmo que tal hipótese seja verdadeira, uma reforma geral que reduza os incentivos à corrupção é evidentemente preferível à sua manutenção. A propósito, cf. Rose-Ackerman; Palifka, p. 32; Rotberg, p. 27-32. Quanto aos efeitos negativos da corrupção sobre o crescimento econômico e a redução de incentivos ao investimento, cf. Mauro, 1995, p. 681-712; Habib; Zurawicki, 2002, p. 291-307; Tanzi, 1998, p. 559-594; Gupta; Davoodi; Alonso-Terme, 1998; International Monetary Fund (IMF), 2016, p. 5-8.

eletivos assimilam como natural e até mesmo legítimo esse modo (corrupto) de agir, cria-se um ciclo vicioso em que a corrupção se propaga indefinidamente. Ou seja, o sucesso nas eleições passa a depender da adesão a práticas corruptas, as quais, por sua vez, levam a mais corrupção no exercício dos mandatos. O interesse público é colocado em segundo plano, servindo muitas vezes de mera retórica.

O reconhecimento dessas e de outras consequências negativas da corrupção tem sido recorrente por organismos internacionais como a ONU, a OCDE, o FMI, o Banco Mundial e a Transparência Internacional. Essas organizações buscam o progressivo fortalecimento dos mecanismos de combate à corrupção no mundo, destacando a sua importância para o desenvolvimento humano e econômico, a redução da pobreza e da desigualdade, entre outros objetivos. O debate sobre a figura dos testes de integridade insere-se nesse escopo.

4. TESTES DE INTEGRIDADE

4.1. Definição

Infelizmente, a prática da corrupção em órgãos públicos é notória na sociedade brasileira. São corriqueiras as notícias de exigência de suborno por agentes públicos pertencentes às mais diversas instituições (policiais, fiscais, pregoeiros etc.). Há relatos de que licitações em determinados setores ou regiões são promovidas sempre com “cartas marcadas”, ou de que certos órgãos somente funcionam à base de propina.

Contribui diretamente para a generalização das práticas corruptas o fato de ser extremamente difícil a sua apuração pelos órgãos de controle. A corrupção, como se sabe, em regra ocorre entre “quatro paredes”, às escondidas, mediante o exclusivo relacionamento entre o agente corrupto e o corruptor.

A experiência no combate à corrupção tem demonstrado que escândalos de corrupção em órgãos públicos surgem em ciclos (POPE, 2000, p. 190). Medidas repressivas enérgicas, com acusações criminais ou demissões em série, geram resultado meramente efêmero, não impedindo a contenção do problema em uma perspectiva temporal duradoura. A evolução das técnicas investigativas, ao lado do fortalecimento progressivo dos órgãos de controle e persecução penal, é crucial para que se produzam

avanços significativos nas apurações, na prevenção e na repressão dos chamados “crimes de colarinho branco” (entre eles as diversas formas de corrupção).

Os testes de integridade constituem instrumento de combate à corrupção com finalidade precipuamente preventiva, com reconhecida eficiência no direito comparado. Porém, não se limitam a isso, uma vez que sua aplicação também tem revelado se tratar de mecanismo extremamente útil na investigação e repressão da corrupção em órgãos públicos.

Nesse sentido, de acordo com a definição constante do Manual Técnico para a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, teste de integridade é um método destinado ao aprimoramento da prevenção e da repressão da corrupção. Seu uso comprovou se tratar de um inibidor de corrupção extremamente efetivo e eficiente (UNODC, 2009, p. 186).

Ainda segundo o referido manual, geralmente os testes são utilizados em circunstâncias em que um trabalho de inteligência já traz indicações de que um indivíduo ou um grupo de agentes públicos são corruptos. Nessas circunstâncias, um cenário é criado a fim de simular uma situação em que o agente público-alvo é colocado em uma situação rotineira na qual ele tem a oportunidade de decidir se deseja ou não tomar parte em um comportamento criminoso ou inapropriado. Exemplo de tal simulação seria o oferecimento de propina por outro agente disfarçado ou a criação de uma oportunidade para o próprio agente alvo solicitar uma propina (UNODC, 2009, p. 186)⁶.

A proposta de regulamentação dos testes de integridade no Brasil seguiu essa linha de definição. Conforme art. 50 do PL nº 4.850/2016, em sua redação original, os testes de integridade consistem na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública. Não se confundem, assim, com os testes de integridade ou honestidade pré-admissionais utilizados por muitas empresas privadas, por meio dos quais os candidatos a determinados cargos são obrigados a responder formulários contendo uma série de questões sobre seu comportamento, suas opiniões e seus hábitos⁷.

⁶ Essa modalidade de teste de integridade é chamada de teste dirigido. Embora inexista óbice jurídico à aplicação de testes aleatórios, os resultados mais satisfatórios e financeiramente menos custosos são obtidos mediante os testes dirigidos.

⁷ A legalidade da aplicação de testes de integridade nesses moldes é discutida na doutrina estrangeira, devido ao contraste entre seus prós (ex.: redução do número de novos empregados com tendência ao cometimento de furtos ou a comportamentos contraproducentes) e contras (ex.: submissão de candidatos a perguntas ofensivas, invasivas ou discriminatórias e imprecisão como método de seleção). A propósito, v. Faust, 1996; U. S. Congress, 1990.

4.2. Fundamentos jurídicos

No âmbito da teoria jurídica, os testes de integridade encontram fundamento constitucional na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, consistente na proibição da proteção deficiente, assim como nos princípios republicano, da moralidade e da eficiência.

Primeiro, relativamente ao princípio da proporcionalidade, já se observou no tópico 2 deste artigo que sua compreensão não se limita à imposição ao Estado do dever de abstenção do excesso como forma de garantia de direitos fundamentais; impõe, também, o pleno *agir* estatal dentro das suas atribuições constitucionais, cabendo ao Estado se desincumbir dos deveres de proteção e segurança dos cidadãos. Nessa perspectiva, os testes de integridade constituem importante ferramenta de prevenção e repressão da corrupção, a qual pode ser considerada uma das principais causas de ineficiência estatal na realização de direitos fundamentais, como visto.

Segundo, os testes de integridade também se justificam pelo princípio da eficiência. Conforme revelado em diversos países, a aplicação dos testes fomenta a busca de avaliações positivas pelos agentes públicos, com a consequente higidez e probidade na prestação de serviços públicos. Esse tipo de conduta gera presteza, celeridade e idoneidade no atendimento ao cidadão, concretizando o mandamento constitucional de eficiência. Além disso, a modalidade aleatória de aplicação dos testes de integridade permite a identificação de bons padrões de conduta, honestidade e eficiência, cuja divulgação serve de incentivo a desempenho similar por outros órgãos e agentes públicos.

Terceiro, decorre tanto do princípio republicano quanto do princípio da moralidade a formulação do que se pode denominar um princípio derivado de integridade, pelo qual os agentes públicos devem observância ininterrupta aos princípios e deveres constitucionais que regem sua atuação em prol do interesse público. São deveres de probidade e boa gestão, transparência e *accountability*, pelos quais todos os agentes públicos devem prestar contas de sua atuação, por ser de interesse público. É por força disso, por exemplo, que a Lei nº 8.730/93 prevê a obrigatoriedade da apresentação e atualização anual de declaração de bens por agentes públicos. Tal obrigação tem a finalidade de permitir a análise da evolução patrimonial do agente público, identificando-se sua compatibilidade ou não com a renda recebida pelo desempenho das funções

públicas. Sendo a aquisição de bens desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público, este poderá responder pelo ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92.

Cabe aqui um parêntesis. Desde um ponto de vista ético, a promoção da integridade na administração pública encontra-se presente em diversos documentos de organismos internacionais e na legislação de alguns países, no bojo do que se denomina “sistemas nacionais de integridade”. Não obstante, a formulação teórica do princípio de integridade ainda se encontra em fase inicial. A propósito, Martínez registra que:

[...] la integridad no sólo es un principio general del derecho sino que en particular es un principio de la contratación pública. La estrecha relación entre intereses públicos y privados en este ámbito de actividad pública, exige que todos aquellos que participan y, particularmente, los altos cargos y empleados públicos, actúen de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento, sin que prevalezcan otros intereses, motivaciones o fines particulares por encima del interés general (2014, p. 338).

No Brasil, o desenvolvimento teórico da integridade como um princípio autônomo ainda é incipiente, provavelmente pela previsão expressa, no texto constitucional, do princípio da moralidade, assim como pela tipificação, em lei, de atos de improbidade administrativa.

Em 2015, o Decreto nº 8.420, ao regulamentar a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), previu a instituição de programas de integridade a serem executados por pessoas jurídicas que praticarem atos contra a administração pública. Nos termos do art. 45 do citado decreto, programa de integridade consiste no “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes”; seu objetivo é “detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Dois anos após, o Decreto nº 9.203/2017, ao dispor sobre a política de governança da administração pública federal, elencou a integridade como um dos princípios e mecanismos da governança pública (arts. 3º, II, e 5º, I, *a*). Determinou, assim, a instituição de programa de integridade pelos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional, “com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção” (art. 19, *caput*).

Finalmente, em 2021, foi criado pelo Decreto nº 10.756 o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal (Sipef), visando, entre outros fins, à supervisão técnica e ao monitoramento da estruturação e execução dos programas de integridade dos órgãos públicos. O art. 3º do decreto prevê como objetivos do Sipef: I – coordenar e articular as atividades relativas à integridade; e II – estabelecer padrões para as práticas e medidas de integridade.

Para os fins deste artigo, limita-se a tratar da integridade como um princípio derivado dos princípios republicano e da moralidade, sem descurar da necessidade de, em outra oportunidade, avançar sobre o tema.

Isso posto, o mais relevante é assentar que a integridade impele os agentes públicos à constante e ininterrupta observância das normas e códigos de conduta que regem a atividade jurídico-administrativa. Havendo tal dever, a verificação do seu cumprimento apresenta-se como uma atividade de controle natural, daí se podendo afirmar, *a priori*, a legitimidade da aplicação de testes de integridade. Questão diversa é a possibilidade ou não de utilização dos resultados dos testes para fins diversos (cíveis, disciplinares e/ou criminais), o que será examinado adiante.

Acrescente-se a tais argumentos que a principal finalidade dos testes de integridade é de prevenção geral negativa, inculcando nos agentes públicos a consciência de que podem estar sendo testados e assim desestimulando a prática de atos de corrupção. Isso não significa que a realização dos testes parta da premissa de desconfiança dos servidores, mas sim da noção, já apresentada, de que possuem deveres de transparência e *accountability*, que resultam na possibilidade de escrutínio pelos órgãos de controle.

Por outro lado, a previsão legal de realização dos testes, bem como a sua finalidade precípua de prevenção geral negativa, não deve ser entendida como incentivo a uma cultura do medo no serviço público. Tal cultura – presente em diversos setores da Administração Pública – favorece o formalismo exacerbado, em detrimento do princípio da eficiência. Não é esse, definitivamente, o objetivo. Por isso, a aplicação dos testes de integridade deve estar sempre atrelada à noção de fomento do dever de integridade no serviço público, capaz de potencializar a sua eficiência.

4.3. Experiências no direito comparado

Embora se trate de medida inovadora no ordenamento brasileiro, a aplicação de testes de integridade encontra precedentes em outros países.

Nos Estados Unidos, na década de 70 do século XX, a ABC News (rede de televisão) simulou situações com trinta e um policiais na cidade de Miami, aos quais foram entregues carteiras contendo dinheiro. Nove policiais subtraíram dinheiro e foram penalizados. A experiência foi repetida pela mesma rede de televisão trinta anos depois, em Los Angeles e Nova Iorque, quando todas as carteiras foram devolvidas sem qualquer subtração.

No plano institucional, há notícia da aplicação de testes de integridade em agentes do Departamento de Polícia de Nova Iorque a partir de julho de 1994, em função das recomendações da *Comission to Investigate Allegations of Police Corruption and Anti-corruption Procedures of the Police Department*. Segundo relatórios anuais da *Comission to Combat Police Corruption*, espécie de órgão externo à Polícia de Nova Iorque, os testes continuam a ser aplicados com sucesso pela corregedoria da polícia, principalmente na modalidade dirigida, tratando-se de técnica útil à obtenção de evidências de ações corruptas⁸. Noticia-se também aumento significativo de denúncias oriundas de agentes policiais referentes ao oferecimento de propinas ou outras condutas corruptivas praticadas por membros da sociedade ou outros policiais. Tal aumento é indubitavelmente atribuído ao receio, por parte dos denunciante, de que estejam sendo alvo de monitoramento em um teste de integridade (Pope, 2000, p. 192). Assim, a eficácia preventiva dos testes tem sido exaltada.

Também nos anos 90, diversos estados australianos iniciaram a aplicação de testes de integridade em seus territórios. Até 1999, por exemplo, *New South Wales* havia aplicado 90 testes, que deram resultado a 51 acusações criminais, a maioria contra policiais. Também conduziram testes de integridade, principalmente na modalidade dirigida, os estados de *Victoria*, *Western Australia*, *Queensland* e *South Australia* (Parliament Of Australia, 2011, p. 7-8).

Diante dos resultados positivos observados nos estados australianos, tanto do ponto de vista repressivo quanto preventivo, há uma tendência de instituição dos testes de integridade em nível federal (*Commonwealth level*). O primeiro passo nesse sentido

⁸ Sobre os citados relatórios anuais, veja-se, por exemplo: *Comission To Combat Police Corruption*, 2010, p. 12; *Idem*, 2014, p. 69-72 e 83-85; *Idem*, 2015, p. 121-125; *Idem*, 2022, p. 17. Registre-se que a mencionada comissão de controle externo analisa a adequação dos testes de integridade aplicados pela corregedoria, em muitos casos divergindo da penalidade imposta ao agente policial que falhou em um teste.

foi a publicação do *Law Enforcement Integrity Commissioner Act (LEIC Act)* em 2006⁹, por meio do qual foram criados o cargo de Comissário de Integridade (*Integrity Commissioner*) e uma comissão chamada de *Australian Commission for Law Enforcement Integrity (ACLEI)*, ambos com funções atreladas ao combate da corrupção e promoção da integridade em órgãos públicos. Em novembro de 2011, uma comissão parlamentar mista, também criada por força do *LEIC Act*, publicou relatório sobre uma pesquisa envolvendo os testes de integridade, com o objetivo de subsidiar sua possível introdução em nível federal. Como resultado, foram expedidas diversas recomendações, dentre as quais a introdução do programa de testes de integridade em determinadas agências federais e a adoção, preferencialmente, dos testes na modalidade dirigida (Parliament Of Australia, 2011, p. ix).

No Reino Unido, a partir de fevereiro de 1999, testes de integridade também passaram a ser aplicados na polícia londrina, sob a denominação de “*quality assurance check*” (Council Of Europe, 2015, p. 79; *idem*, 2013, p. 21). Da mesma forma que os Estados Unidos e a Austrália, relatórios vêm avaliando positivamente os resultados dos testes (Pope, 2000, p. 192; OSCE, 2004, p. 143; UNODC, 2004a, p. 93).

Trata-se, enfim, de instituto com retrospecto positivo de aplicação em diversos países de tradição democrática. Outros países vêm registrando a utilização dos testes de integridade como instrumento de combate à corrupção, como Nova Zelândia, Geórgia, Polônia, Croácia, Romênia, Moldávia e Hong Kong (ANPR, 2016, p. 9-10; Council Of Europe, 2015, p. 79-80). Neste último, os testes são aplicáveis em todo o setor público, não se limitando às corporações policiais nem a órgãos específicos.

Chama atenção a publicação, na Moldávia, da Lei nº 325, de 23 de dezembro de 2013, que regulamenta de forma minuciosa os testes de integridade¹⁰. As consequências dos testes, em caso de resultado negativo, não alcançam o campo criminal. O agente público está sujeito, sobretudo, a sanções na esfera disciplinar, incluindo a obrigatória perda do cargo na hipótese de prática de ato de corrupção (art. 6, par. 2, “a” c/c art. 16, par. 2, ambos da Lei nº 325/2013). Há a possibilidade de uso do material proveniente dos testes de integridade como evidência em julgamentos cíveis, desde que seja pertinente e

⁹ Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00830>>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹⁰ Para leitura da citada Lei nº 325/2013 em tradução informal para o inglês, cf. Hoppe, 2014, p. 18-28. Na versão original, o texto está disponível em: <http://lex.justice.md/md/351535/>. A Moldávia apresenta alarmantes índices de corrupção (Uřica, 2015, p. 13-15). A edição da Lei nº 325/2013 insere-se em um contexto de medidas destinadas ao combate à corrupção na Moldávia, no âmbito da Estratégia Nacional Anticorrupção para 2011-2015 (Uřica, 2015, p. 15).

se observem o interesse público e os direitos humanos / fundamentais, nos termos do art. 9, par. 4, da Lei nº 325/2013. De modo similar a Hong Kong, porém mais restritivo, os testes não são aplicáveis apenas aos órgãos policiais, estendendo-se a agentes pertencentes a diferentes entidades públicas, arroladas no anexo da Lei nº 325/2013. A experiência com a recente lei é avaliada como positiva por Uřica (2015, p. 17-18) e Hoppe (2015), ante o exponencial aumento de denúncias envolvendo corrupção ativa, embora seja apontada como uma grande falha a exclusão dos juízes do âmbito de incidência da lei.

A promoção da integridade no setor público constitui recomendação das Nações Unidas, conforme disposto nos arts. 1, “c”, 5.1, 8.1 e 11.1 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário (Decreto nº 5.687/2006).

Seguindo tal diretriz, são vários os organismos internacionais que incentivam ou recomendam a aplicação de testes de integridade como importante e eficaz ferramenta no combate à corrupção, a saber: a) Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (em inglês, OECD)¹¹; b) Organização para a Segurança e Cooperação na Europa – OSCE¹²; c) Organização das Nações Unidas – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC¹³; d) Transparência Internacional¹⁴ (ANPR, 2016, p. 5-9).

4.4. A proposta do Projeto de Lei nº 4.850/2016 de regulamentação dos testes de integridade: comentários

O Projeto de Lei nº 4.850/2016 propôs a criação dos testes de integridade no direito brasileiro. Segundo os seus arts. 49 e 50, eles consistiriam na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública. Assim, os testes poderiam ser: a) dirigidos, quando aplicados em agente público em relação ao qual já houve algum tipo de notícia ou suspeita de prática ímproba ou criminosa (*targeted tests*); ou b) aleatórios, quando aplicados indistintamente a qualquer agente público

¹¹ OECD, 2005, p. 68.

¹² OSCE, 2004, p. 141-143.

¹³ UNODC, 2009, p. 186; *idem*, 2004a, p. 91-97; *idem*, 2004b, p. 62-63 e 396-398. Segundo o UNODC, inclusive, faz-se necessário o acompanhamento da área em que constatada a corrupção após a aplicação dos testes de integridade, como forma de garantir a eficácia do instrumento (UNODC, 2004b, p. 62).

¹⁴ Pope, 2000, p. 190.

(*random tests*). Ademais, os testes poderiam ser aplicados a qualquer agente público, não se restringindo às corporações policiais.

O projeto trazia outras disposições relevantes sobre os testes: a) possibilidade de gravação em meio audiovisual ou por qualquer outro método, respeitado o direito à intimidade (arts. 52 e 57 do PL 4.850/2016)¹⁵; b) legitimidade para aplicação exclusiva da Administração Pública, devendo ocorrer, preferencialmente, pela corregedoria, controladoria, ouvidoria ou órgão congênere de fiscalização e controle (arts. 49 e 51 do PL 4.850/2016); c) necessidade de ciência prévia ao Ministério Público, de modo sigiloso e com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, informando a abrangência, o modo de execução e os critérios de seleção dos examinados; d) possibilidade de recomendação de recomendação de medidas complementares à realização dos testes pelo Ministério Público (art. 53 do PL 4.850/2016), dispensando-se, assim, o controle judicial prévio dos testes, ante a existência do controle externo prévio pelo Ministério Público¹⁶.

Visando à finalidade preventiva, previa o projeto a obrigatoriedade de os órgãos de fiscalização e controle divulgarem, anualmente, estatísticas relacionadas à execução dos testes (art. 54 do PL 4.850/2016) – sem que isso implicasse a revelação dos seus resultados ou qualquer menção aos agentes públicos testados (art. 55 do PL 4.850/2016). A publicidade, nos moldes propostos, alinhava-se à necessidade de dar conhecimento da existência do programa de integridade e das suas estatísticas à sociedade e aos agentes públicos, sem que soubessem, entretanto, detalhes sobre a sua aplicação ou frequência de uso.

O ponto de principal interesse para os fins deste artigo consiste na proposta de destinação dos resultados dos testes pelo PL 4.850/2016. Elas seriam três: a) instauração ou instrução de processos disciplinares; b) ajuizamento ou instrução de ações cíveis, inclusive as de improbidade administrativa; c) propositura ou instrução de ações criminais (arts. 49 e 56 do PL 4.850/2016).

No campo disciplinar, as condutas irregulares reveladas por testes de integridade podem configurar o descumprimento de diversos deveres funcionais, atraindo a

¹⁵ A gravação em meio audiovisual não deveria ser uma faculdade, mas sim a regra. Afinal, trata-se da melhor forma de evitar o abuso de poder – ou mesmo levianas alegações de abuso – na realização dos testes, assim como para assegurar uma evidência suficiente para a responsabilização do agente que vier a falhar. Como medida de cautela, inclusive, testemunhas devem ser colocadas nas proximidades do local do teste, a fim de corroborarem o que for gravado (UNODC, 2004a, p. 90-91).

¹⁶ A referida dispensa não oferece qualquer óbice constitucional diante da evidente possibilidade de controle judicial *a posteriori*.

possibilidade de sancionamento disciplinar. Na esfera federal, por exemplo, constituem deveres dos agentes públicos a lealdade às instituições (art. 116, II, da Lei nº 8.112/90) e a manutenção de conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX, da Lei nº 8.112/90). Tais deveres são frontalmente violados por um agente público que, em um teste de integridade, aceita propina para fazer ou deixar de fazer determinado ato de ofício.

No âmbito cível, do mesmo modo, as situações flagradas pelos testes de integridade podem redundar em ilícitos diversos, notadamente aqueles tipificados como improbidade administrativa na Lei nº 8.429/92. As condutas constatadas ensejarão, naturalmente, sancionamento cível, com destaque para as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

A utilização dos resultados dos testes de integridade nos campos disciplinar e cível não oferece grandes dificuldades. Não há, nesses casos, qualquer tipo de óbice relacionado à configuração de flagrante preparado, vedado na esfera criminal por constituir, supostamente, crime impossível (Súmula nº 145 do STF)¹⁷. Assim, pouco importa, para fins disciplinares ou cíveis, que os testes sejam aplicados independentemente de investigações já em curso. A simulação objeto do teste de integridade pode ser realizada em face de qualquer agente público, esteja ele sendo investigado ou não por outros atos ilícitos anteriormente praticados.

Quanto ao sancionamento no âmbito criminal, há que se distinguir duas situações de uso dos resultados dos testes de integridade: a) para a investigação de crimes já praticados ou em execução, no que se pode entender como uma “ação simulada”, em contraposição à figura da “ação controlada” prevista no art. 8º da Lei nº 12.850/2013; b) para a constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes (Calabrich, 2016, p. 6-7).

A primeira situação, aqui chamada de “ação simulada”, não encontra óbice na Súmula nº 145 do STF (vedação do flagrante preparado). Por óbvio, havendo a antecedente prática de crime ou a sua execução em curso, o teste de integridade não constituirá preparação de flagrante que torne impossível a consumação do delito. A finalidade do teste, na verdade, será “a de instruir investigações sobre outros ilícitos que

¹⁷ Veja-se, a propósito, o precedente do STF no MS nº 22.373/DF (rel. Min. Ellen Gracie), em que se assentou que “a alegação de flagrante preparado é própria de ação penal e que não tem pertinência na instância administrativa”. No mesmo sentido, confira-se o HC nº 40.289/DF (rel. Min. Gonçalves de Oliveira), um dos precedentes que motivaram a Súmula nº 145 do STF.

não a *própria conduta constatada no teste de integridade*” (Calabrich, 2016, p. 6). Pode-se então, pelos testes, buscar informações relacionadas às circunstâncias do crime, à identificação do(s) seu(s) autor(es) e partícipe(s), ao *modus operandi*, à comprovação do elemento subjetivo ou de circunstâncias que venham a influenciar na pena, entre outras.

Um exemplo de aplicação do teste de integridade nesses moldes seria o seu direcionamento a um grupo de peritos oficiais que estão sendo investigados pela solicitação de propinas para a fabricação de laudos ideologicamente falsos. Sabendo-se a autoria e a materialidade dos crimes de falso e corrupção passiva, pode-se buscar pelo teste de integridade a identificação do *modus operandi* do grupo quanto à divisão de tarefas e à sua ordenação estrutural, a fim de melhor demonstrar os elementos do crime de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013)¹⁸.

Veja-se que essa forma de utilização dos testes de integridade configura uma hipótese similar, quanto aos objetivos investigativos, à figura do “agente infiltrado”, prevista nos arts. 10 a 14 da Lei nº 12.850/2013. Embora nos testes não haja infiltração propriamente dita de um agente policial em uma organização criminosa, em ambos os casos o Estado vale-se de um instrumento proativo de relativo engajamento na atividade criminosa, como forma de permitir a obtenção de elementos probatórios mais detalhados e contundentes a seu respeito.

A segunda situação, referente ao uso dos resultados dos testes de integridade para fins de constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes, é a que oferece espaço para questionamentos, ante a consolidada jurisprudência da vedação do flagrante preparado (Súmula nº 145 do STF). Sua análise será feita no tópico seguinte.

4.5. Das críticas formuladas contra os testes de integridade

Tratando-se de proposta inovadora no ordenamento brasileiro, os testes de integridade foram alvo de diversas críticas – que culminaram na precipitada rejeição do instituto pelo relator do PL 4.850/2016 na Câmara dos Deputados. Apesar desse desfecho, remanesce a pertinência do debate acadêmico sobre a viabilidade ou não da instituição dos testes de integridade no direito brasileiro, diante da necessidade de criar e aprimorar instrumentos de enfrentamento da corrupção (cf. tópico 3, *supra*).

¹⁸ Citando outros exemplos, cf. Calabrich, 2016, p. 6-7.

Em síntese, as principais teses contrárias levantadas contra os testes de integridade foram as seguintes: a) incidência na vedação do flagrante preparado ou provocado, configurando os testes de integridade meio absolutamente inidôneo e seus resultados, portanto, crime impossível (art. 17 do CP)¹⁹; b) ausência de agressão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, tratando-se de projeção de um Direito Penal do autor (punição da pré-disposição para a prática de um ilícito), com feição fascista²⁰; c) inconstitucionalidade por afronta ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88), à vedação, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CR/88) e aos princípios da República Federativa do Brasil, entre os quais o respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos (arts. 1º, *caput*, II e III, e 4º, da CR/88) (Moreira, 2016); d) alta probabilidade de punição de um agente público honesto, dada a baixa confiabilidade do resultado do teste de integridade (Gonçalves Oliveira; Milioni, 2016); e) ausência de legitimidade ética de a própria Administração simular uma situação que “induza” seus agentes à prática de ilícitos (Fernandes Oliveira et al., 2015, p. 19); f) elevado custo financeiro para propiciar a simulação de situações verossímeis.

Diante dos limites objetivos de extensão deste artigo, não se realizará uma abordagem minuciosa das teses de conteúdo jurídico-argumentativo menos sólido ou complexo. A elas, limita-se a oferecer os seguintes contra-argumentos: a) a principal finalidade dos testes de integridade não é a de identificar corruptos, mas sim prevenir condutas corruptas; b) não há inconstitucionalidade, uma vez que o instituto tem amparo na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade – e, por conseguinte, no devido processo legal (art. 5º LIV, da CR/88) –, além de diversos princípios constitucionais, como o republicano e o da eficiência; c) não há ilegitimidade ética na simulação de situações pela Administração em relação a seus agentes, uma vez que estes possuem o dever de integridade moral²¹; d) assim como em alguns crimes tentados e nos flagrantes preparados/esperados, a ausência de perigo concreto ao bem jurídico tutelado não é óbice para a responsabilização criminal do agente, que se justifica pelo desvalor da conduta; e)

¹⁹ Nesse sentido, cf. Cruz, 2015, P. 5; Moreira, 2016; Oliveira, 2015; Streck, 2016.

²⁰ Cf. Cruz, 2015, P. 5; Moreira, 2016; Oliveira, 2015.

²¹ É válida, de toda forma, a recomendação do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (UNODC) no sentido de que a aplicação de testes de integridade seja acompanhada da imposição de um código de conduta claro, incisivo e rigoroso aos agentes públicos (UNODC, 2004b, p. 148). Na polícia de Nova Iorque, onde os testes de integridade são aplicados desde a década de 90, novos recrutas são treinados para tomar decisões éticas, tomando conhecimento da existência dos testes e de como são aplicados (Newham, 2003, p. 6-7).

os custos financeiros para a implementação dos testes devem ser otimizados mediante a utilização preferencial de testes dirigidos em detrimento de testes aleatórios, por serem aqueles de abrangência mais restrita e menor frequência, além de apresentarem resultados comprovadamente mais satisfatórios, nos países que adotam o instituto (Fernandes Oliveira et al., 2015, p. 22)²².

A citada utilização preferencial dos testes na modalidade dirigida não importa em descarte, por completo, da aplicação aleatória. Primeiro, porque a aleatoriedade pode ser a forma de utilização do instrumento mais indicada em órgãos com histórico de corrupção sistêmica, ao menos durante determinado período, até se observar uma queda no percentual de agentes que venham a falhar nos testes. Segundo, não se pode olvidar que os testes aleatórios possuem uma faceta positiva, isto é, de identificação de bons padrões de conduta e honestidade. Assim, seus resultados podem ser utilizados para uma boa avaliação da atuação de um órgão ou da conduta funcional de um agente, com a consequente divulgação e incentivo a desempenho similar por outros órgãos e agentes públicos.

Isso posto, cumpre abordar, com mais detalhes, o questionamento da configuração de flagrante preparado (crime impossível). A objeção de vedação, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CR/88) constitui desdobramento da tese do flagrante preparado, para aqueles que a aceitam.

4.6. Da objeção do flagrante preparado e da possível aplicação da doutrina do *entrapment*

Segundo a teoria do flagrante provocado, a preparação de uma situação na qual o agente é impelido a cometer um delito configura flagrante ilícito por haver uma intervenção decisiva de terceiro e, principalmente, pelo fato de as autoridades policiais estarem de prontidão para impedir a sua consumação, tornando o crime impossível. Trate-se de entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência, destacando-se, a

²² Segundo Fernandes Oliveira et al., a modalidade aleatória não é mais adotada no Reino Unido nem na Austrália, também sendo objeto de estudos de revisão nos Estados Unidos, devido à sua baixa eficiência (2015, p. 22). De fato, nos testes aplicados em policiais de Nova Iorque, o percentual de agentes que falham nos testes dirigidos alcança 20%, ao passo que nos testes aleatórios as falhas se resumem a 1% do total de agentes testados (Pope, 2000, p. 191). Em sentido contrário, afirmando que os testes aleatórios são mais confiáveis para a medição e combate da corrupção, cf. Prenzler, 2009, p. 137.

propósito, o teor da Súmula nº 145 do STF, segundo a qual “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

A primeira premissa que se deve frisar, diante de tal questionamento, é a de que ele atinge apenas uma das situações de uso dos resultados dos testes de integridade, qual seja, para fins de constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes. Assim, ainda que se acolha integralmente a objeção de configuração de flagrante preparado, ela não implica óbice para a ampla utilização dos resultados dos testes de integridade para fins cíveis e disciplinares, bem como, limitadamente, no campo criminal, para a investigação de crimes já praticados ou em execução. Não há, quanto a tais hipóteses de aplicação, que se cogitar de qualquer ilicitude da prova obtida pelos testes de integridade, não incidindo, assim, o disposto no art. 5º, LVI, da CR/88.

A segunda premissa necessária para a compreensão do tema é que a Súmula nº 145 do STF foi editada na década de 60. Tratava-se, então, de uma conjuntura histórica completamente diversa da atual, na qual há uma preocupação mundial com o combate à corrupção, ensejando a utilização, inclusive, de técnicas especiais de investigação, como disposto no art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006). Assim, não se pode deixar escapar a percepção de que “o objetivo da súmula citada foi evitar o abuso policial e a criação de crimes que, na verdade, fossem meras encenações” (ANPR, 2016, p. 11), o que não constitui uma objeção intransponível para os testes de integridade. A par dos diversos fundamentos para instituição desta ferramenta de combate à corrupção (cf. item 4.2), a hipótese de abuso policial pode ser contornada pela proibição do *entrapment*, como se analisará adiante.

Postas essas premissas, cabe observar que, mesmo após a edição da Súmula nº 145 do STF, parte da doutrina brasileira ainda sustenta a legalidade do flagrante preparado. Nesse sentido, Pacelli observa que: a) a intervenção decisiva de terceiro não constitui óbice a tal espécie de flagrante, visto que, “na participação por determinação (art. 31 do CP), a ideia do crime nem sequer existia na mente do autor, mas, por obra e graça da ação provocadora do partícipe, a vontade é gerada e o crime, praticado. Solução: punição do autor e do partícipe” (2014, p. 536); b) a preparação do flagrante não implica hipótese de crime impossível por impossibilidade absoluta do meio, haja vista que, ao menos em tese, sempre existirá a possibilidade de fuga, não se podendo admitir a elaboração de “uma construção teórica fundada na eventualidade de cada caso concreto (se houver fuga, é crime; se não houver, não é)” (2014, p. 536).

Os citados argumentos em favor da licitude do flagrante preparado são fortes o suficiente para derrubar a tese da sua inadmissibilidade. Mas é possível ir além. Primeiro, devido à contraditória aceitação da figura do flagrante esperado pela mesma doutrina e jurisprudência que inadmite o flagrante provocado. Segundo, pela possibilidade de aplicação da doutrina do *entrapment* (armadilha ou emboscada) como forma de legitimar os flagrantes preparados – e, por conseguinte, os testes de integridade.

Relativamente ao flagrante esperado, a doutrina e a jurisprudência admitem com certa tranquilidade a sua validade, embora alguns ressalvem a necessidade de aferição da configuração ou não de crime impossível a partir do caso concreto.

No flagrante esperado, não há provocação ou preparação do ilícito pelo órgão de controle, mas sim conhecimento da sua prática futura, sendo possível a *espera* pelo momento da consumação ou exaurimento para efetivação do flagrante. Argumenta-se, assim, que não haveria crime impossível porque a informação sobre o crime esperado poderia ser imprecisa, além de não se possuir controle sobre a ação do agente criminoso.

E se a informação for absolutamente precisa ou se a espera pelo flagrante colocar o órgão policial em situação de controle da ação criminosa de forma similar à que se observa no flagrante provocado? Nesses casos, parte da doutrina afirma estar configurado, igualmente, crime impossível. Todavia, pelos motivos já expostos, entende-se inviável a construção de uma teoria jurídica fundada na eventualidade de cada caso concreto. Seja no flagrante esperado ou no provocado, não há como atestar a *absoluta* impossibilidade do meio, já que poderá, ainda que de forma improvável, ocorrer a fuga do agente. Desse modo, do ponto de vista da suposta impossibilidade *absoluta* do meio para a prática do crime, não há como assentar distinção ontológica alguma entre as figuras do flagrante esperado e preparado²³. Resta demonstrada, por esses fundamentos, a fragilidade do entendimento consolidado na Súmula nº 145 do STF.

O derradeiro argumento favorável ao flagrante provocado e, por conseguinte, aos testes de integridade pode ser extraído da possibilidade de aplicação da doutrina do *entrapment*, amplamente desenvolvida pelas cortes norte-americanas. Segundo tal teoria, os órgãos estatais não podem “implantar na mente de uma pessoa inocente a disposição

²³ É a posição de Pacelli, para quem “não existe real diferença entre o flagrante preparado e o flagrante esperado, no que respeita à eficiência da atuação policial para o fim de impedir a consumação do delito [...] Assim, de duas, uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação” (2014, p. 538). No mesmo sentido, cf. Maia Da Silva, 2016, p. 550.

de cometer um crime, e então induzir a prática do crime para a sua persecução penal” (U.S. Attorneys, 645; tradução livre). Desse modo, a preparação ou provocação do flagrante é válida desde que não configure uma emboscada (*entrapment*) para o agente.

Na formulação das cortes norte-americanas, restará configurado o *entrapment*, como óbice à persecução penal, se comprovada pela defesa: a) a indução do crime pelo Estado; b) a ausência de predisposição do agente para engajar na conduta criminal. Trata-se, como se vê, de uma matéria de defesa, a quem compete o respectivo ônus argumentativo e probatório.

O conceito de indução (*inducement*) é amplamente trabalhado pela jurisprudência norte-americana. Conforme estabelecido em *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 441, 451 (1932), não configura a indução, para fins de *entrapment*, a mera solicitação nem o uso de artifícios, estratégias ou simulação.

Para a caracterização de indução, exige-se a demonstração, pelo menos, de uma persuasão ou leve coerção do agente. Nesse sentido, por exemplo, constituem hipóteses de indução: a) promessas extraordinárias que “cegariam uma pessoa ordinária dos seus deveres legais”, conforme *United States v. Evans*, 924 F.2d 714, 717 (7th Cir. 1991); b) comportamento estatal capaz de suplantar a vontade de obedecer a lei por parte de um cidadão honesto, cumpridor da lei, como ressaltado em *United States v. Kelly*, 748 F.2d 691, 698 (D.C. Cir. 1984); c) criação de um risco substancial, pelo Estado, de que uma infração seja cometida por uma pessoa que não esteja pronta a cometê-la, conforme *United States v. Johnson*, 872 F.2d 612, 620 (5th Cir. 1989).

Comprovada a indução, a configuração do *entrapment* ainda depende da verificação da ausência de predisposição do agente para engajar na conduta criminal. Para tanto, a questão central consiste em definir se o agente é um “criminoso incauto” (*unawary criminal*) ou um “inocente incauto” (*unawary innocent*), o que não se confunde com a análise da intenção de cometer o crime (U.S. Attorneys, 645). Uma pessoa pode ter a intenção de cometer o crime e ainda assim não ter a predisposição para tanto (U.S. Attorneys, 645). De outro lado, a predisposição pode existir independentemente de prévio envolvimento criminal, como, por exemplo, quando verificada a pronta aceitação de uma oferta ilícita feita por um policial disfarçado (U.S. Attorneys, 645)²⁴.

²⁴ Em *Jacobson*, 503 U.S. at 550, entendeu-se não configurada a predisposição para a prática do ato criminoso (envolvimento com pornografia infantil) pelo fato de o réu ter sido alvo de 26 meses de e-mails repetitivos oriundos do governo e organizações fictícias – situação distinta da observada em uma *sting*

A discussão sobre a existência ou não de predisposição do agente para engajar na conduta criminal é apta a gerar críticas, na doutrina brasileira, sobre a configuração de um direito penal do autor. Todavia, devem ser feitas duas ressalvas. A primeira é que os testes de integridade, sob o ângulo repressivo, não visam a punir a predisposição do agente em cometer um crime, mas sim uma conduta ilícita efetivamente praticada em detrimento do dever de integridade (quer por quem tenha predisposição para tanto ou não). Por outro lado, valendo-se da teoria do *entrapment*, a defesa poderá demonstrar que o agente *não tinha predisposição* para a prática do crime, tendo o Estado implantado na sua mente a *disposição* para tanto, mediante uma tentação desmedida (indução).

Em síntese: a premissa para a punição é exclusivamente o desvalor da conduta, ao passo que a ausência de predisposição é uma das possibilidades para absolvição. E, sendo essa a lógica argumentativa no campo teórico, deve-se estabelecer a segunda e consequente ressalva: se mesmo em benefício do autor do fato ilícito não for possível a discussão sobre a existência ou não de predisposição para o ato ilícito, por supostamente resvalar em um direito penal do autor, a teoria do *entrapment* poderia perfeitamente ser importada de modo parcial, dispensando tal discussão. Bastaria, enfim, a demonstração, pela defesa, de que a indução praticada pelo Estado configurou uma tentação desmedida.

A doutrina do *entrapment* é um dos principais argumentos para a utilização dos testes de integridade no direito comparado. A noção preponderante é de que a relação jurídica entre o Estado e o agente público legitima a aplicação dos testes, desde que não configurem uma emboscada (*entrapment*), sob pena de não terem seus resultados validados como prova²⁵. Essa é a diretriz utilizada, por exemplo, em Nova Iorque, onde os testes são aplicados nas corporações policiais desde 1994 com planejamento cuidadoso para evitar *entrapment*, criando-se um cenário realístico no qual o agente pode escolher engajar em um ato de corrupção ou não (UNODC, 2004a, p. 92; Pope, 2000, p. 191; Ivkovic, 2005, p. 43).

As diversas publicações do UNODC, órgão das Nações Unidas, embora destaquem a extrema eficácia dos testes como ferramenta de investigação e prevenção da corrupção, também ressalvam a necessidade de razoabilidade ou clareza (*fairness*) na sua utilização. Assim, o grau de tentação não pode ser extremo ou desarrazoado, mas sim o

operation (operação com agente infiltrado), em que há menos contatos com o alvo da ação governamental, em um período de tempo também menor.

²⁵ A propósito, cf. Council of Europe, 2015, p. 79.

mais realístico possível, de forma a não encorajar indivíduos a perpetrarem crimes que não cometeriam em circunstâncias normais (UNODC, 2004a, p. 90-91; *idem*, 2004b, p. 398).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, nas justificativas do PL nº 4.850/2016 consignava-se que os testes não poderiam ser realizados mediante o oferecimento de uma tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper (Brasil, 2016, p. 85-86). Admitia-se, de forma pertinente, uma válvula de escape para o questionamento em concreto dos testes, quando configurada uma emboscada (*entrapment*).

Nesse ponto específico, há quem critique a proposta de incorporação dos testes de integridade no direito brasileiro sob o argumento de que o conceito de “tentação desmedida” seria “extremamente aberto e poroso” (Cruz, 2015, p. 5). Porém, justamente por se tratar de instituto inovador no direito brasileiro, seria temerário estabelecer um rol fechado de hipóteses de *entrapment*. A abertura conceitual milita em favor do autor do fato ilícito, cabendo à jurisprudência o estabelecimento de parâmetros mais precisos para completar a definição, a partir da análise de casos concretos.

Refutadas as objeções doutrinárias aos testes de integridade, em especial a de que seriam ilegais por configurarem crime impossível, deve-se expor uma ressalva ao instituto. *Por política legislativa e criminal*, entende-se não ser conveniente nem necessário o aproveitamento dos testes de integridade para fins de constatação e punição de um crime independentemente de outros crimes.

Ao menos inicialmente, a limitação dos resultados dos testes de integridade para fins cíveis e disciplinares, e para investigações de crimes já praticados ou em execução, revela-se razoavelmente suficiente para os fins de prevenção e repressão da corrupção.

Sem conflitar com os diversos questionamentos de parte da doutrina criminalista, os testes utilizados nessas hipóteses serão idôneos para: a) evitar, em boa medida, a prática de condutas ímprobas / criminosas por agentes públicos; b) propiciar o sancionamento cível e disciplinar, inclusive com eventual perda do cargo, daqueles que forem flagrados praticando ilícitos; c) otimizar a investigação de crimes já praticados ou

em execução, revelando informações como aquelas relacionadas às suas circunstâncias, à autoria, ao *modus operandi*, entre outras²⁶.

Não se quer dizer, com isso, que as condutas ilícitas flagradas em testes de integridade não sejam penalmente relevantes. Ocorre que, por se tratar de condutas praticadas em contextos *simulados*, a subsidiariedade inerente ao Direito Penal recomenda que este seja, de fato, direcionado à repressão de condutas praticadas em contextos *reais*, como *ultima ratio*. Ademais, a principal finalidade da instituição dos testes de integridade, como aqui sustentado, é *prevenir* condutas corruptas, e não as sancionar criminalmente.

CONCLUSÃO

A proposta de instituição dos testes de integridade no direito brasileiro ensejou, de imediato, acirrada polêmica doutrinária entre os que defendem a medida e aqueles que a repudiam.

Apesar da importância da discussão do tema, verifica-se, em alguns casos, que o discurso doutrinário é apropriado para a sustentação de posições políticas e/ou corporativas pré-concebidas. Tal apropriação, muitas vezes reveladas por argumentos ácidos ou em tom jocoso – não raras vezes mais direcionados aos defensores da proposta do que à proposta em si –, em nada aproveita ao amadurecimento científico do assunto.

O presente artigo apresenta fundamentos teóricos e práticos em favor dos testes de integridade em oposição àqueles contrários. Para tanto, partiu-se da análise da origem e da evolução do instituto no direito comparado, a fim de permitir uma visualização adequada das vantagens e desvantagens da sua incorporação ao direito brasileiro. Com base nesses parâmetros, conclui-se, relativamente à proposta de criação dos testes de integridade, que:

1. Trata-se de proposta com fundamento constitucional nos princípios da proporcionalidade (vedação da proteção deficiente), eficiência e republicano, além de ser internacionalmente recomendada por diversos organismos internacionais.

²⁶ Em sentido diverso, entende Maia Da Silva que, “atendidos os pressupostos da teoria do ‘entrapment’, os testes de integridade devem ser admitidos em nosso ordenamento como fundamento inclusive para a responsabilização penal [...]” (2016, p. 558).

2. Diversos países nos quais os testes vêm sendo aplicados registram resultados positivos na repressão e prevenção da corrupção, como Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Hong Kong, Moldávia, entre outros, o que revela a pertinência da sua implementação no Brasil.

3. Os resultados dos testes de integridade podem ser usados para três finalidades distintas: a) instauração ou instrução de processos disciplinares; b) ajuizamento ou instrução de ações cíveis, inclusive as de improbidade administrativa; c) propositura ou instrução de ações criminais.

4. Quanto ao sancionamento no âmbito criminal, os resultados dos testes de integridade podem servir: a) para a investigação de crimes já praticados ou em execução (“ação simulada”); ou b) para a apuração e punição de um crime de forma autônoma (independentemente de outros crimes). Quanto a esta segunda hipótese, a configuração de flagrante preparado a partir da aplicação do teste não implica sua automática ilicitude, por inexistir crime impossível. O teste deve ser considerado válido desde que, no caso concreto, não configure uma emboscada (*entrapment*) para o agente. A comprovação da ocorrência de *entrapment* deve ser feita pela defesa, principalmente a partir da demonstração da indução do crime pelo Estado capaz de configurar uma tentação desmedida.

5. Apesar da validade dos testes de integridade como instrumento autônomo para a constatação e punição de um crime, *por política legislativa e criminal* não é conveniente nem necessária a sua instituição para tal finalidade. A limitação dos testes de integridade para fins cíveis e disciplinares, e como instrumento de investigação de crimes já praticados ou em execução, revela-se razoavelmente suficiente para o escopo de prevenção e repressão da corrupção.

6. A aplicação dos testes de integridade, caso venham a ser previstos na legislação brasileira, deve ser feita da forma mais realística possível. Além disso, a modalidade dirigida deve ser preferencialmente utilizada, como forma de reduzir custos e aumentar eficiência. Não obstante, não se deve descartar o uso dos testes aleatórios, por serem indicados em órgãos com histórico de corrupção sistêmica e por permitirem a identificação de bons padrões de conduta e honestidade, o que pode servir de incentivo a desempenho similar por outros órgãos e agentes públicos.

REFERÊNCIAS

ANPR – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. **Nota Técnica PRESI/ANPR/JR nº 017/2016**. Brasília, out. 2016. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/NT_MEDIDA1_testedeintegridade.pdf. Acesso em: 13 fev. 2023.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição da insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.850/2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 05 nov. 2016.

CALABRICH, Bruno. **Teste de integridade**: aplicação, críticas e constitucionalidade. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/teste-de-integridade-bruno-calabrich.pdf/view>. Acesso em: 12 out. 2016.

COMMISSION TO COMBAT POLICE CORRUPTION. **Annual Reports of the Comission (1996-2022)**. Disponível em: <https://www.nyc.gov/site/ccpc/reports/annual-reports.page>. Acesso em: 13 fev. 2023.

COUNCIL OF EUROPE. **Basic anti-corruption concepts**: a training manual. 2. ed. Estrasburgo, jan. 2015. Disponível em: http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/corruption/Publications/AC%20Basic%20Concepts%20Manual/AC%20Manual_ENG_FINAL_2015.pdf. Acesso em: 05 nov. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Opinion of Information Society and Action against Crime Directorate prepared on the basis of the expertise by Tilman Hoppe on Article III of Draft Law “On Amendment of Certain Laws” and Draft Law “On Professional Integrity Testing” of the Republic of Moldova**. Estrasburgo: jan. 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? **Boletim IBCCRIM**. Ano 23, n. 277, dezembro/2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

CRUZ, Flavio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. **Boletim IBCCRIM**. Ano 23, n. 277, dezembro/2015, p. 4-6. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>. Acesso em: 21 jan 2016.

FAUST, Quentin Collin. Integrity tests: do they have any integrity. **Cornell Journal of Law and Public Policy**. Vol. 6, issue 1, article 7. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlpp/vol6/iss1/7>. Acesso em: 19 ago. 2016.

FERNANDES OLIVEIRA, J. M. et al. **Como combater a corrupção?** Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2015 (Texto para Discussão nº

179), p. 19-020. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td179>>; acesso em 27 jan. 2016.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação de seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 23 jan. 2016.

GONÇALVES OLIVEIRA, Adjame Alexandre; MILIONI, Armando Zeferino. Bayes contra o teste de integridade. **Jota**, 3 set. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/bayes-contra-o-teste-de-integridade>. Acesso em: 05 set 2016.

GUPTA, Sanjeev; DAVOODI, Hamid; ALONSO-TERME, Rosa. Does corruption affect income inequality and poverty? **IMF Working Paper**, mai. 1998.

HABIB, Mohsin; ZURAWICKI, Leon. Corruption and foreign direct investment. **Journal of International Business Studies**, vol. 33, n. 2, p. 291-307, 2002.

HOPPE, Tilman. **Integrity Testing** – Aspects of Implementation. Estrasburgo: Conselho da Europa, 19 dez. 2014. Disponível em: <http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/EaP-CoE%20Facility/Technical%20Paper/TP%20CrimCode%20Moldova%20II%2014%2012%2019a.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016.

HOPPE, Tilman. Integrity testing: too effective for corrupt countries? **UNCAC Coalition Blog**, 31 out. 2015. Disponível em: <https://uncaccoalition.org/integrity-testing-too-effective-for-corrupt-countries/>. Acesso em: 13 fev. 2023.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). Fiscal Affairs and Legal Departments. **Corruption: costs and mitigating strategies**, 2016. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

IVKOVIC, Sanja Kutnjak. **Fallen blue knights: controlling police corruption**. New York: Oxford University Press, 2005.

MAIA DA SILVA, Renata. Testes de integridade: o combate à corrupção policial à luz dos deveres de proteção do Estado. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. SALGADO, D. R. et al. (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 535-562.

MARTINEZ, Agustí Cerrillo I. **El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción**. Espanha: Thomson Reuters, 2014.

MAURO, P. Corruption and Growth. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 110, n. 3, p. 681-712, ago. 1995.

MOREIRA, Rômulo. Teste de integridade proposto pelo MPF é incompatível com a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, 24 ago. 2016. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-24/romulo-moreira-teste-integridade-mpf-inconstitucional>. Acesso em: 05 set. 2016.

NEWHAM, Gareth. **Preventing police corruption**: lessons from the New York Police Department. Ago. 2003. Disponível em: <
<http://www.csvr.org.za/docs/policing/preventingpolice.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PARLIAMENT OF AUSTRALIA. Parliamentary Joint Committee on the Australian Commission for Law Enforcement Integrity. **Inquiry into Integrity Testing**. Nov. 2011. Disponível em: <
http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Australian_Commission_for_Law_Enforcement_Integrity/Completed_inquiries/2010-13/integrity_testing/report/index>. Acesso em: 16 out. 2016.

POPE, Jeremy. **TI Source Book 2000 – Confronting corruption**: the elements of a national integrity system. Transparency International, 2000. Disponível em: <
<http://archive.transparency.org/publications/sourcebook>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

PRENZLER, Tim. **Police corruption**: preventing misconduct and maintaining integrity. CRC Press, 2009.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Managing conflict of interest in the public sector**: a toolkit. Paris: OECD, 2005. Disponível em:
www.oecd.org/gov/fightingcorruptioninthepublicsector/49107986.pdf. Acesso em: 05 nov. 2016.

OLIVEIRA, Tânia M. S. **O MPF e as 21 medidas legislativas**: contra a corrupção ou contra o cidadão e a constituição? Set. 2015. Disponível em:
<<http://emporiododireito.com.br/o-mpf-e-as-21-medidas-legislativas-contra-a-corrupcao-ou-contra-o-cidadao-e-a-constituicao-por-tania-m-s-oliveira/>>, acesso em 27 jan. 2016.

OSCE – ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE. **Best practices in combating corruption**. Viena: OSCE, 2004. Disponível em: <
<http://www.osce.org/eea/13738>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and Government**: Causes, consequences, and reform. 2 ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

ROTBERG, Robert I. **The corruption cure**: how citizens & leaders can combat graft. Princeton: Princeton University Press, 2017.

STEPHENSON, Matthew C. Corruption as a self-reinforcing trap: implications for reform strategy. **The World Bank Research Observer**, vol. 35, ed. 2, ago. 2020, p. 192-226.

STRECK, Lenio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report. **Revista Consultor Jurídico**, 3 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorruptao-mpf-fator-minority-report>. Acesso em: 12 jul. 2016.

TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scopes and cures. In: **IMF Staff Papers**, vol. 45, n. 4, p. 559-594, dez. 1998.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **United Nations Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators**. Viena: Nações Unidas, 2004a. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/afghanistan/Anti-Corruption/Handbook_practical_anti-corruption.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **The global programme against corruption: un anti-corruption toolkit**. 3 ed. Viena: Nações Unidas, 2004b. Disponível em: <http://www.pogar.org/publications/finances/anticor/anticorruptiontoolkit.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption**. Nova Iorque: Nações Unidas, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf>, acesso em 27 jan. 2016.

UȚICA, Stella. Moldova. In: SOBJÁK, Anita (Ed.). **Anti-corruption in Moldova and Ukraine: a V4 handbook of best practices**. Varsóvia: The Polish Institute of International Affairs, jun. 2015.

U.S. ATTORNEYS. U.S. Attorneys' Manual. **Criminal Resource Manual**: 645 a 648. Entrapment – Elements. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-645-entrapment-elements>. Acesso em: 13 fev. 2023.

U. S. CONGRESS. Office of Technology Assessment. **The use of integrity tests for pre-employment screening**. Set. 1990. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ota/disk2/1990/9042/9042.PDF>. Acesso em: 19 ago. 2016.

VILLORIA MENDIETA, Manuel; SÁNCHEZ, Agustín Izquierdo. **Ética pública y buen gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público**. Madrid: Tecnos, 2016.

COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO E PROCESSO EM CASO DE MALVERSAÇÃO E DESVIO DE RECURSOS DO SUS TRANSFERIDOS AOS ESTADOS E AOS MUNICÍPIOS

COMPETENCE FOR SUPERVISION AND PROCESS IN CASE OF MALVERSATION AND EMISSION OF SUS RESOURCES TRANSFERRED TO STATES AND MUNICIPALITIES

Cíntia Talarico da Cruz Carrer

Mestranda na UNISA (SP). Bacharel em Direito..

Reynaldo Mapelli Jr.

Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1991). Tem experiência na área de Direito Sanitário, com ênfase em Saúde Pública. Promotor de Justiça.

RESUMO

Garantido pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais, o direito à saúde tem por finalidade a sua prestação de forma universal, integral e igualitária. A descentralização administrativa e a hierarquização da sua forma organizacional facilitam a construção de objetivos e diretrizes políticas, bem como a transferência de recursos para as esferas estaduais e municipais, para execução de metas estabelecidas em todos os níveis de governo. As transferências intragovernamentais de recursos financeiros na área da saúde têm formatos diversos. Amparados pela Constituição e por leis infraconstitucionais, tais recursos são depositados em conta especial, de cada esfera de atuação governamental, constituindo o fundo de saúde. O ente governamental beneficiado com a transferência deve gerir tais recursos, prestando serviços de saúde e fiscalizando tais valores, com o fim de coibir e punir os desvios de verbas transferidas pelo SUS, já que tais condutas ilícitas comprometem os investimentos públicos na área da saúde e os resultados de serviços em cada esfera de governo. A fiscalização e a aplicação de sanção aos responsáveis por tais práticas ilícitas são definidas por lei, no entanto, há grande divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à competência para a fiscalização, bem como para o processo para aplicação de penalidades e para o ressarcimento de valores incorporados aos fundos de saúde dos respectivos entes da federação, levando-se em conta a natureza dos valores recebidos, a titularidade e o interesse do ente público na sua devolução.

Palavras-chave: Transferências; Descentralização; Malversação; Desvio; Controle.

ABSTRACT

Guaranteed by the Federal Constitution and by infra-constitutional norms, the right to health aims to provide it in a universal, integral and egalitarian way. Administrative decentralization and the hierarchy of its organizational form facilitate the construction of objectives and political guidelines, as well as the transfer of resources to state and municipal spheres, for the execution of goals established at all levels of government. Intragovernmental transfers of financial resources in the area of health have different formats. Supported by the Constitution and infra-constitutional laws, such resources are deposited in a special account, of each sphere of government action, constituting the health fund. The government entity benefiting from the transfer must manage such resources, providing health services and supervising such amount of money, with the aim of curbing and punishing misappropriation of funds transferred by SUS, since such illicit conduct compromises public investments in the area of health and the results of services in each sphere of government. The inspection and application of sanctions to those responsible for such illicit practices is defined by law, however, there is a great divergence in doctrine and jurisprudence regarding the responsibility for inspection, as well as for the process regarding penalties and for reimbursement of the amount of money incorporated into the health funds of the respective federation entities, taking into account the nature of the amount of money received, the ownership and the interest of the public entity in its return.

Keywords: Transfers; Decentralization; Malpractice; Misappropriation; Control.

1.INTRODUÇÃO

A competência para fiscalizar e julgar desvios ou mau uso de verbas do SUS vem gerando grande discussão nas esferas de governo, entre os responsáveis pela fiscalização de recursos públicos da saúde e principalmente na jurisprudência.

Em ocorrendo má gestão na saúde, apurada por meio de fiscalização pelos órgãos competentes, passa-se ao processo para apuração de responsabilidade administrativa, civil e penal.

A incorporação de valores que foram repassados do governo federal aos fundos de saúde dos Estados ou dos Municípios acaba sendo ponto chave na determinação da competência para o exercício da devida fiscalização e processo em face dos responsáveis.

Para o governo federal, que possui interesse na restituição de valores desviados do SUS, o fato de as verbas inicialmente pertencerem aos cofres públicos da União atrai a competência da justiça federal, bem como das instituições que colaboram com a

fiscalização de recursos repassados pela União Federal.

Não obstante este entendimento, acreditamos que a modalidade em que é realizada a transferência de recursos seja um fator determinante para solucionar a controvérsia. As transferências de recursos do governo federal aos demais entes federativos são efetuadas de diversas modalidades, e dependendo da forma que são realizadas, passam a integrar o patrimônio do ente que as recebe. Passam ao domínio do ente federativo quando incorporadas ao respectivo fundo de saúde.

Todavia, toda esta discussão a despeito da competência para fiscalização e processo é apenas a ponta de um *iceberg*.

A questão vai muito além da mera definição da competência, trazendo implicações na própria idealização do sistema de saúde – SUS, criado pela Constituição Federal.

A instabilidade e a falta de uniformidade na jurisprudência levam à insegurança jurídica, à impunidade dos agentes, e obstam o ressarcimento dos recursos desviados. Isto ocorre em razão da anulação dos atos já praticados durante a fiscalização e processo por órgãos ou juizes incompetentes.

A falta de posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto gera também outros prejuízos ao Erário. Há dúvidas sobre quem seria o real beneficiário da restituição dos recursos de saúde; se os recursos poderão ser usados para os fins a que foram destinados; se terão nova destinação caso ressarcidos.

Toda esta incerteza quanto à competência para apreciar as questões que envolvem desvios ou malversação de recursos públicos do Sistema Único de Saúde – SUS, transferidos pela União aos entes federativos, divide o posicionamento entre os membros dos Tribunais de Contas, Ministérios Públicos Estaduais e Federal e o próprio Poder Judiciário.

Veja que o Superior Tribunal de Justiça dá eficácia às Súmulas 208 e 209 que tem enunciados distintos para assuntos conexos, separando a competência federal quando a prestação de contas se dá perante órgão federal dos casos em que há incorporação ao patrimônio municipal, mas no RE 462.448/SC o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2008) decidiu pela prevalência da competência federal por força do art. 33, § 4º, da Lei n.º 8.080/90, o que ainda precisa de maior definição pelo STF.

Esta falta de posicionamento jurídico afronta princípios da administração pública como legalidade, impessoalidade e eficiência, pois todo aparato estatal custeado pelo Estado é utilizado muitas vezes inutilmente, já que diversas vezes são anulados de atos de fiscalização e processo já praticados em longo período.

Outros direitos fundamentais também são violados, na medida em que os recursos do SUS, que já partem de um orçamento insuficiente, deixam de atender os princípios definidos na Constituição Federal com a sua criação.

É essencial, portanto, que se compreenda o tema da fiscalização dos recursos públicos de saúde sob o prisma da legalidade, considerando o desenho institucional do SUS, os mecanismos de controle e a competência dos órgãos administrativos e de Justiça, para afastar dúvidas e delimitar o assunto com segurança jurídica.

2. FINANCIAMENTO DO SUS

Com a Constituição Federal de 1988 instituiu-se a obrigação constitucional de garantia de serviços públicos de saúde a todos (art. 196, CF).

Até a regra constitucional de 1988 o acesso ao serviço público de saúde vinha sendo prestado aos trabalhadores que, em situação legal, contribuía com a Previdência Social, mediante alguns serviços e hospitais disponibilizados pelo Ministério da Previdência Social ou pelo Ministério da Saúde, que disputavam os recursos públicos. Após a Constituição Federal de 1988, o serviço de saúde foi estendido a todos, sem distinção, inclusive pessoas sem trabalho, pessoas em situação de rua e aos estrangeiros, para atendimento integral a todas as necessidades em saúde (arts. 196 e 198, CF).

Esse grande avanço também representou um grande desafio para o país em termos de financiamento do sistema.

Veja que, com o acesso universal e gratuito, o Sistema Único de Saúde (SUS) atende atualmente mais de 200 milhões de pessoas, entre brasileiros e estrangeiros (UNA-SUS, 2021).

Embora o setor privado tenha sua parcela de serviços de saúde, pagos diretamente ou mediante o regime de saúde suplementar, é certo que 70% da população do país depende do SUS como único meio de acesso aos serviços de Saúde.

A forma de financiamento do sistema deve estar estruturada e balanceada com as despesas para manutenção do mesmo. A sua estrutura parte das fontes de receitas existentes e geração de despesas, mas desde o início os sanitaristas alertam sobre o subfinanciamento ou o desfinanciamento do SUS, o que destacada mais a importância do controle e da recuperação dos recursos sanitários: “o maior embaraço para a implantação do SUS constitucional foi, e é, o financiamento da saúde. Bastaria o governo cumprir as

leis, pois já estavam garantidos 30% da seguridade social para a saúde” (Carvalho, 2012 apud Santos; Funcia, 2020).

Com efeito, a Emenda Constitucional 29/2000 e a Lei Complementar nº 141/12 regulamentam o texto constitucional no que tange ao mínimo aplicável em saúde e a forma de distribuição destas receitas, mas a realidade demonstra que essa equação está sempre vinculada às orientações políticas que definem as prioridades do momento político.

A guerra em torno do financiamento do SUS, durante 35 anos, foi e continua sendo intensa. Desde a sua implantação, o sistema foi caminhando anos de forma lenta e à base de intensas discussões políticas.

Durante todo esse período a construção do SUS foi marcada pela instabilidade do seu processo de financiamento até a promulgação da Emenda Constitucional 29/2000, que estabeleceu parâmetros para a aplicação mínima na União, nos Estados e nos Municípios.

Se, em termos políticos e administrativos, os Estados e Municípios ganharam autonomia e protagonismo, essa condição ficou mitigada por causa da dependência em relação às transferências de recursos federais para viabilizar a efetivação de políticas públicas.

Dentro deste contexto adverso, o Sistema Único de Saúde conta até hoje com um orçamento insuficiente e instável para a garantia plena dos princípios constitucionais estabelecidos com sua criação (Matta, 2007).

Ainda hoje o SUS carece de recursos financeiros para suprir o seu complexo funcionamento. A tarefa não é fácil, mesmo porque o cenário da saúde no país vem sendo alterado constantemente em razão de diversos fatores, como mudanças no perfil demográfico, aumento da expectativa de vida por conta de novas tecnologias em saúde, mas também exames e tratamentos preventivos, e situações emergenciais como a pandemia da Covid-19.

A criação de novos medicamentos e outras tecnologias sanitárias dispendiosas também são fatores que interferem diretamente na cura e envelhecimento da população, diminuindo taxas de mortalidade e incidência de doenças crônicas. Todos esses fatores alteram o equilíbrio da equação inicial.

Embora seja necessário equilibrar despesas e receita, o financiamento da Saúde não se coaduna com uma simples equação, já que a prestação de saúde deve ser efetiva e eficaz, em atendimento aos princípios constitucionais que promovem acesso universal,

igualitário e atendimento integral.

Todos estes princípios devem estar equacionados com o princípio vetor da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º do texto constitucional, que orienta o sistema jurídico brasileiro.

A rede do SUS é ampla e abrange a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica. Todos estes serviços dependem de grande fluxo monetário, de diversas fontes, e da gestão solidária e participativa das três esferas de governo.

3. DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS

Para dispor de modo universal e eficaz das ações e serviços do Sistema Único de Saúde (SUS), foi determinado ao Poder Público a obrigação de regulamentar, fiscalizar e controlar os serviços de saúde, de forma descentralizada, nos termos do artigos 197, e 198, I, do texto constitucional, nas três esferas de governo.

A descentralização de recursos do SUS e da execução de políticas públicas de saúde, decorrente da Constituição Federal de 1988, consagrou o pacto federalista, conferindo maior participação das esferas estaduais e municipais no processo de cuidados com a saúde da população.

Um dos principais avanços da implementação do SUS, ao longo das décadas foi justamente o processo de descentralização político-administrativa, com progressiva transferência de responsabilidades e recursos do nível federal para os gestores estaduais e municipais. Historicamente, isso foi sendo concretizado numa primeira fase pela edição de Normas Operacionais Básicas (NOB) e de Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS) do Ministério da Saúde, a partir da década de 90, e do Pacto pela Saúde de 2006 (Santos; Andrade, 2009), e depois pela edição do Decreto Federal nº 7.508/11, que regulamentou a Lei Orgânica da Saúde, num movimento de fortalecimento da autonomia dos gestores das três esferas de governo, de descentralização para o município e de construção de uma gestão interfederativa dos serviços.

Nesse sentido, não obstante a forma como é efetuada a repartição entre os entes federativos, não se pode perder de vista que a descentralização político-administrativa do SUS respeitou a independência em sua esfera de atuação. Através do pacto federativo,

fortalecido nas negociações ocorridas nas Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite (CIT e CIB, cf. o art. 14-A, da Lei nº 8.080/90), procura-se compatibilizar o exercício e a independência dos governos, e a cooperação entre eles.

O sistema federalista implantado propôs equilíbrio, pois à União coube a tarefa de exercer poderes gerais que coadunam com suas próprias questões; aos Estados, conforme suas características regionais; aos Municípios coube a competência para prestar serviço de atendimento à saúde da população.

Veja que os Estados e a União ficaram com a missão de prestar a cooperação técnica e financeira necessária ao exercício desse encargo (Art. 30, VIII, CF).

Adotou-se a noção de que o Município é o ente mais próximo da população para tratar a questão da saúde de maneira direta, identificar as peculiaridades e as diversidades locais, e adaptar as estratégias para a superação dos problemas de saúde, de forma integral.

Para a implementação deste processo, necessária a transferência de recursos entre as esferas de governo, possibilitando a gestão autônoma, com capacidade de decisão e controle.

A Lei nº 8.080 de setembro de 1990 conferiu ao ente municipal a competência de “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações de saúde, gerir e executar os serviços de saúde”, bem como participar do “planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual” (Art.18, I e II, CF).

A gestão de planejamento, avaliação e controle dos serviços de saúde pelo Município é, portanto, mantida por recursos que foram depositados em um Fundo Municipal de Saúde.

A descentralização, no entanto, evidencia a necessidade de enfrentamento de um conjunto de problemas, tanto no âmbito da gestão, quanto no que se refere à atenção à saúde.

Isto ocorre pois as ações de saúde implementadas devem ser condizentes com a realidade das diferentes regiões do Brasil, levando em consideração fatores sociais, culturais e históricos e econômicos próprios dos diversos Estados e Municípios brasileiros.

E nesse passo, grande parte dos Municípios, apesar dos repasses financeiros recebidos, possui grande dificuldade na capacidade de planejamento do seu sistema, na regulação de prestadores, e na construção de redes assistenciais adequadas para o

atendimento da população, fato que implica na impossibilidade de garantia de oferta de serviços de média e alta complexidade em todos os municípios brasileiros.

Para garantir que haja uma prestação eficiente o texto constitucional ainda previu a possibilidade de aporte extra de recursos oriundos de impostos, sempre tendo em consideração a descentralização do sistema.

De todo modo, a transferência de recursos aos entes federativos possibilitou a descentralização do SUS, pois garantiu autonomia de gerenciamento e fiscalização dos repasses recebidos, conferindo a possibilidade de administração do crescimento local e do atendimento à população, em cumprimento ao que determina o texto constitucional.

4. TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS DO SUS

Como visto, ao prever a transferência de recursos da União para os Estados e Municípios, com acompanhamento e responsabilidade pela execução dos serviços de saúde, passou-se a conferir mais autonomia na administração da saúde pelo ente federativo, tanto nas suas ações em saúde, como na fiscalização de seus recursos. Conforme a Nota Técnica n. 11 do CNPG (Conselho Nacional Procuradores-Gerais, 2020), porém, essa transferência de recursos tem modalidades diversas:

Ab initio, no modelo federativo pátrio, a União realiza transferências financeiras aos Estados e Municípios por três vertentes: a) transferências constitucionais (repartição de receitas, ex.: FPM e FPE); b) transferências legais (com a subdivisão de automáticas e fundo a fundo); c) transferências voluntárias (feitas, comumente, por meio de convênios).

A forma mais frequente de repasses é a que ocorre do Fundo Nacional de Saúde, que é da esfera federal, para um Fundo Estadual, Distrital ou Municipal de Saúde diretamente, ou de um Fundo Estadual para um Fundo Municipal (repasso de recursos estaduais) diretamente, segundo os critérios técnicos previstos no art. 35 da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), chamada transferência “fundo a fundo”, como determina expressamente o art. 3º da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que complementa a LOS.

Tais valores são empregados na cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal, em observância aos planos de saúde (art. 2º, inciso II e art. 4º, inciso III, Lei nº 8.142/90).

O repasse automático e regular dos recursos promove a descentralização prevista no texto constitucional e indica, diante da diretriz constitucional da descentralização político-administrativa e direção única em cada esfera de governo (art. 198, inciso I, CF), que o ente federativo que recebe tais transferências deve realizar seu gerenciamento, execução e fiscalização dos valores.

Para receberem os recursos, os entes federativos deverão contar com um Fundo de Saúde; um Conselho de Saúde, com composição paritária; um plano de saúde; e relatórios de gestão que permitam o controle financeiro; contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento; Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS), previsto o prazo de dois anos para sua implantação, sob pena de cancelamento dos recursos (art. 4º, incisos I a VI, Lei nº 8.142/90).

A Emenda Constitucional nº 29, promulgada em 13 de setembro de 2000, assegurou o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo que as três esferas de governo aportem anualmente recursos mínimos provenientes da aplicação de percentuais das receitas, determinando as suas bases de cálculo.

Pela EC 29/2000, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos Artigos 196 e 198, § 2º, da Constituição Federal e na Lei nº 8.080/90, relacionadas a programas de apoio, inclusive administrativos, que atendam certos critérios.

Efetuada a transferência estas verbas serão utilizadas no cumprimento do objeto e dos compromissos estabelecidos em atos normativos específicos, determinados pela direção do SUS, e vinculados aos programas de saúde previstos nos orçamentos.

Estes repasses passam a fazer parte do patrimônio do ente público que o recebe, já que integram um fundo de saúde próprio.

Os recursos repassados aos entes federados "fundo a fundo" são regulares e automáticos, não dependendo da voluntariedade do gestor federal, decorrendo da gestão descentralizada do SUS.

Uma vez depositados nos Fundos estaduais e municipais, os recursos são incorporados ao patrimônio do respectivo ente federativo.

Em paralelo às transferências Fundo a Fundo, a União repassa de forma voluntária verbas aos Estados, Distrito Federal e Municípios para aplicação em ações e serviços de saúde, (transferência voluntária).

Esses repasses, ao contrário das transferências fundo a Fundo, são vinculados a

determinado objeto e a prestação de contas efetuada perante órgãos federais.

Ocorrem por meio de convênios, contratos de repasse ou instrumentos congêneres. Formalizado o Termo de Cooperação, a transferência dos recursos será efetuada mediante Contrato de Repasse entre os entes da federação que figurarão como partes. A obrigação de prestação de contas perante o Ministério competente para a execução do programa ou projeto vem prevista na referida contratação. Serão aplicáveis aos contratos de repasse, as normas aplicáveis aos convênios.

Além do termo de cooperação, o Contrato de Repasse, criado pelo Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, é o instrumento administrativo por meio do qual a transferência de recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União (Fundo Nacional Da Saúde, 2023).

Para operacionalizar esse instrumento, o Ministério concedente firma Termo de Cooperação com a instituição ou agência financeira oficial federal escolhida, que passa a atuar como mandatária da União. Ressalte-se que o objeto de tais avenças é pré-definido entre o ente que almeja receber as verbas e o governo federal, e carece da aprovação deste, em razão de seu interesse direto e específico no cumprimento do acordo.

O Termo de Execução Descentralizada é definido no Decreto nº 8.180, de 30 de dezembro de 2013, como

instrumento por meio do qual é ajustada a descentralização de crédito entre órgãos e/ou entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, para execução de ações de interesse da unidade orçamentária descentralizadora e consecução do objeto previsto no Programa de Trabalho, respeitada fielmente a classificação funcional programática.

Esse instrumento substituiu o Termo de Cooperação, definido na Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507, de 24 de novembro de 2011, como “instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão ou entidade da Administração Pública Federal para outro órgão federal da mesma natureza ou autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente” (Brasil, 2011).

As transferências constitucionais são derivadas de impostos arrecadados, que são transferidos nos termos do art. 159, e seguintes da Carta Magna, para os Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Uma vez transferidos, esta porcentagem do produto de arrecadação de impostos passa a integrar o patrimônio do ente que o recebe, perdendo a natureza de originária de verba federal e, por consequência, o interesse União em sua fiscalização.

Sua fiscalização, portanto, fica exclusivamente a cargo dos órgãos de controle (externo e interno) estaduais (Conselho Nacional Procuradores-Gerais, 2020).

O E. Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou em conflito de competência, corroborando que os recursos repassados pela União a Fundo de Participação Municipal (transferências constitucionais, portanto) são incorporados ao patrimônio do município, atraindo a competência da Justiça estadual, *in verbis*:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DO INCISO I DO ART. 1º DO DECRETO- LEI N. 201/1967. DESVIO DE VERBAS. RECURSOS PROVENIENTES DO FUNDO DE APOIO AOS MUNICÍPIOS. VERBA INCORPORADA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. SÚMULA 209/ STJ. INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL 1. Nos termos da Súmula 209 / STJ, compete à Justiça estadual processar e julgar prefeito acusado de desvio de verba transferida pela União, se incorporada ao patrimônio do Município. Ocorre a hipótese em relação às verbas transferidas por conta do Fundo de Apoio aos Municípios (v.g. Lei n.12.058/2009). 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, ora suscitado. (Brasil, 2015a).

5. OS FUNDOS DE SAÚDE

Pelas Lei Federais nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990, que disciplinam as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, restou estabelecido que os recursos financeiros do SUS devem ser depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, sendo obrigatória a criação de um Fundo de saúde pelo ente federativo que recebe o recurso. Administrados em contas bancárias específicas, estes recursos estão sujeitos à fiscalização interna pelo ente federativo que recebe os recursos, como externamente pelos órgãos fiscalizadores de dentro e fora do ente federativo.

Em cada esfera de governo existe um Fundo de Saúde, instituído por lei e mantido em funcionamento pela administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e se constitui como uma unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde.

A Lei nº 8.080/90 disciplina, em seu art. 33, que “os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde”.

A Lei 8.142/1990 dispõe em seu art. 4º que para receberem os recursos de que trata o art. 3º desta Lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com um Fundo de saúde.

No mesmo sentido, dispôs o §3º do art. 77 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000:

Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

A direção do SUS é exercida na esfera federal pelo Ministro da Saúde, com os valores do Fundo Nacional de Saúde (FNS); nos Estados, pelos secretários estaduais de saúde que gerenciam os recursos das Secretarias Estaduais de Saúde, e, nos Municípios, pelos secretários municipais de saúde, que são os gestores financeiros do Fundo Municipal de Saúde.

Os recursos do Fundo Nacional de Saúde são transferidos para os fundos de saúde dos Estados e dos Municípios na ordem de no mínimo “70% (setenta por cento) aos Municípios e ao Distrito Federal (DF), sendo o restante repassado aos Fundos Estaduais de Saúde” (SANAR, 2021).

Justifica-se a criação de fundo de saúde próprio, para que os valores depositados passem a integrar o patrimônio do ente público, de acordo com normas operacionais do SUS.

Sem se misturar com outras receitas do ente público, tais valores serão exclusivamente empregados nos serviços de saúde pública da população, por meio do trabalho dos gestores.

O Fundo de Saúde deve utilizar de contabilidade específica e integrada à contabilidade geral do ente ao qual se vincula para registrar, acompanhar e controlar o processamento de suas receitas e despesas e de sua execução orçamentária, financeira e patrimonial. Todavia, tendo natureza de fundo especial, o Fundo de Saúde não é meramente contábil, já que sua maior finalidade é o gerenciamento e a transparência de receitas e despesas da Saúde.

Em caso de desvio ou mau uso desses recursos, necessário que haja uma ação por parte dos legitimados para recuperação destes valores e retorno ao fundo municipal ou

estadual de onde foram desviados.

6. CONTROLE, FISCALIZAÇÃO E PROCESSO EM CASO DE DESVIO OU MAU USO DE VERBAS DO SUS

Ao Poder Público cabe a promoção de desenvolvimento das ações e serviços de saúde da população, criando condições indispensáveis para tal exercício.

Tal obrigação deverá ser realizada por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, bem como pelos serviços privados contratados ou conveniados (arts. 4, caput, 7º, caput, e 24, da Lei nº 8.080/90), que recebem os recursos orçamentários decorrentes do financiamento público. Sobre isso, porém, Lenir Santos (2022) adverte:

O SUS do artigo 198 da Constituição — que dá concretude ao direito da saúde para a população —, umbilicalmente ligado à garantia do direito à vida e de sua dignidade, alçado à categoria de direito fundamental –, sempre esteve sob pressão orçamentária, ainda que tenha sido garantido pelo legislador originário, 30% dos recursos do orçamento da seguridade social (artigo 55 do ADCT), baliza para as escolhas alocativas dos recursos da União a dar sustentabilidade às ações e serviços públicos de saúde, exatamente para inibir a eterna tensão em seu financiamento.

Considerando a escassez de recursos do SUS, é certo que toda esta determinação constitucional está submetida a um rigoroso controle.

O controle da Administração Pública, tem seu fundamento no modelo federativo do Estado, de modo que a atuação administrativa esteja sempre voltada para o interesse público, dentro da legalidade, e não se desvie de normas pré-estabelecidas.

Tratando-se de interesse essencial e coletivo, de importância ímpar, o controle da administração pública é rigoroso, e é realizado não apenas dentro da própria administração, mas por outros órgãos e poderes dos entes da federação.

Todos atuam de forma concomitante neste exercício, para que sejam observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dispostos no texto constitucional para atuação da administração pública.

O controle da administração pelos três poderes atende ao sistema de freios e contrapesos, podendo ocorrer de forma prévia ao ato administrativo, concomitantemente ou posterior ao ato praticado.

Como controle interno pelo próprio ente, a lei determina que o Poder Executivo, representado pelo gestor da saúde, apresente as receitas e despesas efetuadas com ações e serviços públicos de saúde juntamente com demonstrativos e relatórios determinados em lei.

Pela Lei Complementar nº 141/2012 – que regulamentou o texto constitucional no tocante à fiscalização da saúde – a promoção da consolidação das contas referentes às despesas com ações e serviços de saúde executadas por órgãos e entidades da administração direta e indireta do respectivo ente da Federação ficou a cargo do gestor de saúde.

A prestação de contas aos controles interno e externo, será efetuada juntamente com demonstrativos de despesas com saúde que serão apresentadas pelos gestores respectivos.

A escassez de recursos do SUS transferidos aos entes federativos, aumenta a necessidade de eficiência na gestão de valores do fundo de saúde para o qual são destinados.

Assim, é possível concluir que, se aperfeiçoados os mecanismos de controle da gestão, aperfeiçoa-se o funcionamento do SUS.

Como importante figura na execução e desenvolvimento das ações e serviços de saúde do SUS está a figura do gestor. Para entender sobre suas competências é preciso identificar o seu papel e quais suas principais funções e desafios.

Os gestores do SUS são representantes do poder executivo no âmbito das três esferas de governo.

A ideia de gestão do SUS vem pautada em diversos processos desde a implantação do SUS. A saúde foi instituída como um direito universal e dever do Estado, e todo o período foi marcado por grandes investimentos pelo Ministério da Saúde, com intuito de universalizar a prestação de serviços de saúde na atenção primária, secundária e terciária.

A proposta de descentralização do SUS tinha como pauta a instituição de uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços, com a distribuição de ações e serviços de saúde em determinado território, garantindo-se o atendimento integral a toda população.

A gestão pressupõe adequado planejamento, organização, direção e controle pelo gestor responsável, que na posse dos recursos recebidos, possui certa margem de liberdade para aplicação dos valores em ações e serviços de saúde, com observância das leis orçamentárias, do plano de saúde e com análise das necessidades e prioridades locais, mediante processo participativo da população. Se não houvesse esta margem de

autonomia para o gestor decidir sobre a otimização no uso destes repasses, a descentralização do SUS, prevista no texto constitucional perderia totalmente o sentido.

A qualificação da gestão contribui para o aperfeiçoamento do SUS, assim como os mecanismos criados para o controle da gestão da saúde configuram importantes ferramentas postas à disposição da sociedade para preservação do sistema de saúde mesmo diante da escassez de recursos. Algumas funções do gestor serão vistas ao tratarmos do controle do SUS.

O gestor da saúde é responsável por elaborar o Relatório de Gestão, com periodicidade quadrimestral, contendo demonstrativos de todos os dados indicadores de saúde da população, com informações com todo o balanço efetuado no período, e principalmente contendo as ações e serviços públicos prestados pela rede assistencial própria, ou contratada e conveniada.

O Relatório reflete o resultado da execução orçamentária e financeira, e comprova o cumprimento das exigências impostas ao gestor, de modo que deve ser encaminhado ao Conselho de Saúde até 30 de março do ano seguinte ao da realização financeira (§1º, do art. 36), para emissão de parecer conclusivo sobre o cumprimento dos termos da LC nº 141/12.

Além dos relatórios quadrimestrais, a legislação determina a elaboração do Relatório Anual de Gestão (RAG), que deverá ser enviado ao Conselho de Saúde, para que os conselheiros de saúde o analisem e aprovem.

A Lei nº 8.142/90 tratou da participação popular na gestão do SUS, definindo os principais instrumentos de gestão e controle social para o sistema, que são as Conferências e os Conselhos de Saúde.

Estes institutos atuam na elaboração de estratégias e no controle da política de saúde, avaliando sua execução.

Por meio dos conselhos de saúde e das conferências de saúde, realiza-se o controle pela população, através da fiscalização das atividades exercidas pelo poder público.

A participação da comunidade é uma das diretrizes do SUS. Existem mecanismos que garantem a efetiva participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e serviços públicos de saúde.

Reitere-se que o objetivo do controle da administração é o funcionamento regular de toda a atividade que envolve gastos de recursos públicos.

Procura-se através dos controles interno e externo, adequar ações ou serviços públicos à legislação, otimizando sua aplicação e evitando que sejam mal-empregados ou

subtraídos.

Isto porque o objetivo maior e único de todo o controle é a a realização do melhor funcionamento das ações e serviços de saúde, com qualidade e eficiência.

Dentro do âmbito do ente federativo o controle externo é também exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.

O Poder Legislativo de cada ente federativo possui além da função primária de legislar, a função fiscalizatória das contas do Poder Executivo.

A Constituição Federal, ao dispor sobre a organização do Poder Legislativo, determina que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação dos recursos, seja por ele realizada, mediante controle externo, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Aos Tribunais de Contas dos Estados e os Tribunais de Contas Municipais (São Paulo e Rio de Janeiro) compete atuar na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Estados e Municípios, bem como na fiscalização das respectivas entidades de administração direta ou indireta e na das fundações por eles instituídas ou mantidas, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

O controle é efetuado durante toda a gestão, tanto que o gestor presta contas durante todo o exercício.

Dúvidas existem sobre a competência do Tribunal de Contas da União para paralelamente efetuar investigação sobre má gestão e desvios de verbas dos fundos de saúde municipais e estaduais.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um órgão que analisa e julga as contas dos administradores de recursos públicos federais. Os recursos financeiros que estão sob a responsabilidade de servidores, gestores ou de qualquer outra pessoa física ou jurídica, são analisados e julgados pelo TCU, que é órgão auxiliar do Poder Legislativo.

O TCU é um órgão auxiliar do Congresso Nacional e exerce competências estabelecidas na Constituição Federal, em sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92) e no Regimento Interno do órgão. Atua na fiscalização do uso de recursos e bens públicos e de subvenções e renúncias de receitas.

Essa atividade é denominada controle externo, pois o Tribunal fiscaliza a gestão de recursos como instituição que está fora da estrutura administrativa federal (CF, art.

71).

O Tribunal de Contas da União tem realizado a fiscalização nos casos em que há desvio ou mau uso de recursos dos fundos dos Estados e dos Municípios, pelo fato de serem recursos inicialmente pertencentes ao governo federal e que foram repassados a outros entes federativos, em decorrência de obrigação constitucional e legal.

Logicamente há interesse na fiscalização por parte daquele que repassa recursos, já que o objetivo é verificar se tais verbas foram efetivamente empregadas em serviços de saúde e se foram utilizadas para as finalidades que forem destinadas. Todavia, já existem instituições e órgãos de controle e fiscalização dos recursos do SUS nos Estados e Municípios, em razão da própria estrutura e autonomia dos entes da federação. É preciso entender quando é o caso de priorizar a investigação pelo governo federal e quando não é o caso.

No que tange à competência judicial para o processo dos desvios ou mau uso de verbas do SUS, a questão é a mesma, todavia, a falta de uniformidade no Poder Judiciário vem causando inúmeros prejuízos.

Ora a jurisprudência atesta que os recursos transferidos pela União nas modalidades de transferência automática e “fundo a fundo” se incorporam ao patrimônio do Estado ou do Município, o que confere competência à Justiça Estadual (Brasil, 2006). Ora profere que as verbas deslocadas do SUS estão sujeitas à supervisão do Ministério da Saúde e investigação pelo TCU, o que atrairia a competência federal (Brasil, 1997).

Necessário que a jurisprudência pacifique a questão. A solução para acabar com o conflito é verificar de que forma foram efetuadas as transferências dos recursos do SUS, fazendo uma distinção entre os repasses derivados de transferências automática e “fundo a fundo”, daqueles efetuados em razão de convênio/contrato com o governo federal para atendimento de uma finalidade específica na área da saúde.

A incorporação do repasse no fundo de saúde do ente federativo é o que define a competência.

Nos casos onde os repasses decorrem de transferências voluntárias, baseadas em convênio com o governo federal para aplicação em finalidade específica, é possível conferir interesse e legitimidade da União na investigação e processo em caso de desvio ou mau uso destas verbas, pois nestes casos, os valores recebidos não estarão incorporados nos fundos de saúde dos entes que os receberam.

É preciso que a doutrina e a jurisprudência levem em conta o conteúdo da legislação e principalmente do artigo 198, I, da CF para fazer esta distinção e verificar em

que casos o interesse federal efetivamente se sobrepõe ao estadual ou municipal.

Assim, nas transferências automáticas ou “fundo a fundo”, qualquer fiscalização por parte do governo federal, seja pelo Ministério da Saúde, seja pelo TCU, ou mesmo pelo Ministério Público Federal, somente poderão ter caráter colaborativo e auxiliar das instituições locais competentes.

Se este critério não for levado em consideração, é possível que passe a existir uma investigação paralela pelo governo federal. E neste caso o TCU e outros órgãos fiscalizadores acabam, inclusive, se aprofundando na análise do mérito de decisões e procedimentos operacionais em andamento ou já concluídos em âmbito local. É provável que as investigações dentro do âmbito do ente legislativo (com apoio do Tribunal de Contas do Estado e do Ministério Público) tenham chegado a conclusões diversas das enfrentadas pelo TCU, o que trará irreparáveis prejuízos.

Ademais, quando o TCU não leva em consideração as conclusões já obtidas a título de fiscalização local, acaba por afastar o debate no local onde originou-se o mau uso ou desvio, o que vem dificultando o amadurecimento das instituições locais e o desenvolvimento do controle social e da cidadania.

O governo federal, no entanto, ignora esta questão e vem entendendo que o TCU deve analisar o mérito de decisões de outros entes, sob o argumento de que os recursos repassados a outros entes da federação não perdem a natureza de recursos federais, ainda que atrelados a fundos de saúde destes entes.

Para a União, os valores repassados pelo governo federal ao ente federativo não integram o patrimônio deste, permanecendo interesse da União na fiscalização e no processo.

Com base nesse entendimento, surgem não apenas problemas com investigações paralelas feitas pelas instituições federais, mas também no âmbito judicial, pois diversas ações propostas na justiça comum estadual são encerradas, e os atos e decisões anuladas, com resultado totalmente prejudicial, com danos ao erário e insegurança jurídica.

Infelizmente o entendimento que hoje prevalece nas Cortes Superiores aponta para o fato de que, apesar de Estados e Municípios possuírem autonomia para gerenciar os repasses recebidos e depositados em fundos de saúde, não estariam isentos do controle externo pela União, independe da modalidade de transferência em que os recursos foram repassados.

Não compartilhamos deste entendimento, pois conforme analisado, a depender da modalidade de transferência, os recursos públicos da saúde serão utilizados e detalhados

no planejamento da saúde local ou regional, com gestão independente do governo federal, e fiscalização e processo pelas instituições locais e estaduais competentes.

Como já visto, no modelo federativo pátrio, a União realiza transferências financeiras aos Estados e Municípios por meio de transferências constitucionais (repartição de receitas, ex.: FPM e FPE); transferências legais (com a subdivisão de automáticas e fundo a fundo); transferências voluntárias (feitas, por meio de convênios) (Conselho Nacional Procuradores-Gerais, 2020).

A modalidade de transferência fundo a fundo promove a descentralização do SUS e tem justamente a finalidade de permitir a gestão autônoma do ente federativo para atuação na sua área de abrangência em saúde.

Assim, o controle pelo governo federal nestes casos deve ser apenas a título de colaboração e auxílio, prestando informações que contribuam para o processo, que, inclusive deve ser efetuado pelo Ministério Público do Estado na Justiça Estadual, cuja competência vem definida em lei.

Um entendimento contrário seria extremamente contraproducente, como já visto, e leva à impunidade e falta de responsabilização penal e cível dos envolvidos, além de gerar insegurança jurídica, custos demasiados ao Erário e violação dos princípios constitucionais da saúde e da administração pública.

É certo também que essa discussão também envolve os Ministérios Públicos Estadual e Federal, por serem, dentro de sua esfera de competência, legítimos defensores do patrimônio público (arts. 127, *caput*, e 129, I e III, CF), e terem o dever de investigar e processar os responsáveis por crimes e atos de improbidade administrativa ocorridos em razão de desvio ou improbidade administrativa ocorridos na gestão de recursos do SUS.

O Ministério Público tem, na defesa do patrimônio público, a legitimação para o processo para apuração da responsabilidade civil e ressarcimento dos valores da saúde que foram mal-empregados ou desviados.

Assim, atuam na defesa dos direitos difusos e coletivos, como instituição permanente e essencial à atividade da função jurisdicional, guardião da ordem jurídica e dos direitos e interesses difusos e coletivos, nos termos do arts. 127 e 129, III da Lei Maior.

O art. 196 da Constituição Federal trata de um direito difuso, que é a saúde, e que afeta a toda coletividade, e conforme o art. 129, III, da Constituição Federal, uma das funções institucionais do *Parquet* é “promover o inquérito civil e a ação civil pública,

para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses.”

A dúvida sobre a legitimidade para a fiscalização entre MP Federal e Estadual ocorre nos casos de transferências automáticas e “fundo a fundo”. Veja que no caso de transferências voluntárias (mediante convênio ou contrato com o governo, termos de cooperação, contratos de repasses ou outros instrumentos cogêneros) *a priori* não há discussão.

Nestas os valores repassados continuam pertencendo ao governo federal, de modo que há interesse legítimo da União na investigação e no processo em caso de desvio ou uso indevido destes repasses.

No que tange às questões relativas à competência nos casos de transferências “fundo a fundo” e automáticas, como regra as atribuições do Ministério Público devem ser fixadas por critérios de fixação da competência do órgão jurisdicional.

Se o ilícito penal e o ato de improbidade administrativa afetarem o patrimônio dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a atribuição para instaurar inquérito civil é do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, e eventuais ações serão ajuizadas perante a Justiça Estadual ou Distrital.

No que tange à improbidade administrativa, há também uma peculiaridade. Sua natureza não é de ação penal, tanto que possui regramento a parte.

Os casos de improbidade administrativa sujeitam-se à Lei nº 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, e à Lei 8.249/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º, do art. 37, da Constituição Federal.

O Art. 2º, da Lei 7.347/85 dispõe que as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

O preceito contido no art. 2º, da Lei nº 7.347/85 se aplica a quaisquer atos de improbidade administrativa (arts. 9, 10 e 11, da Lei 8.429/92), ou seja, qualquer ato de improbidade administrativa, ainda que não haja dano ao Erário deve se sujeitar a ação civil pública, a ser ajuizada no foro onde está a pessoa jurídica detentora do patrimônio. No caso, no local onde está o fundo de saúde, seja União, Estado ou Município.

Basta, portanto, que os recursos do SUS tenham sido mal empregados, e que tenha ocorrido violação de princípios da administração pública.

O art. 17, da Lei nº 8.429/1992 define que a ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público, e seguirá o procedimento comum

previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). O § 4º-A deste dispositivo enfatiza a necessidade de que o processo tenha que ocorrer no local do dano ou da pessoa jurídica lesada.

Da análise da legislação é possível considerar que, uma vez que o art. 129, III, da Constituição Federal determina ao Ministério Público, a promoção de ação civil pública para a proteção do patrimônio público, e ainda, como a finalidade da Lei nº 8.429/1992 é justamente a proteção deste patrimônio público, a competência para a fiscalização e o processo por prática de improbidade administrativa deverá necessariamente observar o art. 2º, da Lei nº 7.347/85, que determina que as ações devem ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano. O local onde está o fundo de saúde facilita, inclusive, a colheita probatória.

Trata-se de competência funcional, portanto, absoluta, podendo ser conhecida de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Tendo em conta a incorporação dos recursos no fundo de saúde e todo o regramento que dispõe sobre o local do dano, a competência é da Justiça Estadual, pelas razões expostas.

Tratando-se, outrossim, de improbidade administrativa decorrente de uso de repasses voluntários, que não se incorporaram ao patrimônio de outros entes federativos, caberá ao governo federal por meio de seus órgãos e instituições, e ao Ministério Público Federal fiscalizar. É a mesma lógica aplicada à investigação pelo TCU ou pelos TCEs ou TCMS.

Se desta fiscalização houver a necessidade de uma ação civil pública por improbidade administrativa, esta será ajuizada na Vara Federal que abrange o Município, região ou Estado onde foram desviados ou mal empregados os recursos do SUS.

É ainda possível que o Ministério público atue em litisconsórcio quando os valores subtraídos ou mau empregados forem de fundos de saúde de entes federativos de diferentes esferas de governo.

Necessário destacar que presença do Ministério Público Federal ou mesmo do TCU na investigação ou processo, deve seguir o regramento não só determinado pela norma do artigo 109, “I”, da CF, mas observar se os repasses foram efetuados na modalidade de transferências voluntárias. Apenas neste caso haverá interesse e legitimidade da União.

Isto porque o art. 109, I, da Constituição Federal atribui competência aos juízes federais para processarem e julgarem as causas em que a União, entidade

autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Esse interesse, em se tratando de verbas do SUS, deve ser sempre analisado em conjunto com as demais normas constitucionais que tratam do sistema de saúde SUS, notadamente as que tratam das modalidades de transferências dos recursos do SUS, em atendimento ao preceito disposto no art. 198, I, da CF.

Consoante reiteradas decisões do Tribunal de Contas da União, o entendimento do governo federal, corroborado pela jurisprudência majoritária, que adota a interpretação pelo artigo 109, I, da CF, acaba sendo no sentido de que a competência é da justiça federal, nos casos de mau uso ou desvio de verbas da saúde.

E o fundamento para tanto sempre é o de que os valores repassados pelo governo federal a outro ente federativo não integram o patrimônio deste, permanecendo o interesse da União na fiscalização e no processo.

Com base nesse entendimento, diversas ações judiciais propostas na justiça comum estadual vem sendo encerradas, atos e decisões anuladas, com resultado totalmente prejudicial para o Erário. O Estado dispense de muitos recursos em longo período, e isso causa prejuízos irreparáveis.

O sistema se torna improficiente na medida em que não traz segurança jurídica, deixa de condenar os responsáveis e ainda, deixa de restituir os recursos públicos ao ente federativo que deles necessita para dar continuidade às ações e serviços que deixaram de ser executados, valores estes que pertencem àquela comunidade.

Não obstante o ilibado saber jurídico dos julgadores, é certo que este entendimento tem por base uma impositiva regra constitucional de que a União detém a supremacia para declarar seu interesse no feito. Esta norma, no entanto, não pode se sobrepor à outras regras também constitucionais que regem o sistema federativo do Estado e a descentralização do sistema SUS.

Há que se interpretar estas normas de modo harmônico.

De acordo com o art. 109, I e IV da Lei Maior da República, sempre que a União tiver interesse no feito como parte ou terceiro interveniente, ou o crime for praticado contra seus bens, serviços ou interesses, compete à Justiça Federal julgar o feito. O primeiro caso trata da competência cível (*ratione personae*) e o segundo, da penal (*ratione materiae*).

Todavia, ainda que esta norma seja constitucional é necessário que a interpretação

do texto constitucional seja efetuada conjuntamente a norma do artigo 198, I, CF, que trata da descentralização do SUS. Esta é a interpretação que mais atende aos fins e fundamentos constitucionais do estado democrático de direito.

O Superior Tribunal de Justiça possui dois enunciados conexos, mas que não solucionam a questão.

A Súmula nº 208, do STJ determina a competência da Justiça Federal para processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal, ao passo que a Súmula 209, do STJ, atesta que à Justiça Estadual compete processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

No caso do presente estudo, necessário compreender que o sistema do SUS possui regramentos próprios para consecução de seus fins, que em última análise atinge o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado.

O Sistema Único de Saúde pátrio é baseado no sistema de competência tripartite. A Lei Complementar nº141/2012, ao dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 03 (três) esferas de governo, fixou as ações e serviços de saúde que, de forma tripartite, serão financiadas pelas três esferas da Federação.

Nesse contexto, surge todo regramento jurídico que disciplina a distribuição de repasses e as transferências de recursos do SUS, a criação de fundos de saúde, de planos de saúde, definição de gastos em saúde nas normas orçamentárias, gestão e controle dentro e fora da própria secretaria de saúde, inclusive com participação popular etc.

Toda essa regulamentação visa atender princípios constitucionais. O SUS tem como diretriz a descentralização do sistema e a direção única em cada esfera de governo. Assim, se o ente federativo detém o patrimônio dos recursos (que lhe foram repassados por meio de transferências fundo a fundo e automática), é competente para dirigir estes valores e também competente para fiscalizar, processar e por fim restituir por meio de ação os valores que lhe pertencem.

A partir do momento em que a constituição descentraliza a competência para direção e emprego de recursos, não há qualquer fundamento legal para que a União traga de volta para centro, a direção e o controle de valores que já foram destinados ao emprego em saúde de determinada localidade. Essa atitude viola o princípio constitucional da

descentralização do SUS.

Isto porque as verbas repassadas aos fundos de saúde de cada ente federativo, na modalidade transferências automáticas e fundo a fundo integram o patrimônio do ente que os recebe. Assim, a competência para sua fiscalização e processo já não permanecem na seara federal. Se os recursos forem mal-empregados, desviados e posteriormente restituídos, devem ser empregados na mesma localidade onde está o fundo de saúde, e para as ações e serviços para os quais os recursos foram destinados. Isso ocorre pois há complementariedade entre as normas dos arts. 198, I, e 109, I e IV, da Constituição Federal.

Ademais, é cediço que os valores foram entregues para compor o fundo de saúde e resolver questões daquela comunidade em especial, daquela região, não havendo qualquer justificativa para serem devolvidos ao governo federal depois de incorporados em outro patrimônio.

E ainda que tais valores não possam mais ser empregados para a finalidade em que haviam sido destinados, deverão ser utilizados em ações e serviços de saúde para a mesma comunidade, assim como nas ações de ressarcimento, em que a indenização à vítima serve como compensação para amenizar os danos sofridos.

Não haveria qualquer lógica que estes valores retornassem para o governo federal, já que esse movimento inverso não beneficiaria a sociedade e não traria qualquer ressarcimento para a população que suportou o prejuízo. O retorno dos valores aos cofres federais significaria, inclusive, retrocesso do sistema.

Isto porque houve toda uma gestão para que os recursos transferidos fossem empregados em serviços e ações de saúde de uma dada localidade a partir da incorporação dos recursos no patrimônio do ente governamental que o recebeu.

As modalidades de transferência automática e “fundo a fundo” promovem a descentralização do SUS (art.198, I, CF) e tem justamente a finalidade de permitir a gestão autônoma do ente federativo para atuação na sua área de abrangência em saúde.

Entendemos que o controle pelo governo federal nestes casos deve ser apenas a título de colaboração e auxílio com o Ministério Público Estadual e as instituições locais e estaduais, prestando informações que contribuam para o processo.

Veja-se o seguinte conflito de competência entre o juízo estadual e federal:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE
COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E JUÍZO FEDERAL.
VERBA FEDERAL NÃO INCORPORADA AO PATRIMÔNIO DO

MUNICÍPIO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE DA UNIÃO. RETIRADA DA RELAÇÃO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO ESTADO. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 208 - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Ainda que se trate de verba federal repassada ao município, que não se incorpore ao patrimônio municipal, não se firma a competência da Justiça Federal, na ação de improbidade (por falta de prestação de contas), quando a União manifesta falta de interesse da demanda, com a sua retirada da relação processual. A competência federal pressupõe a presença, na relação processual, de um dos entes arrolados no art. 109, I, da Constituição (*ratione personae*). 2. Nas ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou prestação de contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato das verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal. 3. O STF já afirmou que o fato de os valores envolvidos transferidos pela União para os demais entes federativos estarem eventualmente sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União não é suficiente para alterar a competência, pois a competência cível da Justiça Federal exige o efetivo cumprimento da regra prevista no art. 109, I, da Constituição Federal: (RE 589.840 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe, 26/05/2011). 4. A mera transferência e incorporação ao patrimônio municipal de verba desviada, no âmbito civil, não pode impor de maneira absoluta a competência da Justiça Estadual. Se houver manifestação de interesse jurídico por ente federal que justifique a presença no processo (v.g. União ou Ministério Público Federal), regularmente reconhecido pelo Juízo Federal nos termos da Súmula 150/STJ, a competência para processar e julgar a ação civil de improbidade administrativa será da Justiça Federal. 5. É possível afirmar que a competência cível da Justiça Federal é definida em razão da presença de uma (pelo menos) das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da CF na relação processual, seja como autora, ré, assistente ou oponente, e não em razão da natureza da verba federal sujeita à fiscalização da Corte de Contas da União. (Cf. AgRg no CC 109.103/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe, 13/10/2011; CC 109.594/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe, 22/09/2010; CC 64.869/AL, Rel. Min. ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ, 12.2.2007; CC 48.336/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ De 13.3.2006; Agrg No CC 41.308/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ, 30.5.2005; E CC 142.354/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, Julgado Em 23/09/2015, DJe, 30/09/2015.). 6. Agravo Regimental Desprovido. (BRASIL, 2015b).

O atual posicionamento dos tribunais superiores e do próprio TCU, no entanto, são contrários a este entendimento. Esta falta de uniformidade na jurisprudência também é extremamente contraproducente, pela confusão que vem causando com excesso de investigações paralelas, além de levar certamente à impunidade dos envolvidos, que se aproveitam de recursos processuais previstos em lei para arrastar o processo sem solução

até que sejam anulados os atos e decisões por declaração de incompetência por parte dos tribunais superiores.

Toda essa situação mostra a ineficiência do Estado, insegurança jurídica e falta de responsabilização penal e cível dos envolvidos.

Os prejuízos ao patrimônio público são imensuráveis, ainda mais se levarmos em consideração que os recursos do SUS já são escassos. É flagrante a violação dos princípios constitucionais da saúde e da administração pública.

Entendemos, portanto, que a competência para processar e julgar possível desvio ou malversação de recursos do SUS transferidos de forma automática ou “fundo a fundo” para Estados e Municípios é da Justiça Estadual.

Reitere-se que se tais valores foram incorporados no fundo de saúde e se as contas foram apreciadas pelas instituições locais, com apoio do Ministério Público e dos Tribunais de Contas Estaduais ou do Município, a competência será sempre da Justiça Estadual.

Se a transferência, entretanto, ocorrer de forma voluntária, por meio de convênios, contratos de repasse ou instrumentos congêneres, onde há interesse direto do governo federal, os recursos não integrarão o patrimônio do ente que os recebe, e deverão ser fiscalizados pelo governo federal através de suas instituições. O processo para apuração de mau uso e desvio tramitará pela justiça federal. As instituições locais poderão atuar como colaboradores na investigação e durante o processo que necessariamente terá a União como interessada.

CONCLUSÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS) compreende todas as ações e serviços de saúde estatais das esferas federal, estadual, municipal e distrital, bem como os serviços privados de saúde contratados ou conveniados.

A gestão do SUS ocorre de maneira descentralizada, com competência tripartite entre os Entes Federativos, conforme dispõe o art. 198, I, da Constituição de 1988, posteriormente regulamentado pela Lei no 8.080/90 e pela Lei no 8.142/90.

A competência para fiscalizar e julgar possíveis desvios ou mau uso de verbas do SUS vem gerando grande celeuma entre as esferas de governo e os órgãos e instituições responsáveis pela fiscalização de recursos públicos da saúde. A jurisprudência não

pacificou a questão e a doutrina é escassa sobre o assunto.

Em ocorrendo má gestão na saúde, apurada por meio de fiscalização pelos órgãos competentes, passa-se ao processo para apuração de responsabilidade administrativa, civil e penal.

A incorporação ou não, de valores que foram repassados do governo federal aos fundos de saúde dos Estados ou dos Municípios acaba sendo ponto chave na determinação da competência para o exercício da devida fiscalização e processo em face dos responsáveis.

O ponto para solucionar a controvérsia é a forma como os repasses foram efetuados pelo governo federal aos demais entes federativos.

Para o governo federal, que possui interesse na restituição de valores desviados do SUS, o fato de as verbas inicialmente pertencerem aos cofres públicos da União, é motivo suficiente para atrair a competência da justiça federal, bem como das instituições que colaboram com a fiscalização de recursos repassados pela União Federal.

Vimos que não é bem assim. A descentralização do SUS acompanha o desenho traçado para funcionamento do estado federativo brasileiro. Todos os entes da federação brasileira possuem autonomia política (capacidade para inovar a ordem jurídica em determinada matéria) e autonomia administrativa (capacidade para executar o estabelecido por um núcleo central), nos termos do artigo 18 da Constituição Federal.

Com a divisão do poder em entes autônomos, a administração pública ganha eficiência, e tem como efeitos a potencialização da participação popular. A autonomia entre os entes federados é exercida em diferentes âmbitos e as exceções para o exercício dessa autonomia vêm previstas no próprio texto da Constituição da República.

Na modalidade de transferência automática e “fundo a fundo” os repasses são incorporados ao patrimônio do ente federativo que os recebe, perdendo a natureza originária federal, e por consequência o interesse da União na fiscalização. Nestes casos, onde ocorreram repasses por estas modalidades, o governo federal só pode investigar a título de colaboração ou cooperação com as investigações locais, sob pena de causar irreparáveis prejuízos ao Erário e ao próprio funcionamento do sistema de saúde.

Isto porque, no contexto da descentralização de serviços do Estado e do próprio sistema de saúde SUS, quando o TCU, os órgãos federais de fiscalização, ou o Ministério Público Federal realizam uma investigação desconsiderando os dados e conclusões já obtidos pelos entes competentes, atuam de modo a violar a constituição federal invadindo esfera de autonomia dos estados e de suas instituições.

Esta postura viola a própria federação e prejudica o desenvolvimento do controle social e da cidadania, trazendo imenso prejuízo ao erário decorrente da anulação de toda a colheita probatória efetivada com uso do aparato estatal.

Nos casos de transferências voluntárias não ocorre a incorporação dos repasses. Tais valores são destinados ao cumprimento de ação ou serviço específico, nos termos do contrato ou convênio, e sob a supervisão e fiscalização do governo federal.

O SUS tem como diretriz a descentralização do sistema e a direção única em cada esfera de governo e para cumprir com a finalidade constitucional, como já visto, a legislação determinou várias espécies de transferências, e determinou também a criação de fundo de saúde, para que tais valores repassados ficassem completamente desvinculados do governo federal.

As normas constitucionais devem ser aplicadas de forma conjunta. A norma do artigo 198, I, se complementa com a norma do artigo 109, I, (ambos da CF) na interpretação de um caso concreto a despeito da competência para fiscalizar e processar os casos em que houver desvio ou mau uso de recursos do SUS.

Assim, concluímos que, em se tratando de recursos que incorporam o patrimônio do ente federativo (e isto ocorre em todas as transferências constitucionais e nas demais transferências legais ocorridas na modalidade “fundo a fundo”), não há como afastar o controle e fiscalização no âmbito do ente que recebe os repasses, e esta deverá ser realizada com o apoio das instituições locais e regionais que possuem competência para tanto.

Concluímos ainda, que o governo federal, ente que em regra repassa os valores do SUS, não interfere na gestão, podendo apenas exercer a fiscalização a título de colaboração com as instituições e órgãos competentes.

Entendemos que nessa mesma toada é definida a competência jurisdicional para solucionar a controvérsia.

De modo oposto, nas transferências voluntárias, os valores continuam pertencendo ao governo federal e a União tem legítimo interesse na sua fiscalização, processo e recuperação

A jurisprudência dos tribunais superiores entende que é irrelevante se a verba foi incorporada ao patrimônio de determinado Município ou Estado, e o que importa é que a União permanece sendo o ente federativo fiscalizador dos recursos que são repassados, independentemente da modalidade da transferência.

Tal entendimento, se não pacificado, gerará imenso prejuízo ao sistema constitucional e

ao próprio Estado, pois movimenta todo o serviço estatal para prática de atos que serão anulados pelos Tribunais, deixa de responsabilizar os envolvidos, gerando impunidade, insegurança jurídica e prejuízo aos cofres públicos e ao sistema do SUS como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 462.448/SC**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 jun. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2329187> e em <https://portal.tcu.gov.br/tcucidades/areas-de-interesse/saude/>. Acesso em: 01 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 196982/PR**. Por votação unânime, o tribunal conheceu do recurso e lhe deu provimento para firmar a competência do TRF da 4ª região. Relator: Min. Néri da Silveira, 20 fev. 1997. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1629615>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 708438/AC (2004/0172912-0)**. Processo Civil. Agravo Regimental. Proibição de análise de provas. Súmula 7/STJ. Administrativo. Suspensão do repasse financeiro das verbas do SUS para [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 9 mar. 2006. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=200401729120&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. **Portaria Interministerial n. 507, de 24 de novembro de 2011** (Revogada pela Portaria Interministerial nº 424, de 30 de dezembro de 2016). Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, revoga a Portaria Interministerial nº 127/MP/MF/CGU, de 29 de maio de 2008 e dá outras providências. Brasília: Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Controladoria-Geral da União, 24 nov. 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/plataformamaisbrasil/pt-br/legislacao-geral/portarias/portaria-interministerial-no-507-de-24-de-novembro-de-2011>. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 123.334**. Penal. Conflito de Competência. Crime do inciso I do Art. 1º do Decreto-Lei N. 201/1967. Desvio de verbas. Recursos provenientes do Fundo de Apoio aos Municípios. Verba incorporada ao patrimônio municipal. Súmula 209/STJ. Incidência. Competência da Justiça Estadual. [...] Relator: Min. Newton Trisotto, 27 maio 2015a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201339783. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC 139.562/SP**. Processual civil e

constitucional. Conflito de competência entre juízo estadual e juízo federal. Verba federal não incorporada ao patrimônio do município. Manifestação de desinteresse da união. Retirada da relação processual. Competência do juízo do estado. Competência em razão da pessoa. Não aplicação da súmula 208 - STJ. Agravo regimental desprovido. [...]. Relator: Min. Olindo Menezes, 25 nov. 2015b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500792326. Acesso em: 04 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL PROCURADORES-GERAIS. Ministério Público dos Estados e da União. **Nota técnica 11/2020. A fiscalização pelo Ministério Público brasileiro dos recursos públicos transferidos pela União a estados e municípios, para a prevenção e combate à Covid-19.** Brasília: Presidência CNPG, 27 maio 2020.

FUNDO NACIONAL DA SAÚDE. Ministério da Saúde. **Modalidades de transferência.** Gov.br, Brasília. Disponível em: <https://portal-fns.saude.gov.br/modalidades-de-transferencia/>. Acesso em: 25 mar. 2023.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lucia de Moura (Org.). **Políticas de saúde:** organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007. p. 61-80. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/39223/Pol%EDticas%20de%20Sa%FAde%20-%20Princ%EDpios%20e%20Diretrizes%20do%20Sistema%20%DAnico%20de%20Sa%FAde.pdf;jsessionid=CF8415FFE90936C785B26AEB92E0E9A7?sequence=2>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SANAR. **Resumo do Financiamento do SUS:** repasse de recursos, valores mínimos e mais! *Sanar*, 31 maio 2021. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/resumo-do-financiamento-do-sus-repasse-de-recursos-valores-minimos-e-mais>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SANTOS, Lenir. **As pedras no caminho do SUS:** ADI 5.595 e o desfinanciamento da saúde. *ConJur*, São Paulo, 22 set. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-22/lenir-santos-adi-5595-desfinanciamento-saude>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco R. **Histórico do financiamento do SUS:** Evidências jurídico-orçamentárias do desinteresse governamental federal sobre a garantia do direito fundamental à saúde. *IDISA*, Domingueira da Saúde n. 20, maio 2020. Disponível em: <http://idisa.org.br/domingueira/domingueira-n-20-maio-2020?lang=pt>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. SUS. **O Espaço da Gestão Inovada e dos Consensos Federativos.** Aspectos Jurídicos, Administrativos E Financeiros. Saberes Editora: Campinas, 2009.

UNA-SUS. **Maior sistema público de saúde do mundo**, SUS completa 31 anos.

Unasus.gov, Brasília, 21 set. 2021. Disponível em:
<https://www.unasus.gov.br/noticia/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>. Acesso em: 25 mar. 2023.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS: considerações iniciais

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN THE FRAMEWORK OF SPECIAL FEDERAL CIVIL JUDGES: initial considerations

Edith Maria Barbosa Ramos

Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela UFMA. Mestre em Direito pela UFMG. Professora do Mestrado e do Departamento de Direito da UFMA. Professora e Coordenadora do Mestrado em Direito da UNICEUMA.

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFSC. Professor Titular do Departamento de Direito da UFMA. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da UFMA. Professor Pesquisador da Universidade CEUMA e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão.

Jémina Gláucia Serra Araujo Da Silveira

Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Norte do Paraná. Atualmente é Analista Judiciária - Área Judiciária na Seção Judiciária do Maranhão.

RESUMO

A presente pesquisa teve por escopo analisar demandas de saúde ajuizadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais Cíveis (JEFCs), bem como discutir aspectos relevantes sobre o valor da causa envolvendo o direito à saúde e a questão da competência absoluta desses juizados. Tencionou-se, ainda, refletir sobre possíveis ações para controle judicial de políticas públicas de saúde e a possibilidade de atuação do poder público na solução consensual de conflitos envolvendo a saúde pública. A pesquisa utilizou método dedutivo e para o levantamento das informações, os principais procedimentos foram bibliográficos e documentais. À guisa de conclusão, pode-se constatar que os Juizados Especiais

Federais Cíveis são importante instrumento de acesso à justiça para aqueles que necessitam de uma tutela envolvendo o direito à saúde.

Palavras-Chave: Direito à saúde; Juizados Especiais Federais Cíveis; Políticas Públicas de Saúde; Controle Judicial de Políticas Públicas

ABSTRACT

The purpose of this research was to analyze health demands filed within the scope of the Special Federal Civil Courts (JEFCs), as well as to discuss relevant aspects about the value of the case involving the right to health and the question of the absolute competence of these courts. It was also intended to reflect on possible actions for judicial control of public health policies and the possibility of government action in the consensual solution of conflicts involving public health. The research used a deductive method and for collecting information, the main procedures were bibliographic and documentary. By way of conclusion, it can be seen that the Special Federal Civil Courts are an important instrument of access to justice for those who need tutelage involving the right to health.

Keywords: Right to health; Special Federal Civil Courts; Public Health Policies; Judicial Control of Public Policies

1.INTRODUÇÃO

Em 07 de novembro de 1984 foi instituído o Juizado Especial de Pequenas Causas (JEPC), por meio da Lei 7.244/1984, a primeira a dispor sobre o julgamento de causas de menor valor econômico, inserindo expressamente os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Até então, todos os processos eram obrigatoriamente ajuizados na Justiça Ordinária, o que acabava por desestimular muitos cidadãos a procurar o Judiciário para a solução de conflitos (Gonçalves, 2007).

Posteriormente, em cumprimento ao art. 98 da Constituição Federal/1988¹, foram criados os Juizados Especiais Cíveis - JECs, por meio da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, revogando a Lei 7.244/1984 (Gonçalves, 2007). No âmbito federal, editou-se a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, após a inclusão do §1º no art. 98 da CF/1988², inicialmente por força da Emenda Constitucional 22/1999 e atualmente conforme a

¹“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]” (Brasil, 1988, n. p.).

²“Art. 98. [...]: § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” (Brasil, 1988, n. p.).

Emenda Constitucional 45/2004, aplicando-se-lhe, subsidiariamente a Lei nº 9.099/1995 e o Código de Processo Civil (Wambier; Talamini, 2018).

Tratando-se de instrumento hábil de ampliação de acesso à ordem jurídica, essa nova forma de prestar jurisdição constitui um avanço legislativo de ordem constitucional, ao amparar antigos anseios da sociedade, notadamente os da população mais carente, por uma Justiça capaz de proporcionar uma “[...] prestação de tutela jurisdicional de maneira informal e muito mais célere e verdadeiramente efetiva.” (Tourinho Neto; Figueira Júnior, 2018, p. 63).

Nesse contexto, desde 2004, o número de demandas ajuizadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais Cíveis - JEFCs tem ultrapassado a metade dos processos distribuídos na Justiça Federal, o que demonstra a importância de estudos em torno das peculiaridades dessa atividade jurisdicional diferenciada, a fim de auxiliar os operadores do Direito na compreensão de fatores inerentes ao novo microsistema (Rocha, 2012).

Diante desse cenário, bem como da relevância e atualidade da temática da judicialização da saúde, o presente artigo pretende analisar algumas peculiaridades desses tipos de demandas na realidade específica dos JEFCs. Em razão disso, a presente pesquisa utilizou o método dedutivo, com a apropriação histórica de conceitos como direito à saúde, juizados especiais federais cíveis e controle judicial das políticas públicas de saúde. Para o levantamento de informações, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais. Para o levantamento bibliográfico foram utilizados artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português, acessados de forma gratuita. Ademais, foram selecionados livros e revistas científicas na área do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil com extratos elevados, *qualis* A e B, tendo como descritor de buscas, os termos: Direito constitucional; Direito Processual Civil; Direito à Saúde; Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde e Juizados Especiais Federais Cíveis. Destaque-se que se procurou superar posturas metodológicas rígidas, demarcando a análise em diversas variáveis contextuais, quais sejam, jurídica, social, econômica e política, a fim de que se evitasse considerações maniqueístas e sem objetivação científica e se conseguisse empreender uma investigação socialmente situada.

Diante da metodologia apresentada, o presente artigo foi estruturado da seguinte maneira: No primeiro capítulo e seus desdobramentos analisou-se aspectos relevantes sobre o valor de uma causa envolvendo o direito à saúde e a questão da competência absoluta dos juizados especiais federais. Posteriormente, no segundo capítulo, foram

analisadas possíveis ações para o controle judicial de políticas públicas de saúde nos juizados especiais federais. Na sequência, no terceiro capítulo, abordou-se a possibilidade de produção de prova pericial em demandas de saúde no âmbito dos juizados especiais federais, por fim no último capítulo do presente artigo discutiu-se a possibilidade da atuação do poder público na solução consensual de conflitos envolvendo a saúde pública.

2.ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O VALOR DE UMA CAUSA ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE E A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JEFS

Nos termos do art. 3º da Lei 10.259/2001, os Juizados Especiais Federais Cíveis - JEFCs possuem competência para processar, conciliar, mediar e julgar as causas de competência da Justiça Federal com valor econômico de até sessenta salários-mínimos, ressalvadas as hipóteses expressamente excluídas (Brasil, 2001).

Diferentemente do que estabelece a Lei 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais Federais - JEFs expressamente dispõe que a competência da Vara do Juizado Especial, no foro em que instalada, é absoluta, conforme art. 3º, §3º, da Lei 10.259/2001 (Wambier; Talamini, 2018).

Com isso, não é possível a modificação de sua competência por meio de conexão ou continência, não havendo a possibilidade de reunião de processos conexos e em trâmite simultâneo, por exemplo, na Justiça Federal Comum e no JEFC. Nesses casos, em havendo a prejudicialidade de uma demanda frente à outra, uma alternativa seria a suspensão do processo, com amparo no art. 313, V, *a*, do CPC/2015 (Cunha, 2009 *apud* Wambier; Talamini, 2018).

Ressalta-se, ainda, que nas localidades onde não houver Vara de Juizado Especial Federal Cível - JEFC instalada, o postulante pode acionar a Justiça Federal comum do foro competente ou o JEF do foro mais próximo, não podendo a causa ser ajuizada perante Juizado Especial Estadual (JEE), consoante art. 20 da Lei 10.259/2001 (Wambier; Talamini, 2018).

Ademais, como consequência dessa competência absoluta dos JEFCs, a parte não pode optar por ajuizar uma demanda de saúde que não supere o limite de sessenta salários-mínimos (ressalvadas as exceções previstas no art. 3, §1º, da Lei 10.259/2001) em uma

Vara Comum, ainda que especializada em matéria de saúde (Zebulum, 2017). Como implicações processuais da imposição legal de competência absoluta, destacam-se, ainda:

- a) necessidade de se observar a regra de competência, sob pena de o juízo que recebeu os autos, de ofício, declarar-se incompetente e remeter os autos para o corretamente competente; e b) possibilidade de controle efetivo, pelo juiz, do valor da causa atribuído pela parte. (Gonçalves, 2007, p. 97).

Apesar de a competência ser tida como “absoluta” na lei dos JEFs, tal característica difere da forma como o processo civil clássico aborda a questão, o qual, “[...] entre outras peculiaridades, chancela a impossibilidade de modificação do juízo, seja pela qualidade da parte – *ratione persone* (v.g. infância e juventude) –, seja em razão da matéria – *ratione materiae* (v.g. família).” (Tourinho Neto; Figueira Júnior, 2018, p. 118).

Enquanto no processo civil tradicional a competência em razão do valor é relativa e passível de prorrogação, o mesmo não ocorre nos JEFs nos casos das demandas que não sejam da sua competência. Com maior razão ainda, a exclusão expressa da competência dos JEFs, seja pela natureza da matéria, seja pela qualidade da parte, torna juridicamente impossível a prorrogação da competência (Tourinho Neto; Figueira Júnior, 2018).

Assim, nos JEFs há diversas circunstâncias em que a denominada “competência absoluta” poderá ser modificada, alterando-se a competência previamente estabelecida. Destacam-se, por exemplo, as seguintes hipóteses (Tourinho Neto; Figueira Júnior, 2018):

- a) quando o julgador verifica que, pela complexidade da lide ou pela necessidade de produção de prova pericial, o simples exame técnico não afigura suficiente;
- b) quando a causa de pedir fundar-se em obrigação de trato sucessivo e a soma de 12 (doze) parcelas vincendas ultrapassar o limite de 60 (sessenta) salários-mínimos, não pretendendo o autor renunciar ao crédito excedente;
- c) quando o pedido formulado ultrapassar o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos e o autor não renunciar expressamente ao que sobejar.

Em matéria de saúde, muitas vezes surge dúvida acerca do juízo competente para processar e julgar demanda que busque o fornecimento de medicamento de uso contínuo e por tempo indeterminado, valendo ressaltar a impossibilidade de renúncia para fins de limitação do proveito econômico ao teto dos JEFs, tendo em vista a indisponibilidade do bem da vida que se pretende proteger nesses tipos de demandas (Bochenek; Dalazoana, 2017).

Nesses casos, a Lei dos JEFs expressamente prevê no seu art. 3º, §2º, que o valor da causa deve corresponder a soma de 12 (doze) parcelas vincendas com as eventuais parcelas vencidas, não devendo o total ultrapassar o limite de 60 (sessenta) salários-mínimos. Assim, no caso do fornecimento de um medicamento de uso contínuo, seu custo mensal não deve ultrapassar o valor de cinco salários-mínimos para que seja pleiteado perante um JEFC (Zebulum, 2017). À guisa de exemplo e corroborando com esse entendimento, colacionou-se julgado recente do TRF1:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZ FEDERAL E JUIZ DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. **VALOR DA CAUSA. PROVEITO ECONÔMICO BUSCADO PELA PARTE AUTORA. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.** 1. O valor da causa deve espelhar o efetivo proveito econômico pretendido pela parte autora com a procedência do pedido e, em se tratando de valor inferior a sessenta salários-mínimos, conforme art. 3º, caput, da Lei n. 10.259/2001, deve ser encaminhado ao Juizado Especial Federal. 2. Segundo o e. STJ, **os Juizados Especiais Federais possuem competência para o julgamento das ações de fornecimento de medicamentos, cujo valor não exceda sessenta salários-mínimos.** Precedente: Conflito de Competência 0020641-48.2017.4.01.0000/DF, Relator Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Terceira Seção, e-DJF1 15/09/2017. 3. **Sobre o valor da causa, o artigo 292, par. 2o. do CPC/2015 estabelece que o valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1(um) ano, e, se por tempo inferior, será igual a soma das prestações. Por outro lado, o par.2o. do art. 3o. da Lei 10.259/2001 dispõe quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3o. caput.** 4. Na hipótese dos autos, diante do baixíssimo custo da substância indicado na inicial, é possível inferir que a pretensão econômica em discussão não extrapola o limite de 60 (sessenta) salários-mínimos, levando em conta o período de 1 (um) ano. 5. **Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 27ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitante.** A 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conheceu do conflito, para declarar competente o Juízo Federal da 27ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, suscitante. (Brasil, 2017a, n. p., grifo nosso).

Nos casos de cumulação de pedidos envolvendo a condenação ao pagamento de danos morais, faz-se necessário, inclusive, a justificativa do montante pretendido para fins de averiguação da competência dos juizados (Bochenek; Dalazoana, 2017).

A identificação do destinatário do requerimento formulado, compreendido como a figura do Estado-juiz, assume, pois, grande relevância, devendo corresponder aos aspectos jurisdicionais de competência em todas as suas formas (valor, matéria, territorial ou hierárquica), “[...] sob pena de, dependendo do caso, ser excepcionada em resposta do réu ou pelo próprio juiz, *ex officio* [...]” (Tourinho Neto; Figueira Júnior, 2018, p. 227).

Quanto à competência para dirimir eventuais conflitos de competência entre um juízo de JEF e outro de vara comum federal da mesma Seção Judiciária, o Supremo Tribunal Federal - STF reconheceu no Recurso Extraordinário - RE 590409 a competência do Tribunal Regional Federal correspondente. Com isso, afastou-se o entendimento anterior que atribuía tal competência ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, editando-se a Súmula 428 do STJ³ (Pedroso; Arai, 2011).

Se o conflito ocorrer entre juízes de JEFC, o incidente deve ser dirigido para a Turma Recursal respectiva, quando pertencentes à mesma jurisdição. Caso contrário, deve ser suscitado perante o TRF correspondente ou perante o STJ. Neste último caso, quando integrantes de Turmas distintas (Tourinho Neto; Figueira Júnior, 2018).

Vê-se, portanto, a importância da definição correta do valor de uma causa, a fim de evitar o prolongamento desnecessário de uma demanda e a consequente demora na eventual concessão de uma tutela jurisdicional, mormente daquelas que envolvam o direito à saúde.

Insta salientar, ainda, que não é qualquer sujeito que pode figurar nos polos de uma demanda perante um JEF, conforme art. 6º da Lei 10.259/2001. No polo passivo, por exemplo, necessariamente tem que figurar a União, uma autarquia, uma fundação ou uma empresa pública federal como um dos entes demandados, enquanto no polo ativo apenas são admitidos como autores as pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte (Wambier; Talamini, 2018).

Isso significa que a competência do JEF em razão da pessoa deve ser considerada sob dois pontos: com relação à competência prevista no art. 109, I, da CF/1988⁴ e da posição ocupada pelas partes no polo processual (Bochenek; Nascimento, 2011).

De todo modo, cumpre advertir que, no caso específico de demandas envolvendo a saúde pública, em virtude de o Sistema Único de Saúde - SUS carecer de personalidade jurídica própria, incumbe aos entes públicos e privados que o integram (estes últimos de maneira complementar) a “[...] responsabilidade pela gestão, regulação e prestação de todas as ações e serviços públicos de saúde.” (Dallari; Aith; Maggio, 2019, p. 11).

³Compete ao TRF decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária, conforme Súmula 428, Corte Especial, julgado em 17.03.2010, DJe 13.05.2010, que está atualmente vigente, consoante informações obtidas no sítio eletrônico do STJ (Brasil, 2010).

⁴“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]” (Brasil, 1988, n. p.).

Outro aspecto dos JEFs que merece destaque é o fato de, no seu âmbito, a Fazenda Pública não possuir duas de suas principais prerrogativas processuais do processo comum, uma vez que os prazos são contados de forma simples para todas as partes e não há a exigência de reexame necessário, nos termos dos arts. 9º e 13º da Lei 10.259/2001, respectivamente (Wambier; Talamini, 2018).

Ressalta-se, ainda, que nos JEFs a inexigibilidade da assistência de advogado não se sujeita a qualquer limite de valor, ao contrário dos JEE, nos quais a presença do advogado é facultativa apenas se o valor da causa não ultrapassar vinte salários-mínimos (Wambier; Talamini, 2018).

A propósito, a Lei dos JEFs vai além ao prever a figura do representante judicial, um terceiro, designado por escrito, não necessariamente advogado, com poderes de conciliação, transação e desistência nas demandas de competência dos JEFs, conforme *caput* do art.10 da Lei 10.259/2001 (Bochenek; Nascimento, 2011).

Quanto a esse ponto, Alvim e Cabral (2018) esclarecem que as pessoas plenamente capazes podem representar a si mesmas, conquanto possuam a faculdade de se fazerem representar por outrem. Os absolutamente incapazes, por outro lado, necessariamente devem ser representados por seus representantes legais, enquanto os relativamente incapazes, embora possam representar a si próprios, devem estar assistidos por seus representantes legais.

Ademais, registre-se que, conquanto a Ordem dos Advogados do Brasil tenha protocolado ação declaratória de inconstitucionalidade contra este dispositivo, o STF decidiu pela constitucionalidade da previsão nas ações de natureza cível, conforme ADI 3168⁵ (Bochenek; Nascimento, 2011).

Todos esses fatores acabaram por contribuir não apenas para a facilitação do acesso dos jurisdicionados aos JEFs, como também para a maior celeridade na tramitação de demandas, incluindo as que buscam prestações na área da saúde.

3. POSSÍVEIS AÇÕES PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

⁵ADI 3168, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2006.

Conforme a natureza de um conflito envolvendo a satisfação do direito à saúde, pode-se optar por diversos tipos de procedimentos, a depender das peculiaridades de cada caso. Para a tutela desse direito social de forma individual, por exemplo, tem-se a ação ordinária e o mandado de segurança (Duarte, 2011). A defesa de interesses coletivos envolvendo um direito social como o direito à saúde, por outro lado, pode contar com um sistema que pode ser assim configurado:

[...] ações para defesa coletiva de interesses individuais, como o mandado de segurança coletivo, e as ações civis coletivas; ações para defesa de interesses essencialmente difusos ou coletivos, como as ações civis públicas e as ações populares; ações para defesa da constitucionalidade das leis e afirmação de direitos em face da Constituição (como as ações diretas de controle concentrado e difuso de constitucionalidade das leis e as ações que buscam a afirmação de direitos constitucionais por falta de regulamentação pelo Poder Legislativo). (Casagrande, 2008, p. 78-79 *apud* Duarte, 2011, p. 299).

Para o corte epistemológico proposto por este estudo, importa consignar quais destas ações são cabíveis nos JEFs, os quais se propõem a utilizar os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, princípios elencados no art. 2º da Lei 9.099/1995, e, aplicados subsidiariamente aos JEFs, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.259/2001 (Pereira, 2006).

Nesse contexto, observa-se que a própria lei dos JEFs exclui expressamente alguns desses instrumentos processuais, independentemente do valor da causa, por incompatibilidade com o rito dos JEFs, uma vez que se revestem de maior complexidade ou gravidade (Wambier; Talamini, 2018). Com efeito, assim dispõe o art. 3º, §1º, da Lei 10.259/2001:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários-mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares. (Brasil, 2001, n. p.).

Dessa forma, verifica-se que o mandado de segurança, por exemplo, tão utilizado na Justiça Comum, não deve ser impetrado em um JEF. Da mesma forma, as demandas

sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos não devem ser ajuizadas no âmbito dos JEFs, conforme previsão legal acima.

Quanto a esse ponto, ressalta-se ser da competência dos JEFs a defesa de direitos ou interesses difusos e coletivos por meio de ações propostas individualmente pelos seus titulares ou substitutos processuais (Brasil, [2017b]).

Com relação ao direito à saúde, tal ressalva merece destaque, uma vez que, ainda que exista resistência de classificar o direito à saúde como coletivo ou difuso, a possibilidade de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública por meio da ação civil pública já indica o viés abrangente que a saúde traz em seu interior (Alves, 2013).

Ademais, quanto à legitimidade ativa para propor ações perante os JEFs, observa-se não constar no rol de legitimados do art. 6º da Lei 10.259/2001 o Ministério Público e a Defensoria Pública. Entretanto, o STJ reconhece a legitimidade destes quando atuam em favor de pessoa determinada nas causas que envolvem fornecimento de medicamentos/tratamento médico, cujo valor seja de até 60 (sessenta) salários-mínimos (Brasil, [2017c]).

De igual forma, poderão ser tutelados perante os JEFs, os direitos individuais homogêneos, quando pleiteados pelo próprio titular ou em litisconsórcio ativo facultativo, o que caracteriza as demandas conhecidas como “ações de massa”, por versarem sobre pretensões semelhantes, de indeterminada quantidade de pessoas (Bochenek; Nascimento, 2011).

4. A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL EM DEMANDAS DE SAÚDE NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A possibilidade de produção de prova pericial tem regramento divergente nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e nos Juizados Especiais Cíveis Federais, o que pode acabar suscitando dúvidas ou mesmo confusões.

Nos Juizados Estaduais não se admite esse meio de prova, uma vez que a necessidade de produção de prova pericial “[...] necessariamente indica que a causa é complexa e, portanto, não pode ser conhecida, processada e julgada perante os Juizados Especiais Cíveis estaduais.” (Wambier; Talamini, 2018, p. 360).

Em contrapartida, nos Juizados Federais admite-se expressamente no art. 12 da Lei 10.259/2001 a produção de “exame técnico”, um tipo de prova pericial simplificada

em que o juiz designa um perito para disponibilizar laudo técnico com antecedência de até cinco dias da audiência (Wambier; Talamini, 2018).

Conquanto também represente um auxílio ao juiz para esclarecer uma questão fática, o exame técnico existente nos processos dos JEFs difere em muitos aspectos da perícia judicial consubstanciada no processo civil tradicional (Bochenek; Nascimento, 2011). Dentre as distinções existentes destacam-se (Bochenek; Nascimento, 2011):

- a) o juiz no âmbito dos JEFs pode designar como técnico qualquer pessoa que detenha conhecimentos sobre o objeto a ser avaliado, enquanto o CPC determina a preferência pelos profissionais de nível universitário, inscritos no órgão de classe competente, com comprovada especialidade na matéria;
- b) no início do processo nos JEFs, constatada a regularidade da exordial e a necessidade do exame técnico, o juiz já poderá nomear o perito, o que no CPC ocorre apenas após a apresentação da defesa pelo réu;
- c) nos JEFs, os prazos para a elaboração do exame e para a entrega dos laudos são reduzidos;
- d) no âmbito dos Juizados Federais ocorre, ainda, a antecipação dos honorários do técnico pelo Tribunal, enquanto no CPC estes devem ser antecipados pela parte requerente, ainda que não integralmente.

Corroborando a possibilidade de realização de perícia técnica nos JEFs, inclusive em matéria de saúde, destaca-se trecho de decisão recente do Desembargador Carlos Moreira Alves do TRF1:

Substância orientação jurisprudencial assente nesta Corte e do eg. Superior Tribunal de Justiça a de que nas ações destinadas à proteção do direito à saúde, aí incluídas as causas de fornecimento de medicamentos, que tenham conteúdo econômico e represente ele valor inferior ao limite de 60 (sessenta) salários-mínimos estabelecido pelo artigo 3º, da Lei 10 259/2001, há de ser reconhecida a competência do Juizado Especial, não sendo ela agastada em decorrência do grau de complexidade da demanda ou do fato de ser necessária realização de perícia técnica. (Brasil, 2018c, n. p.).

Apesar dessa previsão, o Juiz Federal José Carlos Zebulum alerta que o procedimento especial dos JEFs não permite ao postulante as mesmas possibilidades de produção de provas existentes no procedimento comum, o que muitas vezes acarreta sérias dificuldades para prolação de uma decisão liminar e implica, na maioria dos processos de saúde, a concessão de antecipação dos efeitos de tutela de urgência baseadas, em boa parte dos casos, em uma simples prescrição médica (Zebulum, 2017).

Em ações que buscam a tutela de um direito à saúde, Luciana Gaspar Melquíades Duarte acrescenta que o rigor probatório oscila conforme o tipo da demanda ajuizada: se de primeira ou de segunda necessidade (Duarte, 2011). Para a jurista, a expressão “demandas de saúde de primeira necessidade” designa as prestações estatais essenciais à garantia do direito à vida, englobando todas aquelas, urgentes ou não, imprescindíveis para a sobrevivência. As “demandas de saúde de segunda necessidade”, por seu turno, caracterizam a busca por prestações estatais que, desconexas da preservação da vida, contribuem para aumentar o bem-estar físico, mental e social do postulante (Duarte, 2011). Dessa forma, quanto ao lastro probatório exigido nessas ações, a autora conclui que:

Certo é que, em casos de urgência alusiva a *demandas de saúde de primeira necessidade* urgentes, o rigor probatório não deve ser aumentado, antes, reduzido, haja vista o risco de perecimento da vida, bem maior do arcabouço jurídico vigente.

Ao avesso, diante de *demandas de saúde de segunda necessidade*, a instrução do pedido deve ser rigorosa e eloquente, apta a convencer o magistrado da real necessidade fática da prestação requerida judicialmente. (Duarte, 2011, p. 302, grifo do autor).

Reconhecida a possibilidade de realização de prova pericial, desde que simplificada, no âmbito dos JEFs, o que vai depender do caso concreto judicializado, passa-se à análise de algumas peculiaridades envolvendo a possibilidade de acordo por parte do poder público nesses tipos de demandas.

5. A POSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A SAÚDE PÚBLICA

Muito já se discutiu a respeito das possibilidades e dos limites da atuação da Administração Pública para realizar acordos envolvendo a coisa pública. É ultrapassada, contudo, a ideia de que a Fazenda Pública não está autorizada a fazer acordo, fazendo-se necessário que os entes públicos, como os gestores de saúde e os procuradores, sejam mais acessíveis às políticas de conciliação e de mediação (Schulze; Gebran Neto, 2015).

Muitos entes públicos ainda se opõem à conciliação alegando a indisponibilidade do interesse público. No entanto, desde que no cumprimento da lei, uma transação efetuada pela Administração não representa uma liberalidade em relação a um direito ou interesse, conforme ensina Fioreza:

Um pensamento que parece estar por trás da negativa da possibilidade de conciliação pela Administração Pública é de que a transação representa uma liberalidade em relação a um direito ou interesse, o que não é verdade. Um particular que estiver sendo demandado judicialmente pode transigir, oferecendo uma soma de dinheiro ao autor, apenas para ver-se livre do inconveniente moral de responder a uma ação judicial, embora não reconheça a procedência do pedido e até considere que a ação tem pouca chance de êxito. Estará, então, exercendo o direito de dispor livremente de seu patrimônio. A Administração não pode fazer o mesmo, isso é claro. Ela pode, contudo, admitir a pretensão do autor se o direito alegado tiver fundamento legal, o que é substancialmente diferente da atitude tomada pelo particular no exemplo dado, pois a transação, para a Administração, não se baseará no exercício de uma liberalidade, mas no cumprimento da vontade da lei. Aliás, em casos como esse a Administração tem o dever de buscar a conciliação, pois, do contrário, estaria ofendendo o princípio da legalidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição federal ao não observar a prescrição legal em que o direito pleiteado se sustenta. (Fiozeira, 2010, p. 2 *apud* Delduque; Alves; Dino Neto, 2015, p. 579).

A Lei dos Juizados Federais, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de conciliação, transação ou desistência por parte dos representantes judiciais da União, das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais, nos termos do art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2001, constituindo título executivo judicial a sentença que homologar o acordo, conforme art. 22, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 e art. 515, II, do CPC/2015 (Wambier; Talamini, 2018).

Tal autorização, entretanto, é muitas vezes ignorada por esses entes federais. O único que tem procurado atuar dessa forma perante os JEFs é o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), realizando acordos nas demandas com provável procedência para o segurado, o que acaba poupando a Administração Pública de pagar todo o valor devido, além de juros de mora, atualização monetária e honorários de sucumbência nos casos de processos que continuam nas Turmas Recursais, contribuindo, em última instância, para o reconhecimento do direito da parte de forma mais célere (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

Ademais, não havendo acordo, há a possibilidade da instauração de arbitragem incidental, desde que envolva pretensão que não dependa de intervenção judiciária, conforme permissão dos arts. 24 a 26 da Lei 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, c/c art. 1º da Lei 9.307/1996, a qual dispõe sobre a arbitragem (Wambier; Talamini, 2018).

Convém mencionar, inclusive, que a permissão prevista na Lei 9.307/1996 foi introduzida pela Reforma da Lei da Arbitragem, com a promulgação da Lei 13.129/2015, preenchendo o requisito da autorização legal específica e elidindo as controvérsias sobre

a possibilidade de o Poder Público utilizar-se da arbitragem para dirimir seus conflitos com particulares (Rocha; Salomão, 2017).

Ressalta-se, contudo, que o juízo arbitral da Lei 9.099/1995, conquanto possua a natureza de uma arbitragem, não se confunde com o previsto na Lei 9.307/1996. A escolha do árbitro, por exemplo, é realizada entre os juízes leigos e os atos praticados perante o juiz estatal são aproveitados. Já nas regras gerais de arbitragem disciplinadas na Lei 9.307/1996, basta que o árbitro seja da confiança das partes e o processo arbitral é instaurado de forma independente do estatal, o qual deve ser extinto, com fulcro no art. 485, VII, do CPC/2015 (Wambier; Talamini, 2018).

A arbitragem pode ser definida como um método de heterocomposição dos conflitos acerca de direitos disponíveis, que conta com a participação de um terceiro, não representativo do Estado, que impõe uma decisão vinculante para as partes (Bonato, 2014).

Disciplinada pela Lei 9.307/1996, essa técnica de resolução de conflitos ocorre, portanto, por meio da intervenção de uma ou mais pessoas designadas por uma convenção privada, que decidem sem intervenção do Estado, através de uma decisão com eficácia de sentença judicial (Carmona, 2009).

Por outro lado, na conciliação prima-se pela autocomposição, com o encerramento da controvérsia, ao passo que na mediação não se busca apenas a resolução da disputa, mas também se procura restaurar as relações sociais entre os conflitantes (Cabral, 2017). A diferença entre esses dois últimos institutos é marcada pelo conteúdo de cada um deles, uma vez que:

[...] na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se porventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, resolve-se o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, este apresenta total satisfação dos mediados. (Morais, 2012, p. 115).

Vale registrar que a conciliação já se encontrava devidamente prevista no CPC de 1973 e em outras leis especiais, ao passo que o marco regulatório da mediação no Brasil somente foi instituído com a promulgação da Lei 13.140/2015. Além disso, no âmbito

processual, o novo CPC também elencou o mecanismo como um meio de pacificação social (Cabral, 2017).

O marco legal da mediação – a Lei 13.140/2015, aprovada em 26.06.2015 – também representou um importante passo ao admitir a possibilidade de a Administração Pública se utilizar desse instituto, ainda que dentro de certos parâmetros (Rocha; Salomão, 2017).

Outrossim, a lei da mediação deve ser complementada pelo CPC de 16 de março de 2015 no que não for incompatível, pois, sendo posterior e específica, revogará o CPC/2015 no que o for (Grinover, 2016).

A propósito, o novo Código de Processo Civil - CPC estatui como uma de suas premissas o incentivo aos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação judiciais). Logo nos parágrafos do art. 3º estatui como dever do Estado promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo, determinando, em seu art. 165, a obrigação de os Tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (Grinover, 2016).

Quanto ao tema, o CPC de 2015 expressamente dispõe que o conciliador pode sugerir soluções para o conflito, enquanto o mediador apenas auxilia as partes a encontrarem, por si próprias, soluções consensuais, conforme art. 165, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 165. [...]

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (Brasil, 2015b, n. p.).

Nesse sentido, alguns doutrinadores afirmam que enquanto na conciliação há uma significativa proatividade do conciliador, na mediação há uma passividade maior do mediador na construção de um acordo. Em verdade, contudo, a doutrina diverge acerca das diferenças entre os dois métodos, ora tratando-os como institutos diversos, ora colocando-os como mediação em sentido amplo (Rocha; Salomão, 2017).

Há os que entendem que na mediação extrajudicial, cujo marco legal específico é a Lei 13.140/2015, o mediador também poderá sugerir soluções para o conflito, o que não representaria afronta ao princípio da imparcialidade do mediador, uma vez que a mediação também é regida pelo princípio da busca do consenso, conforme art. 2º, VI, da referida lei (Rocha; Salomão, 2017).

Nos conflitos envolvendo o direito à saúde, a adoção de mecanismos alternativos de resolução, dentro ou fora de processos judiciais e até mesmo antes do seu início, pode elidir a vulnerabilidade do SUS no âmbito jurídico diante da alocação de recursos exigidos por comandos jurisdicionais (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

A conciliação, por exemplo, deveria ser mais buscada dentro do processo judicial, uma vez que propicia às próprias partes o estabelecimento dos termos e das condições para a solução da demanda, possibilita a participação direta dos jurisdicionados, bem como uma solução mais rápida do litígio, promovendo, ainda, o *desafogamento* do Poder Judiciário (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

A propósito, a conciliação pode se apresentar como uma alternativa à morosidade na solução dos processos envolvendo tutelas de saúde, em virtude, por exemplo, de protelações frequentes com pedidos de prorrogação de prazo pelo Poder Público para o cumprimento das decisões judiciais, ou até mesmo, pela dificuldade em acessar informações técnicas apenas pelos dados constantes no processo (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

Nesses casos, tratando-se normalmente de hipóteses em que as partes pleiteiam medicamentos ou tratamentos em razão de alguma enfermidade, a demora para uma solução pode inviabilizar a proteção da saúde ou até mesmo da própria vida do postulante (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

O acordo pode surgir, por exemplo, quando uma parte requer judicialmente um medicamento, intervenção cirúrgica ou tratamento médico não oferecido pelo SUS e o sistema possui algo similar que atenda às mesmas necessidades. Nesses casos, poderá ser convencionado que a parte seja consultada com médicos do SUS para analisar a adequação da alternativa ao seu quadro clínico, sendo-lhe fornecida a prestação de saúde mais rapidamente, em caso positivo (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

Há a possibilidade de negociação, ainda, quando o tratamento ou fornecimento de medicamento está devidamente previsto no SUS, mas não foi fornecido à parte demandante por algum fator circunstancial, como por atraso nas licitações, falta de fornecedor, atraso na entrega, dentre outros. Nesses casos, o Poder Público pode propor

um prazo para que o vício seja sanado, quando isso for possível (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

A própria Administração Pública é beneficiada com esses métodos alternativos, uma vez que a resolução administrativa ou por acordo evita o dispêndio de recursos com o pagamento de honorários de sucumbência, juros de mora, atualização monetária, e até mesmo com multa por atraso no cumprimento das decisões judiciais ou por litigância de má-fé (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

Os gastos da União com processos judiciais relacionados à saúde, por exemplo, saltaram de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão, em 2015, um crescimento de mais de 1.300%, consoante auditoria realizada pelo TCU no processo nº 009.253/2015-7, Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário (BRASIL, 2017d).

Acompanhando a necessidade de maior utilização desses métodos alternativos de solução de conflitos, o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução 125/2010 de 29.11.2010, posteriormente alterada pela Emenda nº 2 de 2016, estabelecendo a criação de Juízos de resolução alternativa de controvérsias (Cabral, 2017).

Considerando todos esses incentivos, cada vez mais se observa a criação de centros/câmaras judiciais ou extrajudiciais que buscam a solução amigável de conflitos envolvendo o direito à saúde, na tentativa de evitar ou minimizar a judicialização dos casos. Dentre eles, pode-se mencionar: a Câmara Permanente Distrital de Mediação de Saúde (CAMEDIS)⁶; a Câmara de Conciliação de Saúde em Salvador⁷; a Câmara de Conciliação em Saúde em Alagoas (CCS/AL)⁸; a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), de iniciativa da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ)⁹; e o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da

⁶Vide notícia em: BRASIL. Defensoria Pública da União. Assessoria de Imprensa. **[Câmara de mediação em saúde...]**. 2013b. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/legislacao/leis?id=10523:camara-de-mediacao-de-saude-e-instituida-no-distrito-federal&catid=79>. Acesso em: 2 out. 2018.

⁷Vide notícia em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Câmara de Conciliação de Saúde resolve 80%...** 2017a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85328-camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia>. Acesso em: 2 out. 2018.

⁸Vide notícia em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tribunal prepara câmara de conciliação em saúde em AL**. 2017b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84350-justica-alagoana-planeja-camara-de-conciliacao-em-saude>. Acesso em: 2 out. 2018.

⁹Vide notícia em: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (Rio de Janeiro). **Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS)**. 2016. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Acesso em: 2 out. 2018.

Saúde (CIRADS), de iniciativa da AGU no Estado do Rio Grande do Norte (Delduque; Alves; Dino Neto, 2015).

Destaca-se, por fim, a Câmara de Mediação em Direito de Saúde (Cameds), ferramenta eletrônica de conciliação extrajudicial idealizada pelos juízes federais da Subseção Judiciária de Imperatriz, que venceu o prêmio “Conciliar é Legal”, promovido pelo CNJ, na categoria juiz federal de 2017, utilizando o aplicativo *WhatsApp* para resolver 250 casos em cinco meses de funcionamento (Conselho Nacional De Justiça, 2017).

CONCLUSÃO

Diante do crescente protagonismo do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas de saúde, os JEFs, norteados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, surgem como um importante instrumento de acesso à justiça para aqueles que necessitam de uma tutela envolvendo o direito à saúde.

Com relação a esse direito constitucional fundamental, o STF já reafirmou jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde, conforme decisão proferida na análise do RE 855178¹⁰, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida, por meio do Plenário Virtual.

Nesse cenário, destacou-se que o manejo de uma demanda de saúde que possua a União no polo passivo é fato principiador da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109 da CF/1988, frisando, contudo, a competência absoluta dos JEFs.

Dessa forma, havendo juizado federal na seção ou subseção judiciária, as causas que não superem o limite da alçada previsto (sessenta salários-mínimos), serão necessariamente propostas nos juizados, e não nas varas, ainda que especializadas em matéria de saúde.

Com isso, objetivou-se analisar algumas peculiaridades de demanda de saúde no âmbito dos JEFs, tais como os critérios para definição do valor de uma causa de saúde, as possíveis ações para o controle judicial de políticas públicas de saúde nos JEFs e a

¹⁰Vide RE 855178 RG, Relator: Min. Luiz Fux, Julgado em 05.03.2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-050, Divulg. 13.03.2015, Public. 16.03.2015.

possibilidade de utilização de perícia técnica e de meios alternativos de resolução de conflitos nesses processos.

Diante do regramento legal da competência absoluta dos Juizados Federais Cíveis, buscou-se alertar para a importância da correta definição da expressão econômica pretendida com a causa, a fim de evitar eventual retardamento com relação à prestação da tutela de saúde, em virtude de transtornos decorrentes do início de um trâmite equivocado.

Ademais, abordou-se a possibilidade legal da utilização de perícia técnica nesses processos, desde que de forma simplificada, bem como sobre os benefícios da utilização de meios alternativos de solução de conflitos nessa seara, trazendo-se importantes centros/câmaras judiciais ou extrajudiciais que buscam a solução amigável de conflitos envolvendo o direito à saúde, na tentativa de evitar ou minimizar a judicialização dos casos.

O regramento legal da competência absoluta dos JEFs e o alto índice de judicialização de demandas de saúde nesse microssistema, contudo, indicam a necessidade de aprofundamento do debate nessa área, a fim de propiciar maior previsibilidade quanto à interpretação e aplicação das respectivas normas processuais nessa realidade específica.

Com isso, longe de tentar exaurir o tema da judicialização da saúde no âmbito dos JEFs, a pesquisa almejou contribuir para o aprendizado dos principais aspectos envolvendo o direito à saúde, buscando possibilitar a compreensão de alguns dos limites e possibilidades das demandas envolvendo esse direito no âmbito desses microssistemas jurisdicionais, de forma a suscitar reflexões acerca da maneira mais justa para conciliar tanto o direito individual da parte autora dessas ações quanto o direito coletivo daqueles que também aguardam a proteção desse direito pelas vias administrativas.

REFERÊNCIAS

BOCHENEK, Antônio César; DALAZOANA, Vinicius. **Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados Especiais Federais Cíveis**. [E-book]. Porto Alegre: Direitos dos Autores, 2011.

BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália: perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. **Revista Brasileira da Arbitragem**, n. 43, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 3 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Conflito de Competência**: CC 0024333-55.2017.4.01.0000 0024333-55.2017.4.01.0000, Terceira Seção. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, em 18 de dezembro de 2017a. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604717301/conflito-de-competencia-cc-243335520174010000-0024333-5520174010000?ref=serp>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Direito Processual Civil. [Tese nº 4] **É da competência dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública a defesa de direitos ou interesses difusos...** ed. 89. [2017b]. (Juizados Especiais). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Direito Processual Civil. [Tese nº 5] **É possível submeter ao rito dos Juizados Especiais Federais as causas que envolvem fornecimento de medicamentos/tratamento médico...** ed. 89. [2017c]. (Juizados Especiais). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. 2017f. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 2 out. 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas S. A., 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliar é legal premia demandas de saúde resolvidas pelo WhatsApp**. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86312-conciliar-e-legal-premia-demandas-de-saude-resolvidas-pelo-whatsapp>. Acesso em: 2 out. 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi; AITH, Fernando; MAGGIO, Marcelo P. (coord.). **Direito sanitário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde**. Curitiba: Juruá, 2019.

DELDUQUE, Maria Célia; ALVES, Sandra Maria Campos; DINO NETO, Nicolao (org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: ESMPU: FIOCRUZ, 2015. v. 4.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONÇALVES, Glaúcio Ferreira Maciel. **Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96KQVV>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; ARAI, Rubens Hideo. **Juizados especiais cíveis, criminais e Fazenda Pública**. São Paulo: Atlas, 2011. (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v. 13).

PEREIRA, Guilherme Bollorini. **Juizados Especiais Federais Cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROCHA, Gerson Luiz. **Juizados Especiais Federais Cíveis: competência e execução por quantia certa**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à Lei n. 10.259, de 12.7.2001**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ZEBULUM, José Carlos. Juizados Especiais: uma solução para a questão da saúde? **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, p. 180-206, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/356>. Acesso em: 30 jun. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 4: procedimentos especiais e juizados especiais**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

A TERRA INDÍGENA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

INDIGENOUS LAND AS BRAZILIAN CULTURAL HERITAGE

Motauri Ciocchetti de Souza

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC/SP. Procurador de Justiça em São Paulo.

Camila Katurchi Exner

Mestranda em Direitos Humanos pela PUC/SP. Bacharel em Direito.

RESUMO

O presente trabalho objetiva atestar que a terra indígena possui importante papel na cultura brasileira, conforme o artigo 215 da Constituição Federal de 1988, podendo-se afirmar que integra o conceito de patrimônio cultural brasileiro, tal como concebido pelo art. 216 da Carta de Princípios. Para alicerçar tal postulado, discorre sobre a cosmovisão da terra. Demais disso, apresenta documentos internacionais, como a Convenção da OIT nº 169, a Declaração da ONU de Direitos Humanos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Por fim, compila julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no sentido de afirmar que a importância cultural das terras indígenas vem sendo identificada, o que fornece mais subsídios para sustentar que a proteção respectiva encontra-se acobertada, também, pela natureza fundamental do direito assegurado pelos arts. 6º, 215 e 216 do Texto Maior.

Palavras-chave: direito fundamental; identidade; patrimônio cultural; terras indígenas.

ABSTRACT

This work aims to attest that the indigenous land plays an important role in Brazilian culture, according to article 215 of the Federal Constitution of 1988, and it can be said that it integrates the concept of Brazilian cultural heritage, as conceived by art. 216 of the Charter of Principles. To support this postulate, he discusses the cosmovision of the earth. In addition, it presents international documents, such as ILO Convention No. 169, the UN Declaration on the Human Rights of Indigenous Peoples and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Finally, it compiles judgments of the Inter-American Court of Human Rights (IDH Court) in the sense of affirming that the cultural importance of indigenous lands has been identified, which provides more subsidies to sustain that the respective protection is also covered by the nature fundamental right guaranteed by art. 6, 215 and 216 of the Larger Text.

Keywords: fundamental right; identity; cultural heritage; indigenous lands.

1.INTRODUÇÃO.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹, 1.693.535 (um milhão, seiscentos e noventa e três mil, quinhentos e trinta e cinco) cidadãos se declararam como indígenas, sendo que 622.066 (seiscentos e vinte e dois mil e sessenta e seis) deles habitavam terras indígenas. Existem em torno de 305 (trezentos e cinco) povos - cada qual com seus hábitos, crenças, religiões e tradições -, além de 274 (duzentos e setenta e quatro) idiomas catalogados².

Estes números causam espanto quando é feito um contraponto com a situação dos povos indígenas antes da chegada do colonizador no território brasileiro, época em que se estima que havia em torno de 4.000.000 (quatro milhões) de indígenas no território nacional, que falavam em torno de 1.000 (mil) idiomas diferentes (Azevedo, 2021, p. 72).

Como se sabe, ao longo do processo histórico de criação do Estado brasileiro, os povos originários que aqui habitavam sofreram com a escravidão e a violência, até serem dizimados, chegando a um decréscimo populacional de 80%.

Assim, segundo as estatísticas oficiais, hoje os indígenas representam apenas 0,83% da população brasileira, circunstância que em nenhum momento afasta a obrigação de atenção do Estado em relação a esses indivíduos. Isso porque o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que significa que as autoridades estão compelidas a emanarem esforços por todos os indivíduos, inclusive as minorias, sempre em prol da manutenção da pluralidade nacional e da defesa da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se, ademais, a importância dos povos indígenas na formação identitária do Brasil, considerando-se que a língua portuguesa possui influências de idiomas indígenas, além de que alguns costumes, alimentos e hábitos indígenas foram incorporados à cultura enraizada no Brasil (Azevedo, 2021, p. 69).

Em nome da proteção da dignidade da pessoa humana e em atenção à importância de preservação dos povos indígenas que resistiram ao genocídio empreendido pelo colonizador,

¹ Tabela 9719 - População residente em terras indígenas, total e indígenas, por quesito de declaração indígena, segundo as Terras Indígenas - Primeiros Resultados do Universo. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/9719#resultado>. Acesso em: 14/08/2023.

² Caderno Temático: Populações Indígenas - IBGE. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/atlas_nacional/#/home. Acesso em 30/04/2023.

faz-se imprescindível a proteção dos valores cultural destes povos, vez que integrantes do patrimônio cultural brasileiro, consoante o disposto no art. 216 da Carta de Princípios.

É fundamental destacar que o recorte metodológico é voltado para os indígenas que vivem em terras indígenas e que, portanto, possuem uma cosmovisão própria com relação ao conceito de terra, conforme veremos adiante. Aliás, de acordo com o Censo Demográfico de 2022, este grupo corresponde a parte considerável dos indígenas que residem no Brasil, totalizando 36,73% deles:

Tabela 9718 - População residente, total e indígena, por localização do domicílio e quesito de declaração indígena nos Censos Demográficos - Primeiros Resultados do Universo	
Variável - Pessoas indígenas (Pessoas)	
Brasil	
Ano - 2022	
Quesito de declaração indígena - Total	
Localização do domicílio	
Total	1.693.535
Em terras indígenas	622.066
Fora de terras indígenas	1.071.469
Fonte: IBGE - Censo Demográfico	

Gráfico 1: Fonte: Censo 2022 | IBGE

Pode parecer pouco, em termos percentuais, mas fato é que a quantidade de indígenas aumentou em números absolutos no período intercensitário (2010-2022), elevando-se em 104.638 (cento e quatro mil, seiscentos e oitenta e três) indivíduos.

Esta escolha dá-se porque o intuito deste trabalho é demonstrar de que maneira a cultura dos povos tradicionais que vivem em contexto distinto do urbano-capitalista deve ser protegida pelo Estado brasileiro, à luz dos normativos legais e de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), além de reflexos desta corte perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Atente-se que o artigo 215 da Constituição Federal introduz a temática da proteção dos direitos culturais, ao expor que "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais". Inclusive, vale a pena frisar que o §1º do referido dispositivo dá destaque à proteção das culturas populares, afrodescendentes e indígenas³, firmando o direito

³ Art. 215, §1º, CF: O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

dos brasileiros à manifestação popular, sempre contando com a proteção estatal (Canotilho et al, 2014, p. 1982).

Dentre os direitos culturais protegidos pela Lei Maior, José Afonso da Silva (2014, p. 317) reconhece que cabe ao Estado garantir: (i) todas as formas de liberdade de expressão cultural; (ii) as liberdades de manifestação cultural; (iii) a formação de um patrimônio cultural, a fim de resguardar os valores culturais, sejam eles materiais ou imateriais.

É inegável que o cumprimento desses deveres é imprescindível para que o Estado consiga tornar eficaz a proteção dos direitos culturais indígenas, mormente resguardando a sua expressiva pluralidade.

O intuito deste artigo é o de defender que, para a efetiva tutela dos valores culturais dos povos indígenas, é inevitável o reconhecimento de que as suas terras integram o respectivo patrimônio cultural, à luz do disposto no art. 216 da CF/88, motivo por que a interpretação acerca do comando que brota do art. 231 do Texto Maior há de ser interpretado no sentido de sua máxima efetividade, vez que assecuratório de direito de índole fundamental.

Este entendimento não está diretamente positivado na legislação brasileira. Entretanto, a partir da leitura dos principais documentos legais e de importantes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) será possível concluir, através de uma interpretação sistemática, que este é um posicionamento lógico e inexorável.

2.CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL.

Para darmos inícios à conceituação de patrimônio cultural, impende transcrever o artigo 216, *caput*, e incisos I a V, CF:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e **sítios de valor histórico, paisagístico**, artístico, arqueológico, paleontológico, **ecológico** e científico. (g.n.).

Como se observa, o patrimônio cultural engloba os bens materiais e imateriais de especial relevo para qualquer dos grupos e etnias formadores da sociedade brasileira.

Basicamente, traz as características nacionais de uma nação a partir de um acervo de usos, costumes, conhecimento, talento, competência e habilidade, os quais são imprescindíveis para criar as condições de identidade e memória dos distintos grupos sociais formadores da identidade brasileira (Moraes, 2009, p. 833).

Importante mencionar que nossa constituição dá importante destaque ao patrimônio imaterial, cujo objetivo é o de manter vivas as tradições e representações culturais dos variegados povos. Neste sentido, a Lei Maior brasileira adota um viés contemporâneo, no qual dá enfoque não só ao patrimônio material - como o faz o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 - como também ao patrimônio imaterial, demonstrando o apreço pelo cuidado em relação às mais diversas culturas existentes no território nacional.

No Brasil, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) é o responsável por promover a proteção de tudo aquilo que é importante para a identidade do povo brasileiro e, ao preservar tais bens, o IPHAN fortalece a identidade da nação, além de garantir o direito à memória (Barbieri, 2021, p. 278).

Logo, a Constituição Federal de 1988 inova ao dispor sobre o patrimônio imaterial, que é aquele transmitido de geração em geração, resgatando a importância do multiculturalismo e da proteção aos diversos povos existentes no Brasil (Barbieri, 2021, p. 280). O Decreto Federal nº 3.551/2000, inclusive, instrumentaliza o comando do art. 216, CF, no tocante ao patrimônio cultural imaterial ao dispor que:

Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos **conhecimentos** e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos **rituais e festas** que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas **manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas**;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos **mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços** onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. (g.n.).

Diante da eficácia desta norma, o IPHAN atuou em defesa do registro de bens culturais indígenas, tendo registrado os seguintes patrimônios⁴:

⁴ <https://www.gov.br/iphan/pt-br/patrimonio-cultural/patrimonio-imaterial/reconhecimento-de-bens-culturais>

Livro de Registro dos Saberes	a) Os Saberes e Práticas Associados ao Modo de Fazer Bonecas Karajá; b) Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro; c) Modos de Fazer Cuias do Baixo Amazonas
Livro de Registro das Celebrações	a) Ritual Yaokwa do Povo Indígena Enawene Nawe
Livro de Registro das Formas de Expressão	a) Rtixòkò: Expressão Artística e Cosmológica do Povo Karajá; b) Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi
Livro de Registro dos Lugares	a) Cachoeira de Iauaretê – Lugar Sagrado dos Povos Indígenas dos Rios Uaupés e Papuri; b) Tava, Lugar de Referência para o Povo Guarani

Tabela 1: Registros de patrimônios imateriais indígenas

Lembremos que conforme os dados apresentados na introdução, embora os povos originários representem apenas 0,83% do povo brasileiro, existem múltiplas culturas indígenas, o que é perceptível já pela quantidade de idiomas catalogados pelo IBGE. Portanto, existem pelo menos algumas centenas de manifestações culturais indígenas que são de suma relevância e que devem ser protegidas a todo custo, mas que não constam nos livros de registro do IPHAN.

Inquestionavelmente há um empenho na proteção dos povos indígenas, mas infelizmente não parece ser o bastante.

Apesar de a Constituição Federal reconhecer os patrimônios imateriais – dentre os quais há alguns bens culturais de matriz indígena –, não se pode olvidar que há um vácuo legal no tocante ao reconhecimento das terras indígenas como integrante da formação identitária brasileira.

A demarcação de terras cumpre um papel significativo nas políticas humanitárias em prol dos indígenas, pois se trata de ato declaratório que visa dar segurança jurídica aos indígenas que habitam tradicionalmente um dado pedaço de terra. Por mais que exista um empenho na demarcação de terras, é imprescindível que sejam tomadas mais ações em defesa da proteção dos territórios indígenas, sendo que uma das formas de o fazer é a partir de seu reconhecimento como patrimônio cultural, até mesmo porque a terra pode ser enquadrada como sítio de valor histórico, ecológico e paisagístico, nos termos do artigo 216, CF.

Afinal, a proteção dos territórios indígenas é uma das maneiras de garantir não só o acesso à terra, mas a estabilidade de sua posse e domínio, vez que valor central para a vida e a preservação da cultura dos povos originários.

Logo, a proteção das terras indígenas – ambiente indissociável da preservação dos valores culturais dos povos originários – ocorre, também, como corolário lógico da natureza fundamental que rege a cultura.

3.A IMPORTÂNCIA DA TERRA INDÍGENA COMO VALOR CULTURAL.

Conforme exposto, os povos indígenas representam uma pequena parte da população brasileira, valendo destacar que houve um decréscimo populacional enorme desde a chegada dos europeus no continente. Essa característica repete-se em outros cantos do globo terrestre, indicando que a vasta pluralidade de povos indígenas corre o risco de desaparecer em muitas regiões do mundo, conforme já constatado pela ONU⁵:

Culturas indígenas sob ameaça de desaparecimento.

Nunca é demais enfatizar a importância da terra e dos territórios para a identidade cultural indígena. Entretanto, os povos indígenas não foram poupados da perda de terras, territórios e recursos naturais. Como resultado, as culturas indígenas estão à beira do desaparecimento em muitas partes do mundo. Por terem sido excluídos dos processos de tomada de decisão e das estruturas políticas dos Estados nacionais em que vivem, e por terem sido submetidos a processos de dominação e discriminação, **suas culturas foram consideradas inferiores**, primitivas sem importância, algo a ser erradicado ou transformado. [tradução e grifo nosso].

Frise-se que apenas 0,83% da população brasileira é de indígenas, conforme o Censo de 2022. Diante desse dado, talvez alguns se indaguem se os povos originários do Brasil também estariam com a sua sentença de desaparecimento decretada.

Ocorre que, desde meados da década de 1980, houve um aumento da população indígena, indicando que, "*os índios [sic] estão no Brasil para ficar*" (Cunha, 1994, p. 123). Afinal, hoje há cerca de 800 mil indígenas no Brasil, ao passo que naquela época somavam em torno de 200 mil indivíduos, conforme ensina Álvaro Gonzaga (2021, p. 73).

Gonzaga explica que há motivos para esse aumento demográfico. Uma das razões elencadas refere-se ao momento presente que vivemos, em que as condições para uma pessoa se autoafirmar como indígena são mais propícias.

Afinal, há um esforço crescente pelo respeito às culturas dos povos originários em diferentes esferas, como na legislativa, que conta com o avanço de leis cada vez mais protetivas a estas minorias. A Constituição Federal de 1988 rompe com o viés assimilacionista e passa a

⁵ ONU. Departamento de Informação Pública. La situación de los pueblos indígenas del mundo - datos relevantes. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf>. Acesso: 22/06/2023.

tratar os indígenas como sujeitos de direitos cuja autodeterminação deve ser respeitada, dispondo que uma das formas mais eficientes de atingir tal objetivo é a partir da tutela das terras que tradicionalmente ocupam.

Nessa linha, o constituinte adotou a teoria do indigenato, que reconhece que os indígenas possuem um direito congênito às terras que ocupam, antecedendo à própria criação do Estado brasileiro, tratando-se de um valor que lhes é originário. Esta tese opõe-se à teoria do fato indígena, segundo a qual um povo apenas tem direito às terras ocupadas após comprovar que as habitava desde momento anterior à data da promulgação da Constituição Federal.

A partir do momento em que o constituinte brasileiro optou pela teoria do indigenato, sua intenção foi a de ampliar a proteção humanitária aos indígenas, por levar em conta todos os aspectos culturais imprescindíveis às respectivas etnias: desde a proteção da terra até a preservação da cultura imaterial, que por vezes depende da terra para persistir existindo.

4.A TERRA INDÍGENA À LUZ DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

A cosmovisão da terra indígena está estampada em importantes diplomas internacionais, como na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, cujo objetivo é estabelecer "as bases para a política indigenista com autonomia para os povos indígenas e inúmeras obrigações estatais para proteção dos povos indígenas, sua vida, territórios, instituições, cultura e saúde" (Villares, 2009, p. 42).

Aliás, o seu artigo 7º, item 1, reforça a relevância da terra para as culturas indígenas:

I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (g.n.).

A ideia desta Convenção era a de discorrer sobre os deveres dos Estados no tocante à efetivação dos direitos indígenas, ou seja, o seu intuito não era introduzir um debate sobre a relevância da terra indígena. Contudo, o referido dispositivo demonstra que a terra é "*fator imprescindível à caracterização do indígena e que, portanto, deve ser conservada a qualquer custo*" (Souza, Exner, 2023, p. 184).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas intensificou este entendimento, trazendo um avanço ao reafirmar os direitos indígenas em relação à terra, conforme vislumbramos nos artigos abaixo:

Artigo 8:

1. **Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.**

2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de:
a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica; b) **Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos.**

(...) (g.n.).

Artigo 25 Os povos indígenas têm o direito de **manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem**, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras. (g.n.).

Artigo 26 1. **Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.** 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram. (g.n.).

Tais artigos retomam o debate sobre a imperiosa preservação dos direitos dos povos originários, dando maior destaque para a proteção das terras, que são a base da vida indígena, o que é melhor explicado pela perspectiva ontológica.

Por fim, cumpre citar a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que não possui força vinculante, mas pode servir como parâmetro para a interpretação de tratados como a CADH, no tocante à matéria indígena (Ramos, 2022, p. 428).

André de Carvalho Ramos (2022) explica que esta declaração visa à proteção integral dos povos indígenas das Américas, resguardando a diversidade cultural no continente. Vale a pena citar seu artigo XXV, que trata dos direitos dos indígenas às terras, aos territórios e recursos tradicionalmente utilizados:

1. Os povos indígenas têm direito a manter e **fortalecer sua própria relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos**, e a assumir suas responsabilidades para conservá-los para eles mesmos e para as gerações vindouras.

2. Os povos indígenas têm direito às terras e territórios bem como aos recursos que **tradicionalmente tenham ocupado**, utilizado ou adquirido, ou de que tenham sido proprietários.

3. Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários, em razão da **propriedade**

tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização, bem como àqueles que tenham adquirido de outra forma.

4. Os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. Esse reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate.

5. Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras, territórios e recursos, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado e os instrumentos internacionais pertinentes. **Os Estados estabelecerão os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e sua efetiva demarcação ou titulação.**

Novamente, temos um documento internacional de direitos humanos que reforça a relevância da terra e dos ritos tradicionais e culturais para os povos indígenas, indicando que a terra é um elemento central para a vida harmônica dos povos originários.

5.TERRA INDÍGENA À LUZ DOS MUNDOS INTERRELACIONAIS (PERSPECTIVA ONTOLÓGICA)

Uma das formas de compreendermos a terra indígena é através da lente da ontologia dos povos indígenas, ou seja, a partir do significado que a terra tem para estes povos.

Podemos iniciar com os dizeres de Daniel Munduruku, segundo o qual existem diversos povos indígenas, cada qual com seus hábitos e cada um tecendo um tipo de relação com a terra. Mas entre eles existe algo em comum: todos necessitam da terra para viver.

O antropólogo explica que a terra age como uma mãe, que lhes fornece os meios necessários para a existência de uma vida digna. Por conta disso, os indígenas respeitam o tempo da natureza em uma espécie de simbiose com o universo, "como se a terra fosse um ser vivo que compartilhava o tempo e o espaço com todos estes povos, provendo-lhes aquilo que necessitam para o desenvolvimento de suas vidas" (Souza, Exner, 2023, p. 177).

Daí extraímos que “o indígena se relaciona de uma maneira completa com o universo que o cerca, pois relaciona-se não só com outros indivíduos, como também com os elementos naturais” (Escobar, 2015, p. 27 e 29). Não é incomum que os indígenas tenham relações com elementos inanimados da natureza, tendo em vista que muitos destes fatores são importantes para o desenvolvimento e bem-estar de seus povos, que irão necessitar da preservação destes elementos naturais para o desempenho de alguns atos de suas culturas, religiões e tradições.

A título de exemplo, os povos indígenas dos Rios Uaupés e Papuri (AM) entendem que a cachoeira de Iauaretê é um local sagrado, onde criam e recriam suas tradições, resistindo

culturalmente. (Campos, 2018). Aliás, no entorno da cachoeira, há outros lugares sagrados, nos quais

estão escritas as histórias de criação da humanidade e de ocupação do território em que eles vivem desde tempos imemoriais. Esses lugares indicam, igualmente, os códigos de manejo social organizadores da vida, tais como as formas de convivência e os mecanismos de transmissão dos saberes, identificadores das várias etnias que compartilham territórios e padrões culturais. (IPHAN, p. 11).

Analisando a situação concreta, é notório que citado povo indígena possui relações próprias, além de uma organização social característica, as quais dependem da Cachoeira Iauaretê e de seu entorno. Por isso, a referida cachoeira foi registrada como patrimônio cultural do Brasil.

Diante disso, é notório que no Brasil não existe apenas uma realidade. Realmente, a faceta liberal e globalizada brasileira prevalece, mas não podemos deixar de considerar os mundos relacionais dos povos originários, os quais são imprescindíveis para a manutenção de suas culturas.

6.O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH) NO TOCANTE À COSMOVISÃO DA TERRA INDÍGENA.

Em 25 de setembro de 1992, o governo brasileiro depositou a Carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que na sequência foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Piovesan, Magnani, 2021). Isso significa que a CADH possui normatividade no âmbito brasileiro, de maneira que qualquer decisão nela estribada deve ser incorporada à realidade do país.

O artigo 33 da CADH menciona que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional da referida convenção, cuja competência contenciosa é reconhecida pelo estado brasileiro.

Logo, inequívoco que as decisões advindas da Corte Interamericana aplicam-se na esfera nacional, por meio do controle de convencionalidade. E, conforme ensinam Piovesan e Magnani, "disso resulta que todo juiz nacional deve, também, ser um juiz interamericano".

Nessa toada, curial a verificação do posicionamento de citada Corte acerca da aceção de terra indígena. Afinal, caso reconheça a cosmovisão dos mundos inter-relacionais em relação à terra, surgirá um argumento a mais para defender que a terra indígena tem importante valor cultural, donde detentora de proteção igualmente pelos arts. 6º, 215 e 216 da Magna Carta.

Indispensável, dessarte, pesquisa acerca de precedentes advindos do órgão jurisdicional em questão.

Ao acessar a aba de "jurisprudência" do sítio eletrônico da Corte IDH, possível aferir-se que a palavra "indígena" retornam vinte e nove resultados.

Destes, oito correspondentes à interpretação de sentenças previamente lançadas. Além disso, havia dois casos correspondentes à comunidade Mayagana, sendo uma sentença de fundos, reparações e custas, e outra sentença de exceções preliminares.

Sendo assim, havia vinte casos diferentes: 1) Caso Povos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango e outros Vs. Guatemala; 2) Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina; 3) Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs Brasil; 4) Caso Acosta e outros Vs. Nicarágua; 5) Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal Vs Guatemala; 6) Caso Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs Panamá; 7) Caso Norín Catrimán e outros Vs Chile; 8) Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Equador; 9) Caso Rosenda Cantú e outra Vs. México; 10) Caso Fernández Ortega e outros Vs México; 11) Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs Paraguai; 12) Chitay Nech e outros Vs Guatemala; 13) Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala; 14) Caso do Povo Saramaka Vs Suriname; 15) Caso Escué Zapata Vs Colômbia; 16) Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai; 17) Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname; 18) Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs Paraguai; 19) Caso Yatama Vs. Nicarágua; 20) Caso da Comunidade Mayagana (Sumo) Awas Tingni Vs Nicarágua.

Em aprofundamento, a pesquisa procurou pelo vocábulo "cosmovisión" (cosmovisão, em português), para verificar quais delas traziam entendimentos interessantes sobre a cosmovisão indígena em relação à terra habitada.

Neste ponto, apenas os casos de número 3, 7, 10, 13 e 14 não utilizam a palavra cosmovisão, o que não significa que não abordem este tema, ainda que indiretamente. Já os casos 5, 9 e 17 utilizam o termo cosmovisão, mas de forma genérica, ou seja, sem se referir à terra. Todos os demais utilizam-se do vocábulo para descrever a relação dos indígenas com a terra, atestando que vivem mundos inter-relacionais - em consonância com o que defende Arturo Escobar.

Na sentença do Caso Povos Maya Kaqchikel de Sumpango, é dito que: "(...) a AIDPI (...) indica como dois dos elementos fundamentais da identidade maia os 'idiomas que provêm de uma raiz maia comum' e 'uma cosmovisão que se baseia na relação harmoniosa de todos os elementos do universo [...]'.
os elementos do universo [...]'.

Nesse mesmo sentido, a sentença do Caso Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano explica que é necessário

Adotar as medidas necessárias para proteger efetivamente o território dos dois povos, a fim de garantir sua sobrevivência física e cultural, **bem como o desenvolvimento e a continuidade de sua cosmovisão de mundo, para que possam continuar a viver seu modo de vida tradicional e preservar sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças, tradições distintas e sistema de justiça.** Da mesma forma, tome as medidas necessárias para garantir o acesso a programas de saúde e educação culturalmente relevantes para os povos. (g.n.)

Este excerto é de sua importância⁶, pois demonstra o quão relevante é preservar a terra para que um povo possa manter a sua cultura e toda a sua organização social, reconhecendo assim necessidade de os Estados envidarem esforços para impedir que estas culturas sejam destruídas por uma realidade majoritariamente inserida em uma economia liberal.

Aproveitando esta reflexão, pode-se pensar na realidade brasileira. As políticas de demarcação são o bastante para a proteção da terra? Será que considerar as terras indígenas como patrimônio cultural não poderia ser um avanço na proteção desta cosmovisão?

Esta mesma ideia é reforçada pelo caso do Povo Kichwa de Sarayaku, no qual o Estado do Equador permitiu que uma empresa petrolífera explorasse os recursos naturais no território indígena, sem consultá-los em momento algum:

57. “De acordo com a **cosmovisão** do povo Sarayaku, o território está ligado a um conjunto de significados: **a floresta é viva e os elementos da natureza têm espíritos** (Supay), que estão conectados uns aos outros e cuja presença sacraliza os lugares. Somente os Yachaks podem acessar certos espaços sagrados e interagir com seus habitantes.

(...) 105 Da mesma forma, o Estado não contestou que a empresa abriu trilhas sísmicas, instalou sete heliportos, destruiu cavernas, fontes de água e rios subterrâneos, necessários para o consumo de água da comunidade; cortou árvores e plantas de grande valor ambiental, cultural e de subsistência alimentar para os Sarayaku. Também é incontroverso que a entrada de helicópteros destruiu parte da chamada Montanha Wichu kachi, ou "saladero de loras", um lugar de grande valor para a cosmovisão do povo Sarayaku. **O trabalho da empresa petrolífera causou a suspensão, em alguns períodos, de eventos e cerimônias culturais ancestrais do povo, como o Uyantsa, seu festival mais importante que ocorre todos os anos em fevereiro, e a linha sísmica passou perto de locais sagrados usados para cerimônias de iniciação de jovens a adultos**”.

É evidente que a perspectiva ontológica dos povos indígenas em face da terra é extremamente distinta daquela que lhe atribui o mundo capitalista. Claro que cada povo tem a sua interpretação acerca da terra e se relaciona com a natureza de uma maneira específica; mas

⁶ Este trecho é tão forte e impactante que a sentença do caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs Argentina o citou em sua página 186.

ao mesmo tempo é notório que todos se relacionam com elementos inanimados de uma forma que lhes é imprescindível.

Neste caso, vemos que a invasão de uma empresa petrolífera em uma terra indígena foi capaz de macular o modelo de vida do povo. Veja-se que todos estes povos já viviam em seus respectivos países desde antes da chegada do europeu, ou seja, são pré-colombinos, o que significa que seus modelos de vida fazem parte da construção identitária de seus respectivos países, sendo imprescindível que lhes seja atribuído o devido cuidado e respeito.

A mesma lógica aplica-se ao caso Xákmok Kasek Vs Paraguai:

174.” A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma **forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo**, constituído a partir de sua estreita **relação com suas terras tradicionais e recursos naturais**, não somente por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque **constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, portanto, de sua identidade cultural**.

175. Quando se trata de povos indígenas ou tribais, a posse tradicional de suas terras e os padrões culturais que surgem dessa estreita relação **formam parte de sua identidade**. Tal identidade alcança um conteúdo particular em razão de sua percepção coletiva enquanto grupo, suas cosmovisões, seus imaginários coletivos e a relação com a terra onde desenvolvem sua vida”.

Quanto a este caso, cumpre contextualizá-lo. Entre 1885 e 1887, o Paraguai vendeu dois terços da região do Chaco - onde habitava a comunidade Xákmok Kásek - na bolsa de valores de Londres para financiar a dívida contraída pelo país na Guerra do Paraguai. Ocorre que isto foi feito sem prévia consulta aos povos que lá habitavam.

Com as explorações na região, os habitantes indígenas tentaram reivindicar suas terras, mas foram deslocados obrigatoriamente, sendo concentrados em uma propriedade particular chamada "Estância Salazar". Os proprietários do local proibiram a caça, a pesca e a colheita de alimentos e, além disso, submeteram os indígenas à vigia de seguranças a todo momento, o que é um cristalino desrespeito à autonomia, autodeterminação e cosmovisão deste povo. .

Em 2008 o povo Xákmok Kásek migrou para outro local e apesar de a Corte IDH ter condenado o Paraguai, persiste vivendo com muitas dificuldades.

Existem ainda outros casos que poderiam ser citados, nos quais a palavra "cosmovisão" é utilizada para tratar da relação dos indígenas com a terra.

O último caso a ser mencionado é o do Povo Xucuru, que reconheceu a autonomia do povo, bem como as suas estruturas de poder, entendendo que o modelo de vida das etnias indígenas possui uma perspectiva própria. Desse modo, a sentença está em consonância com aquilo que se encontra sob lentes acerca do conceito ontológico de terra, no tocante à perspectiva indígena.

Para melhor elucidação, cumpre dissertar brevemente sobre os fatos respectivos. Atente-se que por ser um caso movido contra o Brasil, merece tratamento ainda mais acuidado. Vejamos.

Por mais que a Constituição Federal de 1988 garanta a demarcação de terras indígenas, este procedimento transcorreu de forma lenta em relação ao povo Xucuru, tendo se iniciado em 1989 e finalizado apenas em 2005, ou seja, 16 (dezesesseis) anos após o seu início.

Durante o processo de delimitação, demarcação e desintrusão da terra do povo Xucuru, havia pessoas não indígenas ocupando a referida terra, o que acarretou uma gama de conflitos que abalaram até mesmo a própria comunidade indígena. A situação foi grave a ponto de o Cacique Xicão ter sido assassinado no ano de 1998, além de seu filho e sucessor, Cacique Marquinhos, ter sofrido graves ameaças de morte, nos idos de 2001.

Na sentença do caso, a Corte IDH determinou que o Brasil adotasse as medidas necessárias para garantir o direito de propriedade coletiva do povo Xucuru sobre o seu território, estendendo a aplicabilidade do artigo 21, da CADH, à cosmovisão de terra indígena:

Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. **Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens.** A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. **Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens,** salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei. (g.n.)

Nesse sentido, a Comissão entendeu que o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas é revestido de particularidades, principalmente se considerarmos que a sobrevivência do povo depende da integridade da terra indígena. Ademais, recomendou ao Brasil

Adotar, com a brevidade possível, as medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza, indispensáveis à realização do saneamento efetivo do território ancestral do Povo Indígena Xucuru, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Consequentemente, garantir aos membros do povo que possam continuar vivendo de maneira pacífica seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.

A sentença reforça que “o território indígena é uma forma de propriedade que não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, mas no tradicional uso e posse das terras e recursos”, reiterando o impacto cultural destas terras para a formação da identidade do país em que se situam.

Repete-se que a demarcação de terras é um procedimento importante para garantir a posse das terras indígenas, mas se trata de um procedimento que, por si só, não reforça a nível

nacional a ideia de que tais terras são primordiais para que as culturas indígenas resistam e existam em solo brasileiro.

7.A INEQUÍVOCA NATUREZA DE PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO DAS TERRAS INDÍGENAS

Pese a circunstância de que as populações indígenas estejam, hodiernamente, em ascensão demográfica, não é demais lembrar que, tempos atrás, elas contabilizavam algo próximo a quatro milhões de indivíduos no território brasileiro. Além disso, como quaisquer outros cidadãos brasileiros, os indígenas, independentemente da etnia, são um fim em si mesmo; ou seja, são pessoas com valores próprios, características internas peculiares, culturas específicas e objetivos próprios, não devendo sujeitar-se aos interesses de ninguém, motivo por que devem ter a sua autodeterminação respeitada para que possam viver em harmonia com os seus preceitos, valores e costumes.

Uma das maneiras mais eficazes de lhes garantir tais direitos é através da proteção da terra, fator imprescindível para a sua cosmovisão de mundo. Por mais que hoje os indígenas não estejam sumindo, numericamente, existe um desafio na sua manutenção demográfica, por conta de explorações de recursos naturais em seus territórios, assim como disputas em conflitos de terras.

A partir dos documentos interamericanos e julgados da Corte IDH, entende-se que o modelo de vida interrelacional, muito comum em comunidades indígenas, é algo que deve ser protegido, por ser fundamental a estes povos. Também é inegável que a cosmovisão indígena integra a formação histórica de muitas nações, como é o caso do Brasil, onde já viviam povos originários desde antes da chegada dos portugueses.

Repisa-se que a sobrevivência dos povos indígenas depende da proteção da sua respectiva terra, que é palco de suas vidas, sendo elementar para suas tradições, hábitos, religiões, desenvolvimento, organização etc. Enfim, a terra é relevante para que os povos originários sejam tratados dignamente, mantendo suas vidas naturalmente, sem sofrer qualquer ameaça do mundo liberal e, assim, podendo nutrir os seus valores culturais.

Sem terra indígena, não há povo indígena, e sem povo indígena, morrem as culturas respectivas, pois é a partir da terra que os povos baseiam a sua vida, sobrevivendo, vivendo e exercendo todas as suas manifestações culturais.

Justamente por isso é importante levar-se em conta não só a política demarcatória, como também o disposto nos arts. 6º, 215 e 216, CF, cujo escopo é o de proteger a cultura, reconhecendo que há bens materiais e imateriais que estão arraigados de mencionado valor, sujeitando-os a uma especial proteção e impondo à sociedade liberal postura de respeito às diversas formas de vida, com destaque ao modelo de vida dos povos originários, que têm posição expressiva na formação identitária brasileira.

Desde 1992, a Unesco adotou o conceito de paisagem cultural como um tipo de patrimônio cultural material existente. Em consonância, o IPHAN regulamentou a paisagem cultural na Portaria nº 127/2009, que é definida em seu artigo 1º como “uma porção peculiar do território nacional, representativa do processo de interação do homem com o meio natural, à qual a vida e a ciência humana imprimiram marcas ou atribuíram valores”.

Conforme se extrai do sítio eletrônico do IPHAN, desta relação entre o ser humano e a natureza, pode-se citar outra característica importante da paisagem cultural, consubstanciada na

ocorrência, em determinada fração territorial, **do convívio entre a natureza, os espaços construídos e ocupados, os modos de produção e as atividades culturais e sociais, numa relação complementar capaz de estabelecer uma identidade que não possa ser conferida por qualquer um desses elementos isoladamente.** Este conceito, como instrumento de preservação, também é utilizado em outras partes do mundo como, por exemplo, Espanha, França e México, onde viabiliza a qualidade de vida da população e a motivação responsável pela preservação do patrimônio cultural. (g.n.).

De relevância, outrossim, os artigos 4º e 5º de indigitada Portaria, os quais assim se encontram redigidos:

Art. 4º. A chancela da Paisagem Cultural Brasileira implica no estabelecimento de pacto que pode envolver o poder público, a sociedade civil e a iniciativa privada, visando a gestão compartilhada da porção do território nacional assim reconhecida.

Art. 5º. O pacto convencionado para proteção da Paisagem Cultural Brasileira chancelada poderá ser integrado de Plano de Gestão a ser acordado entre as diversas entidades, órgãos e agentes públicos e privados envolvidos, o qual será acompanhado pelo IPHAN.

A partir do momento em que uma porção do território nacional é considerada paisagem cultural, deve-se desenvolver um Plano de Gestão, estabelecendo um pacto entre poder público, sociedade civil e a iniciativa privada, para a gestão compartilhada do bem. Isto evidentemente exige esforços dos envolvidos que, se descumprirem as determinações impostas - ou ainda se a paisagem se degradar ou perecer - poderão perder a chancela anteriormente atribuída.

A partir do momento em que uma paisagem é reconhecida como patrimônio cultural brasileiro, o poder público, a iniciativa privada e a própria sociedade civil têm de arcar com os devidos cuidados em relação ao bem tutelado. Por conta disso, o reconhecimento da terra

indígena como patrimônio cultural constitui um passo ainda maior no tocante à proteção desta minoria como um todo e, conseqüentemente, da manutenção das suas práticas culturais imateriais.

Mas parece haver um certo desinteresse em reconhecer as terras indígenas como patrimônio cultural brasileiro, e talvez isso se dê por conta das pressões geradas pelo agronegócio, por madeireiros, garimpeiros e mineradoras, que certamente figurariam como empecilhos, dificultando a Gestão Compartilhada exigida pela Portaria nº 127/2009, do IPHAN.

A ausência de debate sobre a inclusão das terras indígenas como Paisagem Cultural Brasileira de fato parece se tratar de uma opção política. Afinal, enfrentar alguns grupos pode ser uma tarefa difícil e de muito empenho que, por vezes, não irá interessar ao governo, à sociedade civil e tampouco à iniciativa privada.

Caso este debate seja mais fomentado, pode ser que alguns setores da sociedade se unam em prol do registro destas terras como Paisagem Cultural Brasileira, o que seria de rigor, por auxiliar na manutenção e preservação do território indígena, que é imprescindível para a resistência das culturas originárias do Brasil.

CONCLUSÃO

Segundo os dados apresentados, verificamos que apesar de os povos indígenas serem uma minoria no Brasil (0,83%), eles são integrantes da identidade cultural brasileira. Não basta, portanto, dar um simples cuidado a eles: é imprescindível envidar todos os esforços possíveis para a manutenção e o respeito destas culturas.

Uma das maneiras de fazer isso é através do reconhecimento de que a terra indígena integra o patrimônio cultural, por ser uma Paisagem Cultural Brasileira digna de reconhecimento, uma vez que possuem um significado próprio para os povos originários, diferindo em muito da concepção de território nutrida pela sociedade liberal.

Documentos internacionais, inclusive de Direitos Humanos, conferem à terra indígena posição central para a preservação do modelo de vida dos povos originários.

Para melhor percepção deste conceito de terra, à luz da ontologia, os indígenas entendem as terras como espaços em que vivem mundos interrelacionais, nos quais eles se imiscuem com tudo aquilo que os cerca, desde pessoas até seres inanimados, como rios, cachoeiras, pedras e montanhas - o que irá variar de acordo com a etnia.

Em reforço a tal entendimento, há precedentes da Corte IDH, os quais aferem que a terra é um elemento central imprescindível para a cultura indígena, tendo em vista o reconhecimento da cosmovisão dos povos originários em relação a ela.

Destarte, mostra-se notório que a terra indígena é um valor cultural, motivo por que procedimentos deveriam ser realizado pelo IPHAN no sentido de registrá-las, protegendo-as do capitalismo extrativista irrefreado.

Está a forma de assegurar-se direito fundamental de dimensão social, cujos contornos devem, de sabença, pautar-se pela máxima efetividade.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Sâmia Roges Jordy. **Os Direitos dos Povos Indígenas**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. **Os conceitos de lugar e território na composição do Patrimônio Cultural: Quilombos e terras indígenas na Constituição Federal brasileira**. Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 10, n. 25, p. 99 - 114, jul./set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: 2013.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay**, 2010.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá**, 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador**, 2012.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Povos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango e outros Vs Guatemala**, 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs Brasil**, 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Inter-American Human Rights System**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=en. Acesso em: 26/06/2023.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **O futuro da questão indígena**. Estudos avançados, v. 8, p. 121-136, 1994.

ESCOBAR, Arturo. **Territorios de diferencia: la ontología política de los "derechos al territorio"**. Cuadernos de antropología social, n. 41, 2015.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Decolonialismo Indígena**. 1ª ed. 2021. São Paulo: Matrioska.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Tabela 9719 - População residente em terras indígenas, total e indígenas, por quesito de declaração indígena, segundo as Terras Indígenas - Primeiros Resultados do Universo. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/9719#resultado>. Acesso em: 14/08/2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Caderno Temático: Populações Indígenas - IBGE**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/atlas_nacional/#/home. Acesso em 30/04/2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Principais resultados - Características Gerais dos Indígenas - Resultados do Universo Pessoas indígenas por situação do domicílio, 2010**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9677&t=destaques>. Acesso em 30/04/2023.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO E NACIONAL. **Reconhecimento de Bens Culturais**. Disponível em: <https://www.gov.br/iphan/pt-br/patrimonio-cultural/patrimonio-imaterial/reconhecimento-de-bens-culturais>. Acesso em: 26/06/2023.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO E NACIONAL. **Dossiê IPHAN 7 - Cachoeira de Iauaretê – Lugar sagrado dos povos indígenas dos Rios Uaupés e Papuri (AM)**. Brasília: IPHAN, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007**. Paris: ONU, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. . **Departamento de Informação Pública. La situación de los pueblos indígenas del mundo - datos relevantes**. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf>. Acesso: 22/06/2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 7 de junho de 1989**. Genebra: OIT, 1969.

PIOVESAN, Flavia; MAGNANI, Nathercia Cristina Manzano. **Diálogos entre o Brasil e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: análise jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal (de 1992 a 2007)**. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 26, n. 1, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros.

SOUZA, Motauro Ciocchetti de; EXNER, Camila. **O Conceito Jurídico de Terra: sua Compreensão como Algo Fundamental para a Dignidade dos Povos Indígenas**. Revista Brasileira de Direitos Humanos, v. 45, 2023.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1ª ed. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora. 2020.

WEISSHEIMER, Maria Regina (org.). **Livreto de Paisagem Cultural**. Brasília, DF: DEPAM | IPHAN, 2009.