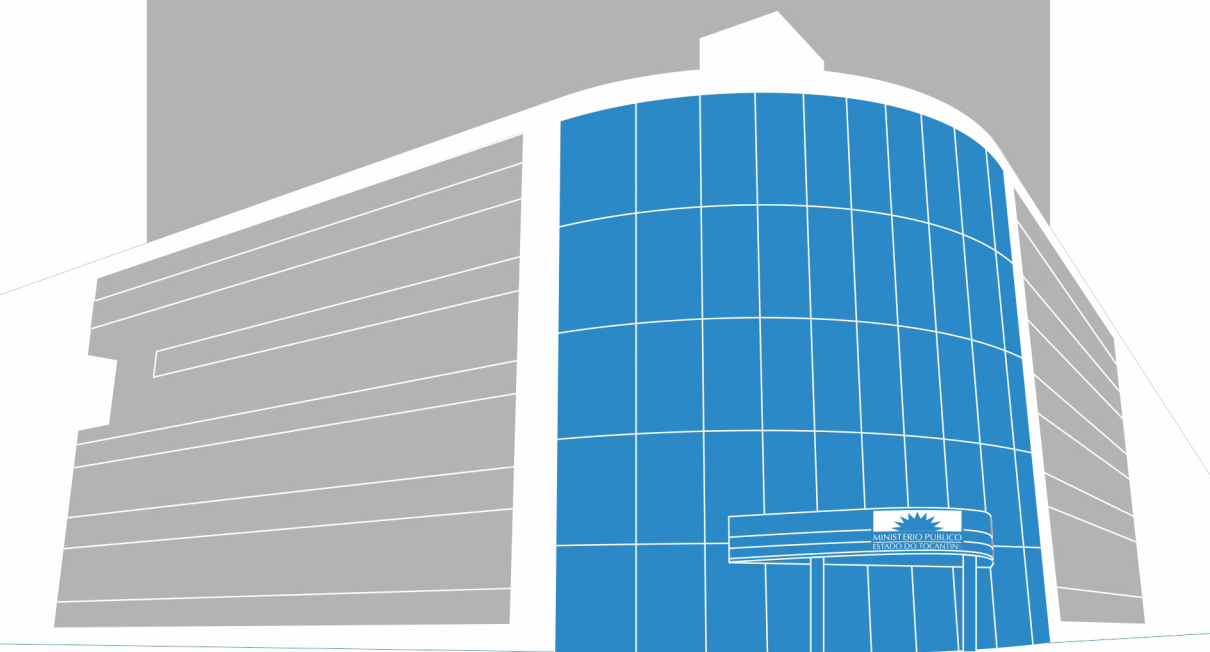


ANO XIII - Nº 18

# Revista Jurídica

## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS



Escola Superior do  
Ministério Público  
CESAF - ESMP





**Revista Jurídica**  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

# Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Escola Superior do Ministério Público CESAF - ESMP

Maria Cotinha Bezerra Pereira  
**Procuradora-Geral de Justiça**

Marco Antonio Alves Bezerra  
**Corregedor-Geral**

## **Ficha Técnica:**

### **Diretora-Geral Cesaf-ESMP**

Ana Paula Reigota Catini  
Procuradora de Justiça

### **Vice Diretora-Geral**

Cynthia Assis de Paula  
Promotora de Justiça

### **Editor-Chefe**

Ana Paula Reigota Catini  
Procuradora de Justiça

### **Conselho Editorial**

Ana Paula Reigota Ferreira Catini  
Cleivane Peres dos Reis  
Cynthia Assis de Paula  
Diego Nardo  
Geraldo da Silva Gomes  
José Maria da Silva Junior  
Marco Antonio Alves Bezerra  
Rodrigo Alves Barcellos  
Octahydes Ballan Junior

### **Revisão Linguístico-Textual**

Geraldo da Silva Gomes  
Luciana Duailibe  
Keila Fernandes Santos

### **Diagramação e Formatação**

Randolfo Corrêa  
Fernando Antonio Garibaldi Filho

*Ana Paula Reigota Catini*  
(Coord.)

# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

Ano XIII - nº 18

*Palmas, Tocantins*  
2020

2020, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano XIII nº 18 2020

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de  
Ana Paula Reigota Catini. Palmas: Cesaf, ano 13, nº 18, 2020  
198 p.

Periodicidade anual

ISSN: 1984-168 x

1. Violência Doméstica – penas e prazos 2. Recuperação de ativos –  
direitos humanos 3. Eleições – abuso de poder religioso 4. Aprendizagem  
– métodos alternativos 5. Constituição Federal – assembleia nacional  
constituente 6. Direito – Prova indiciária 7. Direito à Saúde – Judicialização e  
Desjudicialização 8. Processo Penal – Acordo de não persecução 9. Estados  
de exceção – normas penais.

I. Título

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.  
É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de  
total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça  
Qd 202 Norte, Av. LO 4, Conjunto 01,  
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte  
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins  
(63) 3216-7600  
[www.mpto.mp.br](http://www.mpto.mp.br) - [cesaf@mpto.mp.br](mailto:cesaf@mpto.mp.br)

# Editorial

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins traz boas novas em sua edição n.º 18.

A primeira delas refere-se à criação da Escola Superior do Ministério junto ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Doravante passou-se a utilizar a sigla CESAF-ESMP nos documentos e publicações do órgão.

A Lei Complementar Estadual n.º 127/2020 alterou a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Tocantins, em relação à Escola Superior do Ministério Público, ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e à sua estruturação.

Esse pleito iniciado pelas coordenações e equipe técnica do CESAF, com o apoio perseverante da Administração Superior do Ministério Público do Estado do Tocantins – MPTO, foi coroado após a tramitação legal com os esforços para elaboração de Regimento Interno da Escola de Governo, de Projeto Político Pedagógico (PPP) e Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI).

O CESAF-ESMP é um órgão que se faz cada vez mais presente no cotidiano do MPTO, com o objetivo de promover a formação, a qualificação e o aprimoramento acadêmico, científico e profissional dos seus membros, servidores e demais auxiliares, a defesa dos direitos e garantias fundamentais e a racionalização dos recursos materiais.

A segunda boa nova está associada ao papel estratégico que a Revista Jurídica do Ministério Público passa a ter para a escola nessa sua proposta de focalizar a produção e difusão do conhecimento científico e acadêmico.

A Revista Jurídica iniciou sua trajetória com a publicação de textos que traziam reflexões pontuais sobre experiências ou tópicos específicos comentados pelos integrantes da instituição.

Com o tempo, ela deu passos para reestruturação com ampliação de integrantes externos em seu conselho editorial e abriu-se para as temáticas científicas acadêmicas da área jurídica em interface com mais campos dos saberes, tendo como esteio a atuação do Ministério Público.

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins busca consolidar-se por meio de um formato eletrônico, nesses tempos de tecnologias digitais e reaprendizagem dos leitores no acesso e uso de publicações não mais impressas e físicas.

O escopo da Revista Jurídica está direcionado para a publicação de textos dos integrantes do Ministério Público, profissionais e pesquisadores convidados externos, visando o compartilhamento de aspectos teóricos e metodológicos das vivências profissionais, dos conhecimentos de cunho filosófico, sociológico, antropológico e demais áreas interfaceadas com o direito e o Ministério Público.

Nossa Revista Jurídica estimula, também, os membros e servidores da instituição, matriculados nos programas de pós-graduação, na publicação de seus textos produzidos com o intuito de obter status de produção acadêmica junto aos órgãos e plataformas de pesquisa no Brasil.

Nessa 18a. edição da Revista Jurídica primou-se em apresentar diferentes temáticas afetas à atuação do Ministério Público. Nas páginas da Revista, o leitor terá a oportunidade de estabelecer contato com distintas reflexões e posicionamentos adotados pelos autores.

Dessa maneira, a Revista é dividida em dois blocos de artigos, embora dispostos pela ordem de chamada no sumário de acordo com a classificação alfabética dos autores.

O primeiro bloco ateu-se à problemática da pandemia da Covid-19.

Os autores Benedicto de Oliveira Guedes Neto e Rogério Rodrigo Ferreira Mota discutiram, no artigo intitulado “Os riscos ao Estado Democrático de Direito causados pela pandemia – Covid-19”, a situação de emergência nacional e os atos normativos dos entes federados que violam regras de competência previstas na Constituição Federal.

Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira e Regis Orofino da Silva Zago de Oliveira abordaram em texto “A impunidade da violência doméstica em tempos de pandemia da Covid-19 em razão da prescrição”, propondo uma análise do fenômeno e alertando para os riscos de incidência de prescrição.

Por sua vez, Geraldo da Silva Gomes contribuiu com um ensaio a respeito da “Aprendizagem em dias de pandemia: das lições do *home*



*office* e alternativa para gestão e disseminação do conhecimento”. O texto traz, numa ótica interdisciplinar, reflexões sobre a utilização das tecnologias, de forma mais intensa, nas rotinas do denominado teletrabalho e do movimento que todos nós tornamos “sujeitos aprendentes” a partir da mediação tecnológica digital.

No campo da saúde, Bianca Santos Nascimento e Wellington Gomes Miranda questionam sobre as práticas de sua efetivação enquanto direito no artigo “Natjus: meio de fomento para desjudicialização das demandas de assistência à saúde no Estado do Tocantins”.

O outro bloco de artigos traz assuntos distintos, salientando aspectos filosóficos, políticos e jurídicos relevantes.

No prisma filosófico político, Célem Guimarães Guerra Júnior suscita a reflexão, de forma especial para esse período de eleições, sobre o “Abuso do poder religioso nas eleições em tempos de desrazão: do sofismo a um necessário repensar ético”.

Laryssa Santos Machado Filgueira Paes trabalhou de forma ensaística, contributiva ao debate acadêmico, o constitucionalismo brasileiro no texto “Ensaio sobre a Constituição da República de 1988 e de sua Assembleia Nacional Constituinte”.

No texto “A tutela penal na ordem tributária: desafios para eficaz defesa da coletividade”, Juan Rodrigo Carneiro Aguirre aborda a relevância do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos, como a defesa da ordem tributária, invocando a necessidade de atuação interinstitucional para combater práticas de sonegação de tributos e defender os direitos da coletividade.

Ainda na seara penal, Pedro Evandro de Vicente Rufato reforça a importância do Ministério Público no artigo “Os instrumentos processuais penais de consenso e o acordo de não persecução penal”.

Como convidado externo, Diego Palacios Moreno contribui para que o leitor da Revista Jurídica possa ampliar seus conhecimentos nas ordenações jurídicas existentes no espaço latino-americano com o texto “La prueba indiciaria em Código Integral Penal Ecuatoriano”.

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins está aberta para que os integrantes da Instituição e convidados externos possam participar com artigos e fortalecer uma cultura de base

científica, humanista e jurídica, divulgando o conhecimento construído a partir das reflexões e práticas cotidianas.

Espero que os trabalhos apresentados colaborem como ferramenta de pesquisa e aporte aos operadores de direito e à comunidade acadêmica tocantinense. Rendo homenagens e agradecimentos a todos os integrantes do CESAF-ESMP e aos ilustres colaboradores pelo valioso trabalho desenvolvido nesta primorosa edição.

Atenciosamente,

Ana Paula Reigota Ferreira Catini

*Procuradora de Justiça*

*Diretora-Geral do Cesaf-ESMP*

# Sumário

A impunidade da violência doméstica em tempos da pandemia da Covid-19 em razão da prescrição..... 10

*Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira*

*Regis Orofino da Silva Zago de Oliveira*

A tutela penal da ordem tributária: desafios para eficaz defesa da coletividade..... 31

*Juan Rodrigo Carneiro Aguirre*

Abuso do poder religioso nas eleições em tempos de desrazão: do sofismo a um necessário repensar ético..... 53

*Célem Guimarães Guerra Júnior*

Aprendizagem em dias de pandemia: das lições do *home office* e alternativas para a gestão e disseminação do conhecimento..... 73

*Geraldo da Silva Gomes*

Ensaio sobre a Constituição da República de 1988 e de sua Assembleia Nacional Constituinte..... 91

*Laryssa Santos Machado Filgueira Paes*

La prueba indiciaria en el código orgánico integral penal ecuatoriano 113

*Diego Palacios Moreno*

Natjus: meio de fomento para a desjudicialização das demandas de assistência à saúde no estado do tocantins..... 128

*Bianca Santos Nascimento*

*Wellington Gomes Miranda*

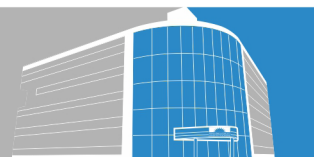
Os instrumentos processuais penais de consenso e o acordo de não persecução penal..... 154

*Pedro Evandro de Vicente Rufato*

Os riscos ao estado democrático de direito causados pela pandemia de covid19..... 177

*Benedicto de Oliveira Guedes Neto*

*Rogério Rodrigo Ferreira Mota*



## A impunidade da violência doméstica em tempos da pandemia da Covid-19 em razão da prescrição

*The impunity of domestic violence in pandemic times as a result of prescription*

*La impunidad de la violencia doméstica en tiempos de pandemia del covid-19 como resultado de la prescripción*

Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira<sup>1</sup>

Regis Orofino da Silva Zago de Oliveira<sup>2</sup>

### RESUMO

A pandemia do coronavírus culminou na suspensão dos prazos processuais penais e mesmo após os processos retomarem seu curso, tem inviabilizado a realização dos atos processuais, o que não interfere na contagem do prazo prescricional, inclusive nos casos de crimes praticados com violência doméstica que, em sua maioria, têm penas pequenas e, conseqüentemente, prazos prescricionais menores. Esse artigo tem por escopo analisar a violência doméstica enquanto bem juridicamente tutelado

1 Promotora de Justiça do MPTO. Mestra em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins (UNITINS), em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7029967916464750>. Orcid: 0000-0001-5958-6016.

2 Pós-graduado em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE). Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. E-mail: <[regiszago81@hotmail.com](mailto:regiszago81@hotmail.com)> Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2836368565339616>>. Orcid : <<https://orcid.org/0000-0003-0005-663X>>

pelo Direito Penal e a impunidade que poderá ocorrer nos crimes dessa natureza, em razão da superveniência da prescrição.

**Palavras-chave:** *Violência Doméstica. Pandemia Covid-19. Processo Penal. Prescrição. Impunidade.*

## ABSTRACT

The coronavirus pandemic culminated in the suspension of criminal procedural deadlines and even after the proceedings resumed their course, it has rendered unfeasible the performance of procedural acts, which does not interfere with the counting of the statute of limitations, including in cases of crimes committed with domestic violence that, in their most have small penalties and, consequently, shorter prescriptions. This article aims to analyze domestic violence as well legally protected by Criminal Law and the impunity that may occur in crimes of this nature, due to the supervenience of the prescription.

**Keywords:** *Domestic violence. Covid-19 pandemic. Criminal proceedings. Prescription. Impunity.*

## RESUMEN

La pandemia del coronavirus ocasionó la suspensión de los plazos procesales penales, incluso después que el procedimiento reanudó de su curso volvió inviable la realización de actos procesales. Esto se ha convertido en algo que no interfiere con el conteo del estatuto de limitaciones, incluso en casos de delitos de violencia doméstica que, en su mayoría, tiene penas leves y, en consecuencia, prescripciones más cortas. Este artículo tiene como objetivo analizar la violencia doméstica, así como legalmente protegida por el derecho penal y la impunidade que puede ocurrir en delitos de esta naturaleza, debido a la superveniencia de la prescripción.

**Palabras clave:** *Violencia doméstica. Pandemia Covid-19. Procedimientos criminales. Prescripción. Impunidade.*

## Introdução

Por força de mandamentos constitucionais e internacionais, decorrentes de tratados dos quais o Brasil é signatário, o País assumiu o compromisso de combater a violência doméstica contra a mulher, o que se concretizou com a entrada em vigor da Lei n.º 11.340, também conhecida com Lei Maria da

Penha, no ano de 2006.

Com o advento desse Diploma Legal, pretendeu-se, dentre outras coisas, evitar a impunidade por vezes verificada em crimes dessa natureza que, até então, eram, em sua maioria, processados nos Juizados Especiais Criminais, por serem considerados infrações de menor potencial ofensivo.

Em razão da disseminação mundial do novo coronavírus (SARS-Cov2), a Organização Mundial da Saúde (OMS) alertou estado de emergência e, posteriormente seu alastramento pandêmico. No Brasil, os primeiros casos de contaminação pelo vírus passaram a ser relatados a partir do mês de fevereiro do corrente ano.

Com o intuito de evitar o contágio dos e pelos atores do sistema de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou as Resoluções n.º 313, 314 e 318, normas de caráter administrativo, suspendendo os prazos dos feitos em andamento e restringido a prática dos atos processuais a casos urgentes sem, contudo, suspender os prazos prescricionais, até porque não poderia fazê-lo. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a retomada dos serviços presenciais no Poder Judiciário, por meio da Resolução n.º 322.

Decorrido o prazo de suspensão dos processos, não houve a padronização de feitos que devessem ser tratados de forma prioritária ao retomarem seu curso, limitando-se o Conselho Nacional de Justiça a assegurar a apreciação das matérias discriminadas no art. 4º, da Resolução n.º 313, de 19 de março de 2.020. Por sua vez, o art. 4º da Resolução n.º 322, de 1º de junho de 2.020 elenca os atos processuais cuja prática está autorizada na primeira etapa de retomada das atividades presenciais pelo Poder Judiciário. Não constam de ambos os róis as ações penais que envolvem violência doméstica e familiar.

O presente estudo buscou refletir alguns aspectos relevantes nos domínios do direito penal, com uma intencionalidade didática sobre a violência doméstica contra a mulher, enquanto bem juridicamente tutelado pelo Direito Penal brasileiro e suas características. O texto relaciona a pandemia da Covid-19 e os prazos processuais, bem como aspectos da retroatividade da norma de natureza penal e a prescrição como limites do poder punitivo estatal. Por fim, refletiu sobre as penas dos crimes que envolvem violência doméstica e os prazos prescricionais.

# 1. A violência doméstica e familiar, bem tutelado pelo Direito Penal e características

O Direito constitui um sistema de normas destinadas a regulamentar a conduta humana que pode consistir em uma ação ou omissão de um indivíduo frente a outro indivíduo. Tem como característica o fato de se impor de forma coativa, pois prevê a aplicação de sanção para a conduta humana considerada indesejável.

Ou seja, a coação prevista pelo ordenamento jurídico como reação contra conduta indesejável dos indivíduos tem o caráter de sanção que, por sua vez, busca coibir a prática de atitudes reprováveis.

Ao diferenciar a moral do direito e suas diferentes espécies de sanção, conferindo pureza a este, sem a interferência dos demais campos do conhecimento, Kelsen (2006) preleciona que:

Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção (KELSEN, 2006, p. 37).

Ao longo da história, a aplicação de penas foi a forma encontrada para assegurar o respeito às regras que permeavam o convívio entre os homens, assegurando sua subsistência.

A pena evoluiu da vingança privada, aplicada pelo mal decorrente da conduta indesejada, passando pela Lei de Talião até se atingir o momento em que o Estado avocou para si a função de dirimir os conflitos e impor as sanções.

Entre os séculos XVII e XVIII, conforme observou Greco (2011), o período iluminista, em efetivação, possibilitava que os aspectos filosóficos do princípio da dignidade da pessoa humana fossem solidificados como norma a ser observada por todos. A partir de então, passou a balizar a atuação do Estado, inclusive no que concerne à aplicação de sanções e imposição de penas àqueles cujas condutas sejam consideradas desviantes.

O princípio da dignidade da pessoa humana é presença balizadora no Direito Penal moderno. Ao situá-lo nos aspectos normativos nacionais, ele é,

segundo a Constituição Federal, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III)<sup>3</sup> e, conseqüentemente, uma das bases do Estado Democrático de Direito.

Segundo o princípio da intervenção mínima, o direito penal deverá interferir apenas no limite necessário para garantir a pacífica convivência entre os cidadãos, elegendo condutas que não possam ser desencorajadas por outros ramos do direito. Ou seja, sempre que determinado bem ou interesse puder ser tutelado de forma satisfatória por outro ramo do Direito, o legislador deve abster-se de criminalizá-la.

Todo o raciocínio correspondente ao princípio da intervenção mínima girará em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como da natureza subsidiária do Direito Penal. O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer, o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal (GRECO, 2010, p. 26).

Ao situar a violência nessa argumentação, tem-se que ela foi eleita pelo Brasil como valor a ser tutelado pelo direito penal, por se tratar, em última instância, de violação aos direitos humanos. Conforme Dias (2007) destacou,

A relação de desigualdade entre o homem e a mulher, realidade milenar que sempre colocou a mulher em situação de inferioridade, lhe impondo a obediência e a submissão, é terreno fértil à afronta ao direito à liberdade. A liberdade é conhecida como a primeira geração dos direitos humanos, direito que é violado quando o homem submete a mulher ao seu domínio. Também não há como deixar de reconhecer nesta postura afronta aos direitos humanos de segunda geração, que consagra o direito à igualdade. De outro lado, quando se fala nas questões de gênero, ainda marcadas pela verticalização, é frequente a afronta à terceira geração dos direitos humanos, que tem por tônica a solidariedade (DIAS, 2007, p. 32).

O art. 226 da Constituição Federal trata a família como base da sociedade, ao passo que seu art. 8º prevê que cabe ao Estado instituir mecanismos para

3 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.



reprimir os casos de violência doméstica e familiar<sup>4</sup>.

Na qualidade de signatário da “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres” (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – CEDAW), fruto da I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1975, no México, bem como da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, denominada também de Convenção de Belém do Pará, ambas aprovadas pelo Congresso Nacional e promulgadas pelo Presidente da República, o Brasil ratificou o compromisso assumido na Constituição Federal de combater a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por serem tratados internacionais que versam sobre direitos humanos fundamentais, preenchidos os requisitos para sua aprovação pelo Poder Legislativo e promulgados pelo Chefe do Poder Executivo, ingressam no ordenamento jurídico nacional com status de Emenda Constitucional, conforme §3º, do art. 5º<sup>5</sup>, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

Dessa maneira os tratados internacionais referentes a direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, uma vez aprovados, conforme processo legislativo previsto para as Emendas Constitucionais, serão tratados como norma suprallegal. Sobre o assunto, assim se expressa Moraes (2013).

As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem norma sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do art. 5º, pelo qual a EC n.º 45/04

---

4 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

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

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)

estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (MORAES, 2013, p. 710-711).

Antes de vigorar a Lei nº 11.340, em razão de suas penas, a maior parte dos crimes praticados e tipificados como violência doméstica eram considerados infrações de menor potencial ofensivo e processados nos Juizados Especiais Criminais. Nesse panorama, aplicavam-se aos agressores, em sede de transação penal, penas alternativas, bastante brandas, insuficientes para que a norma exercesse seu caráter repressivo e que, ao mesmo tempo, desencorajavam as vítimas a buscar a responsabilização criminal do ofensor. Sobre o assunto, Campos (2013):

A análise da Lei 9.099/95 na perspectiva de gênero aponta para a sua construção sob o senso comum masculino, uma vez que foi criada para punir a conduta criminosa masculina ou, como diriam nossos penalistas tradicionais, a conduta de “Tício contra Caio”, uma criminalidade de natureza eventual e não habitual. No entanto, os dados atuais dos juizados demonstram que esses julgam não a criminalidade de Tício contra Caio, mas de Tício contra Maria, de Caio contra Joana, de José contra Marlene, etc. (Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico) (CAMPOS, 2006, ONLINE).

Verificou-se que a proteção conferida às mulheres vítimas de violência doméstica se mostrava deficiente. O Brasil não cumpria o compromisso assumido perante a comunidade internacional. Sobre o assunto, Streck (2014):

Em outras palavras: não se pode ignorar a razão pela qual a Lei Maria da Penha foi criada, de modo que qualquer violência contra a mulher não pode mais ser considerada de “menor potencial ofensivo”, visto que esta interpretação seria discordante com as próprias motivações que tornaram necessário o advento de um diploma legal que tratasse especificamente do assunto, bem como dos princípios e das diretrizes expressamente elencados em suas disposições preliminares e gerais (Títulos I e II) (STRECK, 2014, ONLINE).

Com o intuito de conferir efetividade aos tratados internacionais firmados, foi criada Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), que entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, com o intuito de contribuir efetivamente para a erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei nº 11.340/06 não previa, inicialmente, tipos penais, embora venha promovendo alterações significativas de natureza penal e processual penal,

voltadas a resguardar os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica, no ordenamento jurídico brasileiro. Em concomitância, passou a reprimir de forma mais efetiva os crimes dessa natureza, conferindo maior efetividade à punição dos agressores. O legislador considerou, para tanto, as peculiaridades da violência doméstica praticada contra a mulher.

Existem características inerentes à violência doméstica, conforme apontou Bianchini (2018, p. 146-163), tais como: por se tratar de um ato que ocorre na esfera privada – doméstica – a ocorrência tende a ser invisibilizada, porque naquele espaço interno se faz ausente a presença de testemunhas; em geral o vínculo afetivo é algo extremamente marcante na relação vítima x agressor, também se salienta na sociedade de tradição patriarcal e fortemente impregnada da cultura machista, as mulheres se sentem temerosas por realizar toda e qualquer denúncia, em razão do risco de vingança por parte do agressor, “medo de vingança do agressor, a vergonha da agressão, a crença de que será a última vez, a preocupação com a criação dos filhos, a dependência financeira, a crença na impunidade e a escolha por outra opção diversa da denúncia”.

Dentre o salientado pela autora, destaca-se, além do desencorajamento gerado nas vítimas para promover novas denúncias, a impunidade desse tipo de infração, que contribui para a consolidação do ciclo de violência. Outra característica pode ser percebida nesse tipo de infração, acentuada pelo crescimento dos conflitos entre agressor e vítima, conduzindo a uma situação de estresse excessivo e enfurecimento máximo do agressor que, posteriormente, tentará harmonizar novamente o relacionamento, mediante juras e amabilidade para com a vítima, o que configura o ciclo de violência (BIANCHINI, 2018).

Em razão da demora no trâmite processual, causada, nesse momento, pela pandemia da Covid-19, o risco de se proliferar uma narrativa de impunidade sobre os crimes de violência doméstica pode se ampliar nos numerosos grupos de pessoas alimentados com notícias falsas nas redes sociais digitais. A impunidade experimentada pelas mulheres vítimas de violência agravar-se-á, pois será verificada na prática e, conseqüentemente, as vítimas serão novamente desencorajadas a denunciar seus agressores, buscando sua responsabilização criminal.

## 2. Prazos processuais e a pandemia da Covid-19

Diante da disseminação mundial da Covid-19, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria n° 188, declarou emergência em saúde pública de importância nacional e, no dia 06 do mesmo mês e ano, entrou em vigor a Lei n.º 13.979, que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n° 313, de 19 de março de 2020, que instituiu o regime de plantão extraordinário dos serviços judiciários, como uma das formas de evitar também a disseminação e contágio do novo coronavírus. O ato estabelece, em seu art. 2º, a suspensão do trabalho presencial, mantendo-se somente serviços essenciais, ao passo que em seu art. 5º, suspendeu os prazos processuais até o dia 30 de abril de 2020.

Posteriormente, em 15 de maio de 2020, sobreveio a Resolução n° 314, que prorrogou a suspensão dos prazos processuais referentes a processos físicos até 15 de maio e dispôs que os demais prazos voltariam a correr no dia 04 do mesmo mês, assegurando, ainda, a apreciação de processos físicos referentes a medidas protetivas de urgência.

Em 07 de maio de 2020, foi editada a Resolução n° 318, que prorrogou o prazo das duas anteriores até o dia 31 de maio de 2020, além de prever a suspensão dos prazos processuais, tanto de feitos físicos como eletrônicos, pelo tempo que perdurar o *lockdown* (confinamento ou fechamento total), medida restritiva à livre circulação de pessoas, no âmbito da Unidade Federativa que a adotar.

No dia 1º de junho de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n° 322, de 1º de junho de 2020, que estabelece as diretrizes para a retomada dos serviços presenciais, no âmbito do Poder Judiciário, mediante a observância de medidas necessárias para prevenir o contágio pelo coronavírus.

No estado do Tocantins, o Tribunal de Justiça seguiu o Conselho Nacional de Justiça, com a edição de Portarias Conjuntas disciplinando a forma de trabalho, bem como tratando do curso dos prazos processuais, durante o período da crise sanitária decorrente do coronavírus.

A Portaria Conjunta n° 002/2020, de 23 de março de 2020, previu em seu art. 4º a suspensão dos prazos processuais até o dia 30 de abril de 2020. Posteriormente, por meio da Portaria n° 10, de 24 de abril de 2020, estabeleceu-se que os prazos

processuais voltariam a correr em 04 de maio de 2020. Nas Comarcas em que houve *lockdown*, os prazos processuais foram novamente suspensos, no período de 18 a 23 de maio de 2020, conforme art. 1º da Portaria Conjunta nº 16, de 18 de maio de 2020.

O regime de teletrabalho tem sofrido sucessivas prorrogações, a última delas, por meio da Portaria Conjunta nº 20, de 09 de junho de 2020, que o estendeu até dia 30 de junho do mesmo ano.

A Portaria nº 09, de 07 de abril de 2020, autorizou a realização de audiências por videoconferência e instituiu-se a realização de intimação das partes por meio telefônico, do aplicativo WhatsApp ou outro similar e e-mail.

Constata-se que os atos administrativos do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Tocantins previram a suspensão de prazos processuais durante determinado período temporal, todavia não disciplinaram a suspensão do prazo prescricional penal. Por se tratar de norma de natureza penal que versa sobre o direito de punir do Estado, não poderia ser objeto de ato administrativo, podendo ser tratada apenas por Lei.

De acordo com a determinação administrativa, os processos deveriam retomar seu andamento no dia 04 de maio de 2020 e, no Estado do Tocantins, autorizou-se a realização de audiência por videoconferência e a intimação das partes por meio telefônico ou eletrônico.

A citação e a intimação eletrônicas estão disciplinadas no Código de Processo Civil (art. 246, inciso V, e art. 270)<sup>6</sup>. Mas não há previsão semelhante no Sistema Processual Penal.

No Código Penal brasileiro a citação do acusado será feita pessoalmente, por mandado ou por carta precatória, podendo ser feita ainda por edital e por hora certa. Nas duas últimas hipóteses, presume-se que aquele tenha tomado ciência do processo e da acusação que pesa contra si.

No caso da citação por edital, caso o réu não compareça e não constitua advogado, transcorrendo *in albis* o prazo de quinze dias para seu comparecimento,

---

6 Art. 246. A citação será feita:

[...]

V – por meio eletrônico, conforme regulado em Lei.

Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da Lei.

o processo e o prazo prescricional serão suspensos. A citação por hora certa ocorrerá somente nos casos em que se verificar que o acusado se oculta para evitar a prática do ato.

A intimação do acusado observará, em regra, o mesmo regramento da citação, ou seja, deverá ser feita pessoalmente, não sendo cabível sua intimação por publicação em órgão da imprensa ou por via postal.

A ausência de citação e de intimação do acusado é causa de nulidade absoluta, conforme preceitua o art. 564, inciso III, alínea e, e inciso IV do Código de Processo Penal<sup>7</sup>, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

Dessa forma, a previsão de intimação do acusado mediante e-mail, contato telefônico, WhatsApp ou outro aplicativo semelhante, prevista na Portaria do Tribunal de Justiça do Tocantins, não seria passível de aplicação no Processo Penal, por ausência de previsão legal.

Caso a intimação seja feita por algum desses meios e o acusado deixe de comparecer ao ato, sua realização será passível de nulidade que poderá, inclusive, ser arguida por aquele sujeito processual, por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Some-se a essa problemática o fato de não haver normativa disciplinando quais seriam os processos que deveriam ser tratados de forma prioritária, tendo sido asseguradas apenas a apreciação das matérias discriminadas no art. 4º da Resolução nº 313 do Conselho Nacional de Justiça, que não prevê os casos de violência doméstica e familiar, tampouco feitos de réus soltos, cujos delitos tenham prazo prescricional reduzido.

Ao disciplinar a primeira etapa do retorno das atividades presenciais no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça autorizou a prática de atos processuais previstos no art. 4º da Resolução nº 322, de 1º de junho de 2020. Aludido rol contempla as audiências de réus presos e outras medidas de

<sup>7</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa.

IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

caráter urgente, mas não traz nenhum tratamento diferenciado para os processos de violência doméstica.

Em que pese os prazos processuais não estejam suspensos e os Tribunais estejam autorizados a disciplinar o retorno do trabalho presencial a partir de 15 de junho de 2020, na prática o que se verifica é que apenas os processos de réus presos e casos urgentes retomaram seu trâmite e dentre eles não se encontram os feitos que envolvem violência doméstica, de modo que, em relação a estes, o andamento processual permanece, em regra, paralisado, ao passo que o prazo prescricional mantém seu curso.

Pondere-se que, não existindo notícia de reiteração nesse tipo de infração, o agressor, comumente, responderá ao processo em liberdade e, portanto, não haverá a prioridade de tramitação que é conferida aos procedimentos de réus presos.

### 3. Norma de natureza penal e poder punitivo estatal: irretroatividade e prescrição

O direito penal tem como uma de suas funções controlar o meio social por meio da tutela dos bens jurídicos considerados indispensáveis para a convivência humana. Essa missão é cumprida por meio da criação de tipos penais e cominação de sanções para as práticas de condutas que venham a caracterizá-los, conforme Greco:

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, [...]. A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.

Com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito (GRECO, 2010, p. 2).

Sua missão é proteger os cidadãos por meio da limitação do poder punitivo do Estado, garantindo-lhes segurança contra eventuais abusos e evitando o *exagero* na criação dos tipos penais, bem como nas penas a eles cominadas para não violar o princípio da intervenção mínima.

A fixação de prazos para que o Estado exerça seu poder/dever de punir os indivíduos que venham a praticar crimes é uma das garantias contra o abuso do

poder punitivo estatal.

Com a ocorrência do fato delituoso, nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir e, levando em consideração a *gravidade da conduta e da sanção correspondente*, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.

Escoado o prazo que a própria Lei estabelece, observadas suas *causas modificadoras*, prescreve o direito estatal à punição do infrator. Assim, pode-se definir prescrição como “a perda de dureuti de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”. A prescrição constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, 1ª figura, do CP) (BITENCOURT, 2012, p. 871).

Em regra, os crimes são prescritíveis, tendo sido as exceções estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário como sendo o racismo, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Por se tratar de norma de natureza penal, deve ser interpretada restritivamente. Considerando que os crimes praticados com violência doméstica não figuram dentre as exceções, conclui-se que estão sujeitos à prescrição.

Em decorrência da pandemia da Covid-19, em 10 de junho de 2020 entrou em vigor a Lei nº 14.010, que dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia da Covid-19. Aludido Diploma legal prevê que, nas relações jurídicas de Direito Privado, os prazos prescricionais terão seu curso impedido ou suspenso, conforme o caso, desde sua entrada em vigor, até o dia 30 de outubro de 2020.

Sobre o assunto, tramita também o Projeto de Lei nº 2095/20, que altera o art. 202 do Código Civil, para incluir dentre as causas interruptivas da prescrição o caso fortuito e a força maior. Segundo Tartuce (2013, p. 401), “caso fortuito consiste no evento totalmente imprevisível, ao passo que na força maior tem-se o evento previsível, mas inevitável”.

Diante desse conceito, tem-se que o surgimento do novo coronavírus, causador da Covid-19 e suas consequências, caracteriza caso fortuito e, se aprovados os projetos de Lei acima referidos, constituirá causa de interrupção do



prazo prescricional.

Todavia, tanto a nova legislação como o projeto em tramitação, caso aprovado, não intervirão na prescrição de natureza penal, por interferirem diretamente no poder punitivo estatal.

Em relação à prescrição criminal, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº 1.535/20 que tem por escopo acrescentar o inciso V ao art. 116 do Código Penal, para impedir o transcurso do prazo prescricional enquanto perdurar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional.

Por meio do Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro do corrente ano, em decorrência da Covid-19 e seus efeitos.

Em caso de aprovação, este projeto de Lei suspenderá a prescrição desde a sua entrada em vigor até a data em que perdurar o estado de calamidade pública que, a princípio, seria no último dia do ano.

Também em razão de sua natureza, as normas que estabelecem prazos prescricionais, causas de suspensão e interrupção não podem ser aplicadas de forma retroativa, em prejuízo do infrator, sob pena de violação à garantia individual prevista no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Sobre o assunto, preleciona Damásio de Jesus (2020):

Se a Lei posterior, sem criar novas incriminações ou abolir outras precedentes, agrava a situação do sujeito, não retroage. Há duas Leis em conflito: a anterior, mais benigna, e a posterior, mais severa. Em relação a esta, aplica-se o princípio da irretroatividade da Lei mais severa; quanto àquela, o da ultra-atividade da Lei mais benéfica (JESUS, 2020, p. 167).

Dentre as hipóteses em que a nova Lei pode ser prejudicial ao acusado, o autor menciona os casos em que são mantidas as causas de extinção da punibilidade, todavia entravam sua ocorrência. (JESUS, 2020, p. 140).

Existe um impasse de difícil solução, uma vez que o advento de eventual legislação que verse sobre a suspensão de prazos prescricionais, em razão da pandemia do coronavírus, não se aplicará aos processos em andamento, de forma retroativa, por se tratar de *novatio legis in pejus*. Consequentemente, não interferirá na impunidade decorrente dessa causa extintiva da punibilidade, nas ações penais que estão em curso.

## 4. As penas dos crimes que envolvem violência doméstica e os prazos prescricionais

Desde o ano de 2019, de acordo com dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, com referência ao serviço de denúncia via Disque 180, o número de crimes de ameaça praticados com violência doméstica superam na atualidade a soma dos casos de feminicídio e tentativas de feminicídio.<sup>8</sup>

A maneira como os dados estão dispostos não permite saber ao certo o número dos demais crimes praticados com violência doméstica. Embora a tabela destaque os números referentes à violência física, moral, obstétrica, policial, patrimonial, psicológica, sexual e virtual, generaliza os crimes praticados com violência doméstica e familiar, tornando inviável o levantamento estatístico referente aos diferentes tipos de infração.

Todavia, a prática tem demonstrado que, além dos crimes de ameaça, cujos números estão discriminados no levantamento acima referido, os crimes de lesão corporal de natureza leve e os delitos contra a honra representam a maior parte das infrações que envolvem violência doméstica e familiar.<sup>9</sup>

Da análise da norma secundária dos crimes de lesão corporal de natureza leve, ameaça, calúnia, injúria e difamação, é possível verificar que o legislador previu, para aludidas infrações, penas que variam de 1 mês a 2 anos de detenção.

Considerando o disposto no art. 109, incisos V e VI do Código Penal,

---

8 Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/agosto/balanco-anual-ligue-180-recebe-mais-de-92-mil-denuncias-de-violacoes-contra-mulheres>> Acesso em: 21 mai. 2020).

9 Com o advento da Lei 9.099/95, que, ao regulamentar o artigo 98, inciso I, da Constituição, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o debate da violência doméstica acabou centralizado no rito processual. Em face da previsão como crimes de menor potencial ofensivo aqueles cujas condutas tipificadas tenham pena máxima não superior a dois anos – interpretação ampliada após o advento da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais) –, notou-se que, excetuando os delitos de homicídio, lesão corporal grave e abuso sexual, todas as demais condutas que caracterizam o cotidiano de lesões contra a mulher (p. ex. lesões corporais leves, ameaças, crimes contra a honra), e que constituem o grande número dos casos de violência doméstica, foram abarcadas pelo novo procedimento. (Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2>> Acesso em: 09 junh. 2020.)

tem-se que o prazo prescricional desses delitos será de, no máximo, 4 anos.

Cabe lembrar que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prescrição levará em conta a pena aplicada ao caso concreto e não mais a pena abstrata. Nas hipóteses em que o agressor é primário e não ostenta antecedentes, tem-se verificado que a pena imposta se aproxima do mínimo legal, o que importará na redução do prazo prescricional para três anos.

Caso se verifique o transcurso desse prazo entre as causas interruptivas do prazo prescricional, previstas de forma taxativa no art. 117 do Código Penal, o Estado perderá o direito de exigir o cumprimento da pena imposta ao agressor e sua punibilidade estará extinta.

Levando-se em conta as penas previstas para a maioria dos crimes praticados com violência doméstica, o que influi diretamente no reduzido prazo prescricional dessas infrações, inevitavelmente verificar-se-á a impunidade dos agressores, decorrente da extinção da punibilidade, com todas as implicações que isso significa.

Diante da ausência de regramento acerca do assunto, considerando que, na maior parte dos processos que envolvem violência doméstica os agressores estão em liberdade, na prática, os atos processuais não serão realizados durante o período da crise sanitária decorrente da pandemia do coronavírus.

Dessa forma, a suspensão dos prazos processuais, determinada pelo Conselho Nacional de Justiça em casos específicos, e a não realização dos atos processuais, mesmo após a determinação de que os feitos retomem seu curso regular, em razão da inexistência de norma que confira prioridade de tramitação aos processos de violência doméstica, favorecerão o reconhecimento da prescrição cujos prazos continuam a fluir.

Como consequência, ter-se-á o aumento da impunidade dos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher. Conforme Bianchini (2018), um dos motivos que leva as vítimas a deixar de comunicar a situação de violência às instituições que teriam a missão de coibi-la consiste no fato de não acreditarem na existência de punição.

Em última análise, a prescrição verificada em processos que versam sobre violência doméstica fortalecerá a ideia de que os agressores estarão

impunes e desestimulará ainda mais as vítimas a formalizarem novas denúncias, reforçando sua fragilidade e submissão aos ciclos de violência.

## Conclusões

Em razão da pandemia do coronavírus, será inevitável a impunidade dos crimes praticados com violência doméstica, contra vítima mulher, desestimulando ainda mais as vítimas a levarem os casos ao conhecimento do Sistema de Justiça e, simultaneamente, estimulando o agressor a manter o ciclo de violência.

Da análise das normativas do Conselho Nacional de Justiça, editadas em razão do risco de contaminação pela Covid-19, verifica-se não ter o órgão se atentado para as peculiaridades da violência doméstica, o que deixa a critério de cada Magistrado estipular os feitos que terão andamento durante o período de plantão extraordinário.

Nos casos em que o agressor não é reincidente, em regra, responderá ao processo em liberdade, a ação penal não estará contemplada no rol do art. 4º da Resolução nº 313 do Conselho Nacional de Justiça, o que significa dizer que os feitos não terão a prioridade assegurada aos casos de réus presos.

Não se pode olvidar que os prazos prescricionais não se suspenderão e eventual legislação que venha a disciplinar a matéria não será aplicável aos casos em andamento.

Do exame das penas aplicáveis à maior parte dos crimes praticados com violência doméstica, tem-se que os prazos prescricionais se tornam bastante abreviados e são aplicáveis também de forma retroativa, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, considerando a pena aplicada ao caso concreto.

Numa última análise, tem-se que a impunidade desse tipo de infração pode ser considerada violação aos tratados internacionais sobre a matéria, dos quais o Brasil é signatário, e uma alternativa para solucionar o problema seria o Conselho Nacional de Justiça disciplinar que os processos que envolvam violência doméstica deveriam ter prioridade de tramitação.

## Referências

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n.º 11.340/2006**: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 18 ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848**, de 07 de dezembro de 1.940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n° 3.689**, de 03 de outubro de 1.941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.099**, de 26 de setembro de 1.995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 13.105**. Código de Processo Civil. Brasília, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.979**, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-)

2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 14.010**, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 313**, de 19 de março de 2020, estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com objetivo de prevenir o contágio pelo novo coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à Justiça neste período emergencial. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 314** prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução n.º 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Brasília, 20 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-314.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 318** prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções n.º 313, de 19 de março de 2.020, e n.º 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3308>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Dados referentes ao Ligue 180**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/agosto/balanco-anual-ligue-180-recebe-mais-de-92-mil-denuncias-de-violacoes-contramulheres>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

CAMPOS, Hein de. **Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico**. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2003000100009&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2003000100009&script=sci_arttext)> Acesso em: 25 mai. 2020).

CAMPOS, Hein de; CARVALHO, Salo de. **Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais**: análise a partir do feminismo e do garantismo. Disponível

em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2>> Acesso em: 09 junh. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)**, comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed., rev., ampl. e atual com a “Reforma Processual Penal e Videoconferência”. Niterói: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRUBER, Arthur. **Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença**. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Vol. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

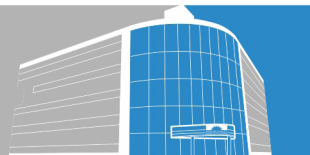
STRECK, Lenio Luiz. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: Desigualando a Desigualdade Histórica**. Disponível em: <[https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1\\_5\\_desigualando-a-desigualdade.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_5_desigualando-a-desigualdade.pdf)> Acesso em: 09 junh. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 3 ed. rev., atual

e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VASCONCELOS, Rodrigo Ribeiro de. **Direito penal das minorias e dos grupos vulneráveis**. (Coord. Rodrigo Ribeiro Vasconcelos). Salvador: JusPodivm, 2019.





## A tutela penal da ordem tributária: desafios para eficaz defesa da coletividade

The criminal protection of the tax order:  
challenges for effective collectivity defense

La protección penal de la orden fiscal: desafíos  
para la defensa efectiva de la colectividad

Juan Rodrigo Carneiro Aguirre <sup>1</sup>

### RESUMO

O artigo aborda a necessária relação entre a arrecadação de receitas pelo Estado e o cumprimento de suas obrigações constitucionais e nesse sentido, a função do Direito Penal, notadamente, como forma de desestímulo a práticas de sonegação fiscal. O Estado Brasileiro assumiu o compromisso de promover o bem-estar social elencando a prestação de diversos serviços e atividades com o fim primordial de cumprimento do disposto nos artigos 1º, 2º e 3º da Carta Constitucional. Sem receitas suficientes, os preceitos não passam de meras declarações, inadmissíveis em razão da força normativa da constituição. Nessa perspectiva, o Direito Penal assume especial relevância na proteção de bens jurídicos, como a defesa da ordem tributária. Todavia, percebe-se a existência de políticas criminais que enfraquecem a tutela da coletividade. Assim, há necessidade de atuação interinstitucional no sentido de melhor combater práticas que culminam em sonegação de tributos. O

<sup>1</sup> Mestrando no programa de Pós-Graduação *stricto sensu* Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT/ESMAT. Pós-Graduado em programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Promotor de Justiça no Estado do Tocantins (2004). E-mail: [juanaguirre@mpto.com.br](mailto:juanaguirre@mpto.com.br); <http://lattes.cnpq.br/4569107202491448>; <https://orcid.org/0000-0001-5517-5447>.

método descritivo e comparativo de atos normativos, doutrina e decisões judiciais sobre o tema mostra-se adequado para a análise do estudo proposto. O resultado do trabalho demonstra a necessidade da efetiva tutela penal tributária e sua relação com a defesa da coletividade e incremento de direitos humanos.

**Palavras-chave:** *Direitos Humanos. Recuperação de ativos. Políticas públicas.*

## ABSTRACT

The article deals the relationship between the collection of revenue by the State and the Constitutional obligations and the function of Criminal Law, notably as a way of discouraging tax evasion practices. The Brazilian State is committed to promote the Welfare State, listing the provision of various services and activities with primary purpose of complying with provision of articles 1, 2 and 3 from the Constitutional Chart. Without sufficient financial incomes, the precepts are nothing more than declarations, inadmissible due to the normative force of the constitution. In this perspective, Criminal Law assumes special relevance in the protection of legal assets, such as the defense of the tax order. However, there are several criminal policies that weaken the protection of the community. Thus, it's necessary an interagency action in order to better combat practices that culminate in tax evasion. The paper analysed normative acts, doctrine and judicial decisions with contributions from descriptive and comparative method. The result demonstrates the necessity for effective tax penal protection and its relationship with the defense of the community and the increase of human rights.

**Keywords:** *Human rights. Asset recovery. Public policy.*

## RESUMEN

El artículo aborda la necesaria relación entre la recaudación de ingresos por parte del Estado y el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y la función del Derecho Penal, en particular, como forma de desalentar las prácticas de evasión fiscal. El Estado brasileño se compromete a promover el bienestar social, enumerando la prestación de diversos servicios y actividades con el objetivo primordial de cumplir con las disposiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Carta Constitucional. Sin ingresos suficientes, los preceptos no son más que meras declaraciones, inadmisibles por la fuerza normativa de la constitución. En esta perspectiva, el Derecho Penal adquiere especial relevancia en la protección de los bienes jurídicos, como la defensa del orden tributario. Sin embargo, existen

políticas criminales que debilitan la protección de la comunidad. Por tanto, es necesaria una acción interinstitucional para combatir mejor las prácticas que culminan en la evasión fiscal. El método descriptivo y comparativo de actos normativos, doctrina y decisiones judiciales sobre el tema es adecuado para el análisis del estudio propuesto. El resultado del trabajo demuestra la necesidad de una efectiva protección penal tributaria y su relación con la defensa de la comunidad y el incremento de los derechos humanos.

**Palabras clave:** *Derechos Humanos. Recuperación de activos. Política pública*

## Introdução

No mundo globalizado, as diversas relações sociais, culturais e econômicas entre povos colonizadores e colonizados permitem a percepção da existência de grande fosso separatista entre aqueles que possuem e outros que nada tem. A exclusão e inacessibilidade a direitos básicos para o desenvolvimento digno do homem torna necessária a ampliação do estudo dos direitos humanos envolvendo o diálogo e aprendizagem interdisciplinar, buscando em várias áreas do conhecimento a resposta para sua verdadeira efetivação.

Com efeito, a ampliação dos estudos dos direitos humanos e suas influências recíprocas na ciência do Direito permitem maior acesso ao seu conteúdo promovendo a democracia e a cidadania indispensáveis para a construção do Estado Social Democrático.

Os direitos humanos elencados na Constituição brasileira assumem especial relevância não podendo ser vistos apenas como uma carta de intenções, mas direitos com força normativa suficiente para alterar a realidade social. O Estado deve se comprometer com o núcleo essencial da Constituição descritos em seus três primeiros artigos, deixando de lado interesses políticos e econômicos internacionais do mundo globalizado para efetivamente buscar a melhoria das condições de vida de seus cidadãos, a começar por promover a ampla divulgação dos direitos humanos em várias áreas do conhecimento.

A positivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna, em especial os direitos de prestação, não foi suficiente para a diminuição das desigualdades sociais, permanecendo muitos comandos apenas como meras

abstrações.

A nova hermenêutica constitucional, com raízes em vários precedentes da Suprema Corte e farta doutrina nacional e estrangeira sobre o tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais, demanda do Estado Brasileiro o compromisso de implementação dos direitos humanos, abarcando todas as suas dimensões – direitos de liberdade, igualdade e fraternidade – o que envolve um sério esforço em utilizar toda a sua capacidade política e financeira para garantir aos administrados o gozo desses direitos. Não se trata de mera faculdade do Estado, mas obrigação, com fundamento constitucional.

Os direitos sociais fundamentais, classificados como direitos progressivos ou de prestação se destacam em razão do descaso em sua efetiva implementação, culminando em grandes debates teóricos entre sua obrigatoriedade e a possibilidade fática e financeira do Estado em cumprir o comando constitucional.

Diante da atual crise financeira anunciada em todos os entes da Federação e da constatação empírica do afastamento de grande parte da sociedade de seus direitos fundamentais há de se promover a defesa da ordem tributária, especialmente, na área penal, na medida em que pode contribuir para o desestímulo de práticas que desfalcam os cofres públicos e impedem a efetivação de direitos sociais.

O que se busca no presente trabalho é analisar o papel da tutela penal das relações jurídico-tributárias, em razão das graves consequências das ações praticadas por contribuintes que suprimem dos cofres públicos quantias essenciais para a realização dos mandamentos constitucionais, notadamente, a justiça social, impedindo a promoção de direitos fundamentais.

Para o desenvolvimento do trabalho, escolheu-se o método descritivo e comparativo, com análise de conteúdo. Busca-se, na primeira parte, ressaltar a importância da tutela penal e sua relação com a implementação dos direitos fundamentais e como forma de proteção do patrimônio público e também da coletividade, notadamente, dos mais necessitados. Em seguida, pretende-se fazer breve análise da atual política criminal adotada no combate aos crimes contra a ordem tributária e os desafios postos uma vez que, ao contrário de desestimular as condutas dos contribuintes, propicia verdadeiro incremento as práticas de sonegação e apropriação de tributos. Na terceira parte, busca-se

destacar e demonstrar a necessidade de união de esforços de diferentes órgãos do Estado para melhor combater ações que suprimem valores dos cofres públicos prejudicando o implemento dos direitos sociais fundamentais.

O resultado da pesquisa permitirá o conhecimento, divergências e contemporaneidade da matéria em estudo.

## 1. Os crimes contra a ordem tributária e o bem jurídico tutelado

A Constituição Federal, após ressaltar em seus primeiros artigos, notadamente, no artigo 3º os objetivos fundamentais da República Brasileira, elencou de forma aberta, diversos direitos e garantias fundamentais, abraçando o Estado de *bem-estar social*, com obrigações de realizar diversas atividades e serviços (BRASIL, 1988).

Evidentemente, a imposição de prestação de serviços e realização de políticas públicas para construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e assim promover o bem de todos, depende de arrecadação, distribuição e posterior dispêndio de recursos que serão obtidos através das atividades desenvolvidas que geram riqueza, considerando que a Constituição previu uma ordem econômica de cunho capitalista (SILVA, 1999, p. 762).

Sem embargo da previsão de diversas formas de transferências de valores ao Estado, não há dúvida que predomina na atualidade a opção de tributação junto à população, nos termos das regras gerais do sistema tributário instituído no título VI (Da Tributação e do Orçamento), capítulo I (Do sistema tributário Nacional).

Nas palavras de Sacha Calmon,

A Constituição, estatuto fundante, cria juridicamente o Estado, determina-lhe a estrutura básica, institui poderes, fixa competências, discrimina e estatui os direitos e as garantias das pessoas, protegendo a sociedade civil. O poder de tributar, modernamente, é campo predileto de labor constituinte. A uma, porque o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias à realização de seus fins, sempre crescentes, quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal, [...]. Assim, se por um lado o poder de tributar apresenta-se vital para o Estado, beneficiário da potestade, por

outro a sua disciplinação e contenção são essenciais à sociedade civil ou, noutras palavras, à comunidade dos contribuintes (CALMON, 2018, p. 29).

Nesse contexto, ciente da possibilidade de insurgência da sociedade civil, o legislador nacional previu o regramento e possibilidades de resistências às cobranças estatais oriundas da relação jurídica tributária, descrevendo as regras gerais no Código Tributário Nacional, buscando assim, equilíbrio entre os interesses de arrecadação (públicos) e os interesses dos contribuintes (privados) (BRASIL, 1966).

Ocorre que o legislador conferiu especial destaque a condutas que, para muito além da discussão sobre a ocorrência do fato gerador, suas alíquotas, e meros inadimplementos da obrigação jurídico-tributária, configuram verdadeira *burla, engodo*, ao Fisco, tipificando-as como infrações criminais na Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, em seus dois primeiros artigos e ainda nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal (BRASIL, 1941).

Como bem acentuado por Jorge de Figueiredo Dias, os problemas advindos da *sociedade de risco* impõem ao direito penal problemas novos e superação de antigos dogmas para a minimização dos riscos gerados pela atual sociedade massificada, global e tecnológica em que as condutas se afastam do modelo clássico do direito penal imaginado para defesa de bens *individuais*, como a vida, o corpo, para atingir *grupos indeterminados* de pessoas quando não a generalidade delas (DIAS, 2001, p. 158-160).

Sem dúvida, andou bem o legislador nacional quando editou a Lei 8.137/90 com os olhos voltados à proteção da generalidade de pessoas prejudicadas pelo descumprimento da obrigação tributária a partir de ações graves do contribuinte para ocultar suas rendas e desfalcas o erário, em benefício próprio, distanciando-se da noção de solidariedade prevista na carta constitucional.

Ao tipificar as condutas mencionadas, pretendeu o legislador impedir ou ao menos dissuadir os cidadãos de suas práticas que tem potencial lesivo demasiado abrangente, buscando, através da imposição de castigo corporal (pena privativa de liberdade), propiciar a regularidade da ordem tributária e, portanto, a justiça social. Conforme Vargas, a pena é instrumento que visa proteger o descumprimento de normas que visam implementar os objetivos

fundamentais da República brasileira, quais sejam, liberdade, justiça e solidariedade (VARGAS, 2000, p. 1).

Para Aníbal Bruno *apud* Vargas (2000, p. 1), o conceito de pena “é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais de sua estrutura e, assim, é definido como crime”.

Dissertando sobre o futuro do Direito Penal, Claus Roxin (2012, p. 05) afirma: “Por fim não se vislumbra como, sem um direito penal estatal se poderá reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos)”, demonstrando o acerto da legislação nacional ao tipificar condutas atinentes a regularidade da ordem tributária.

Nessa esteira, a proteção penal da ordem tributária encontra amparo na própria Constituição Federal de 1988, sendo fundamental para a tutela do patrimônio público e primordial para a implementação dos direitos sociais fundamentais.

Para Luiz Regis Prado:

A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supraindividual de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. [...] A legitimidade Constitucional para a tutela da ordem tributária radica no fato de que todos os recursos arrecadados se destinam a assegurar finalidade inerente ao Estado democrático e social de Direito, de modo a propiciar melhores condições de vida a todos (v.g tratamento de água e esgoto, criação de áreas de lazer, saúde, educação) (PRADO *apud* DECOMAIN, 2010 p. 67)

Com efeito, os tipos penais elencados nos dois primeiros artigos da Lei 8.137/90 e artigos 168-A e 337-A do Código Penal têm como objetivo central proteger os direitos sociais fundamentais elencados na Carta Constitucional, na medida em que, ao impor sanções de caráter pessoal desestimula a prática de condutas que suprimem valores devidos ao erário, destacando a importância do cumprimento da obrigação jurídico tributária.

Nessa linha, a tutela penal da ordem tributária não se limita apenas ao crédito tributário (interesse secundário da Fazenda), mas visa proteger direitos

coletivos de índole constitucional. A esse respeito, Ferreira:

As condutas descritas na Lei 8.137/90, assim, longe de constituírem meras infrações fiscais patrimoniais, consubstanciam violação à normalidade da ordem tributária, com reflexos em toda a coletividade, dada a natureza do interesse juridicamente tutelado, porquanto a prática de qualquer ação típica e ilícita contra a ordem tributária provoca um dano ou lesão que se difunde, necessária e inexoravelmente, por toda a sociedade. De tal sorte, nos crimes contra a ordem tributária, a coletividade aparece como sujeito passivo principal, figurando o Estado – titular do poder tributante –, e, eventualmente, o particular, como sujeitos passivos secundários (FERREIRA *apud* Hounie, 2002, p. 74):

Ainda sobre o tema Decomain:

Quando os autores de crimes contra a ordem tributária, particularmente daqueles previstos no artigo 1º e também do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 e pelos artigos 168-Ae 337-A do CP, atuam no sentido de não pagar o tributo devido, ou no sentido de não recolher aos cofres públicos valores que retiveram, a título de tributo, de outras pessoas, na realidade não se os pode encarar simplesmente como pessoas que não estão pagando ao Estado uma quantia em dinheiro que lhe devem. Os autores de tais crimes necessitam ser sempre vistos como pessoas que de algum modo, por menos que seja, contribuem para que o Estado esteja algo mais debilitado no cumprimento de seu papel de provedor de serviços públicos (DECOMAIN, 2010, p. 66).

Em julgamentos recentes, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal reafirmaram a importância da tutela penal da ordem tributária, ao chancelarem a validade do tipo penal descrito no artigo 2º, II da Lei 8.137/90.

Nos autos do HC 399109/SC, julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 22/08/2018 foi consignado no voto condutor do Ministro Schietti que

Nesse particular, é válida a advertência feita por Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo, para os quais, em tradução livre, o delito fiscal não só acarreta uma diminuição do valor econômico do erário público, como também afeta, como resultado próprio de um dos mais genuínos delitos econômicos, toda a política econômica social (Derecho Penal Económico. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 219, *apud* FISCHER, Douglas. Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2006, p. 129) [...]

Entendo, assim, que a tutela penal da ordem tributária mostra-se



consentânea com o viés social-democrático estabelecido pela Constituição Federal, máxime porque tal modelo está atrelado a valores, programas e diretrizes sociais cuja implementação dependem da arrecadação oriunda dos tributos. Tais valores, programas e diretrizes programáticas revelam, outrossim, que existe um dever geral de evitar condutas que se abstêm do pagamento de tributos, de maneira que a sonegação fiscal deve ser firmemente combatida, de acordo com os instrumentos legais e constitucionais de que dispõe o Estado.

No Supremo Tribunal Federal (RHC 163334/SC, julgado em 12/12/2019, acórdão ainda pendente de publicação), o Ministro Barroso, Relator, deixou consignado em seu voto, após comparações de orçamentos advindos da criminalização da conduta do artigo 2º, II da Lei 8.137/90 o seguinte:

[...] Portanto, os dados são muito impressionantes, e o contraste entre os Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul bem demonstra o impacto relevante que considerar a apropriação indébita tributária crime produz sobre a arrecadação. Quando a gente fala arrecadação a gente tá falando de dinheiro que vai para saúde, de dinheiro que vai para educação, de dinheiro que vai pagar professor, de dinheiro que vai comprar o automóvel da polícia. [...] (YOUTUBE, 2019, 27'16" a 27'48).

O Ministro Alexandre de Moraes, na mesma sessão de julgamento, ressaltando a importância do combate à sonegação fiscal através da tutela penal afirmou que “a sonegação fiscal retira muito mais dinheiro das políticas públicas, retira muito mais dinheiro da saúde educação, segurança pública, habitação, saneamento básico do que a corrupção” (YOUTUBE, 2019 38'37 – 38' 56”)

Portanto, a tutela penal da ordem tributária vem ao encontro dos objetivos do Estado Brasileiro porque reporta-se à proteção de bem jurídico previsto e estimulado na Constituição, e ainda, fundamenta-se no moderno Direito Penal que busca a proteção de bens jurídicos transindividuais, atendendo ainda aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade (HOUNIE, 2012, p. 75).

Não obstante, tendo em vista a legislação brasileira e as decisões do próprio Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, malgrado a importância do bem jurídico tutelado, percebe-se que há diversos entraves para a efetiva aplicação da Lei penal.

## 2. A atual política criminal de combate aos crimes contra ordem tributária: legislação e jurisprudência

Percebe-se, a partir da análise das legislações que regem a persecução penal das relações jurídico-tributárias, que o legislador nacional foi bastante generoso na criação de políticas criminais favoráveis ao sujeito ativo dos delitos, enfraquecendo a função primordial do Direito Penal que é “assegurar a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa” (ROXIN, 2012, p. 1).

Com efeito, em razão de se tratarem “crimes de colarinho branco”, na tradução literal da expressão cunhada pelo sociólogo norte-americano Edwain Sutherland, no final dos anos 30, referindo-se a crimes praticados por pessoas de respeitabilidade, de elevado *status* socioeconômico, ainda no exercício de suas atividades empresariais, não recebem da sociedade a mesma reprovação dos crimes comuns, como furto, roubo, sequestro, malgrado comprometam seriamente desempenho das funções do Estado. Assim, não sendo visíveis, porque atingem número indeterminado de pessoas, não são tratados com a importância que merecem (FERREIRA, 2002, p. 14-16).

Em um primeiro aspecto, podem-se citar as penas abstratamente cominadas aos delitos como sendo um prenúncio de tratamento diferenciado. Em relação ao artigo 1º, da Lei 8.137/90 e artigos 168-A e 337-A, o legislador cominou pena mínima de 02 e máxima de 05 anos de reclusão. Como comparação, percebe-se que o delito descrito no artigo 312 do Código Penal (crime contra a administração pública), possui pena máxima de 12 anos de reclusão. O artigo 2º da Lei 8.137/90, é infração de menor potencial ofensivo, com penas mínima de 06 e máxima de 02 anos de detenção, demonstrando pois, a ausência de preocupação com o caráter intimidatório da regra penal.

De outro lado, percebe-se que desde sua publicação, a Lei 8.137/90, conferiu tratamento especial aos sujeitos ativos dos delitos descritos naquele diploma, quando, em seu artigo 14, normatizou regra distinta daquela prevista no Código Penal.

Para os crimes tributários, o pagamento do valor do tributo sonegado ou apropriado, *até o recebimento da denúncia*, resultava em causa extintiva da punibilidade, enquanto para os crimes em geral, apenas causa de diminuição de pena (artigo 16 do CP). Em outras palavras, para o autor do furto, a

devolução da coisa intacta, até o recebimento da denúncia não implica em ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, enquanto que, para o autor de evasão fiscal ou apropriação indébita tributária, mesmo em se tratando de valores elevados, o pagamento do tributo e seus acessórios resulta na extinção de sua punibilidade, livrando-se da persecução penal. Evidentemente, não se buscou qualquer isonomia nas regras de política criminal.

É certo que ainda em 1991 o artigo 14 foi revogado (Lei 8.383), no entanto, em 1995, a Lei 9.249 reintroduziu a regra, mediante o seguinte dispositivo:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (BRASIL, 1995).

Em seguida, foram editadas as Leis 9.964/2000 e 10.684/2003, que introduziram novos benefícios aos infratores dos dispositivos penais mencionados, em seus artigos 15 e 9º respectivamente:

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal (BRASIL, 2000).

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes

previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (BRASIL, 2003).

Em síntese, as mencionadas normas, para além de confirmarem a extinção da punibilidade com o pagamento do tributo e seus acessórios, ainda acrescentaram novo benefício ao sujeito ativo de delitos fiscais que, poderia parcelar o valor do débito e assim, ficaria livre da persecução penal, acarretando na suspensão da pretensão punitiva.

Relevante mencionar que a Lei 10.684 de 2003 não mais incluiu prazo para a ação do sujeito ativo que, poderia então, *a qualquer tempo*, mesmo já recebida a denúncia, pagar ou parcelar os valores ficando livre da persecução penal, definitiva ou temporariamente, distanciando ainda mais o regramento dos crimes tributários dos delitos em geral.

A partir da referida legislação, pode-se resumir a política criminal de combate aos delitos contra a ordem tributária da seguinte forma: uma vez constatado o crime o agente poderia, *a qualquer tempo*, pagar o valor principal e conseqüentemente teria extinta sua punibilidade, sem nenhum registro para fins penais. Poderia também, *a qualquer tempo* parcelar o valor da dívida, situação que, ficaria suspensa a persecução criminal e, caso honrado o compromisso, também extinta a punibilidade sem nenhuma referência e registros criminais.

Nessa toada, fica claro que o legislador processual penal reduziu o bem jurídico tutelado a apenas ao pagamento do valor do tributo devido, olvidando-se dos malefícios da conduta e seus reflexos na coletividade se distanciando do sentido e função da tipificação, especialmente, quanto a função de prevenção geral para a dissuasão de ações semelhantes ou

reiteradas. Sobre o tema, Decomain:

A benesse não é concedida nem mesmo apenas àquele que pela vez primeira fosse surpreendido em crime. Pode repetir-se indefinitivamente. Percebe-se o amplo convite que se apresenta para a reiteração de crimes de sonegação fiscal ou contra a ordem tributária. Arrisca-se sempre o mau contribuinte na repetição das condutas precedentes. Se não for descoberto, garantirá ganho patrimonial na verdade ilícito. Caso seja surpreendido na prática do delito, poderá pagar o tributo, embora com acréscimos e livrar-se com isso de qualquer punição criminal. Bem provável que essa causa de extinção de punibilidade na verdade represente antes um estímulo à delinquência, que um mecanismo de alavancamento das receitas tributárias. O ganho poderá ser bem elevado. O risco de ser descoberto, relativamente reduzido. E a garantia da impunidade com o pagamento, estará assegurada (DECOMAIN, 2010, p. 499-500).

É de se ressaltar ainda, a edição da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal que, embora mencione incisos do artigo 1º da Lei 8.137/90, acabou por nortear a atuação criminal no combate a essa criminalidade de colarinho branco, configurando em mais um entrave processual penal. Em síntese, a súmula reflete entendimento fixado nos autos HC 81.611/DF, julgado em 2003, que interpretando o disposto no artigo 83 da Lei 9.430/96 condicionou a atuação do Ministério Público ao esgotamento da via administrativa tributária. Assim, para que haja *justa causa* para a deflagração da ação penal, deve ter sido esgotado o procedimento administrativo tributário pertinente. Sem dúvida, mais um benefício ao sujeito ativo de crimes tributários.

Inúmeras são as consequências danosas desta interpretação, como, deixar a cargo de outro órgão, que não o titular da ação penal, a constituição da materialidade delitiva o que por si só, já configura grave atentado à separação de poderes. Entre outras críticas, Decomain afirma:

Que dizer, ainda, do escárnio de sonegadores pilhados em flagrante delito? Poderá o fiscal de tributos, ou o membro do Ministério Público, prender em flagrante o vendedor de qualquer mercadoria, sendo a venda sujeita a incidência de IPI, ICMS ou de ambos, e que se recusa ao fornecimento de nota fiscal correspondente a operação de venda de que se cuida? O pequeno ladrão, que furete do estabelecimento comercial à mesma mercadoria vendida, poderá ser preso em flagrante. O vendedor, que não emite a nota e com isso desenganadamente já principia o cometimento do crime contra a ordem tributária, não o poderá, eis que deverá primeiramente ser empreendido o

lançamento tributário, com o subsequente exaurimento da via administrativa, para que somente depois possa ser processado. Isso além de injusto, é francamente contrário ao interesse público (DECOMAIN, 2010, p. 558-559).

Feito esse breve esforço histórico, pode-se resumir a situação do sujeito ativo dos crimes tributários, com algumas exceções que apenas confirmam a regra da seguinte forma: o combate às ações mencionadas nos dois primeiros artigos da Lei 8.137/90 e artigos 168-A e 337-A do Código Penal somente será iniciado a partir do esgotamento da via administrativa, com a remessa de documentos referentes ao lançamento do crédito tributário e seu valor ao Ministério Público, formalizada ou não a representação fiscal para fins penais. Iniciada a persecução penal o sujeito ativo poderia, *a qualquer tempo*: pagar o valor integral e ter extinta sua punibilidade ou parcelar a quantia, situação em que ficaria suspensa a persecução criminal.

Em razão das alterações serem introduzidas por normas híbridas, o dispositivo da Lei de 2003, possui efeitos retroativos, assim como a Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal que alcançou fatos anteriores à sua edição.

Vale lembrar as críticas de Alessandro Baratta:

[...] o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a ela pertencentes, e ligados funcionalmente a existência da acumulação capitalista. [...] Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamento descritos na Lei, e com diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes as classes subalternas e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos penais tem por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder (BARATTA, 2011, p. 165).

Em fevereiro de 2011, a Lei 12.382 modificou o artigo 83 da Lei 9.430/96, para entre outras alterações, fixar novamente lapso temporal para as condutas de extinção de punibilidade e suspensão da persecução, limitando a ação sujeito ativo até o recebimento da Denúncia. Em outras palavras, recebida a Denúncia, não há, doravante e atualmente, mais razões de política criminal para o encerramento da persecução penal, conferindo o legislador

maior proteção à coletividade, ainda que distante do sistema geral.

Recentemente, foi introduzido no Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal (artigo 28-A) que, considerando as regras gerais, também poderá ser aplicado aos delitos fiscais se somando aos benefícios já conferidos aos autores destes delitos. Em linhas gerais, além das condutas já mencionadas, poderá o sujeito ativo dos delitos fiscais, ajustar, agora com o Ministério Público, condições para não ser processado, sendo mais uma política criminal favorável, todavia, já com reflexos penais e como regra geral do sistema.

Com efeito, mesmo com as últimas alterações legislativas, são muitos os desafios para combate eficaz aos crimes contra a ordem tributária no Brasil. Conforme se infere de estudo publicado por Procuradores da Fazenda Nacional estima-se que a sonegação fiscal, no ano de 2018, representou perda na arrecadação equivalente a 9,2% do PIB, equivalendo a R\$ 626,8 bilhões (seiscentos e vinte e seis bilhões e oitocentos milhões de reais (QUANTOCUSTABRASIL, 2019), demonstrando a necessidade de esforços conjuntos para diminuir, dissuadir e impedir reiteração das práticas que, ao fim e ao cabo, prejudicam o desenvolvimento nacional e atingem diretamente a população carente.

### 3. Necessidade de atuação interinstitucional para melhor defesa da coletividade

Não obstante as críticas já lançadas à política criminal implementada aos crimes contra a ordem tributária, é certo que, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e legislações correlatas, de *lege lata* há necessidade de maior aproximação de diferentes esferas estatais para combater as modalidades penais mencionadas, buscando modificar o quadro descrito por Ferreira:

A experiência no trato dos crimes contra a ordem tributária no Brasil revela que, não obstante a gravidade das sanções cominadas, a impunidade de fato é uma realidade no contexto nacional, multiplicando-se os casos de evasão fiscal.

As causas para a impunidade de fato dos crimes contra a ordem tributária, podem ser assim alinhadas: a) o forte poder econômico e social dos autores; b) a cumplicidade das autoridades; c) a complexidade das Leis que regulam estes fatos, passíveis de manipulação por hábeis

assessores legais e contábeis; d) o despreparo dos órgãos encarregados da persecução pena, considerando as especificidades dos crimes contra a ordem tributária; e) o despreparo de nossos tribunais para o julgamento dos crimes tributários; f) a falta de atuação conjunta entre os diversos órgãos do Estado; g) a complexidade dos meios utilizados para a perpetuação dos crimes contra a ordem tributária; h) uma certa inadequação da legislação processual e material, para apuração e punição dos crimes tributários; i) a escassa reprovabilidade social do crime tributário e; j) a organização dos autores desses crimes (FERREIRA, 2002, p. 17).

Os esforços devem ser conjugados no sentido de se incrementar a fiscalização e propiciar maior agilidade nas autuações que se relacionam a crimes fiscais, tudo com os olhos voltados para a possibilidade de incremento dos direitos fundamentais a partir de adimplemento das regras da obrigação tributária, sendo recolhidos, a tempo e modo adequados, os valores necessários ao caixa do Estado.

Diante das políticas criminais existentes, não há espaço para atuação isolada dos responsáveis pela persecução penal, sendo primordial a aproximação do Ministério Público, Fazenda Pública, Procuradorias Estaduais e Municipais e Delegacias de Polícia para a efetiva proteção da ordem tributária.

Nesse sentido, mais uma vez Decomain:

A troca de informações entre os agentes do fisco, o Ministério Público e também a Polícia Judiciária, sempre que haja necessidade de inquérito policial, é de marcante utilidade na eficácia de todos esses organismos em conjunto, embora respeitadas as atribuições próprias de cada um, na obtenção do resultado comum desejado, que é a punição criminal daquele que lesa o fisco em detrimento da coletividade.[...] Interessante de todo modo, a celebração de convênios entre o Ministério Público e as autoridades Fazendárias com o compromisso de remeterem estas àquele informações sobre todos os fatos de que tenham notícias e que posam constituir crimes contra a ordem tributária (DECOMAIN, 2010, 563-564).

O Estado deve agir de forma uníssona, demonstrando ao *mau contribuinte* que, no combate aos crimes contra a ordem tributária todos os órgãos estão imbuídos no contexto de fiscalização. Somente assim, poderá ser desestimulada a sonegação. O Estado deve intervir prontamente em todas as esferas, cível (com atuação das procuradorias) administrativa (Fazendas



Públicas) e criminal (Polícias e Ministério Público) dissuadindo o agente de tentar incrementar seus lucros a partir do sacrifício de toda a coletividade.

Não há dúvidas que a partir de aproximação dos entes estatais, mesmo considerando as benesses já colocadas à disposição dos sujeitos ativos do delitos, pode-se buscar uma recuperação de ativos aos cofres públicos possibilitando novos investimentos em políticas públicas nos termos dos objetivos fundamentais da República, promovendo assim os direitos humanos.

Ora, somente a partir do conhecimento das especificidades da persecução penal aos delitos contra a ordem tributária é possível seu combate eficaz, sendo criada uma rede de conhecimento e técnicas, propiciando verdadeiro cerco ao devedor contumaz. Nessa toada, ainda que vigente política criminal favorável, a atuação global do Estado pode servir de freio inibidor de condutas ilícitas propiciando o regular cumprimento da obrigação tributária e com isso a arrecadação e posterior dispêndio de recursos públicos para áreas essenciais, promovendo os direitos fundamentais.

Com efeito, a tutela penal tributária, ainda que com sérias limitações e especificidades, possui importante papel para garantia do patrimônio público e promoção de Direitos Humanos na medida em que tem como função dissuadir o contribuinte de efetivar práticas ilícitas. A atuação integrada e coordenada dos órgãos responsáveis pela persecução penal deve ser especializada e preventiva, sendo possível, a recuperação do prestígio da Tutela Penal e o incremento de recursos que podem ser utilizado para o bem estar da coletividade.

## Conclusão

A Constituição Federal de 1988, logo em seus primeiros artigos, deixou clara a opção política de Estado Democrático de Direito e de bem estar social, na medida em que elencou diversos objetivos e direitos prestacionais, sempre com os olhos voltados à promoção da dignidade da pessoa humana.

A moderna hermenêutica constitucional conferiu força normativa aos comandos da carta, sendo verdadeiras obrigações impostas aos Poderes constituídos a realização dos direitos lá elencados. Com efeito, na esteira de diversas outras legislações internacionais, a Constituição brasileira positivou direitos humanos e, portanto, fundamentais, em seu texto, descrevendo

direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Evidentemente, para a promoção dos direitos de igualdade e fraternidade há necessidade de arrecadação e dispêndio de recursos públicos, também previstas as regras gerais no texto constitucional. Como forma de destacar a importância do efetivo cumprimento da obrigação tributária, o legislador infraconstitucional identificou e criminalizou condutas que desfalcam o erário, prejudicando todo o sistema de solidariedade previsto no texto constitucional.

Nessa esteira, foi editada a Lei 8.137/90 e posteriormente inseridas no Código Penal pela Lei 9.983/2000 as condutas descritas nos artigos 168-A e 337-A. Inexistem dúvidas de que o bem jurídico tutelado é a coletividade, uma vez que, se protege o financiamento e execução de diversas políticas públicas que visam erradicar a pobreza e marginalização, construir uma sociedade livre, justa e solidária, ou seja, permitem a efetivação dos objetivos da República.

Assim, a tutela penal dos crimes contra a ordem tributária assume papel importante na medida em que visa, cominando sanções penais, dissuadir ou impedir que maus contribuintes busquem apenas o incremento de lucros pessoais em detrimento da coletividade, se distanciando da ideia de solidariedade.

Malgrado a importância do bem jurídico tutelado, demonstrou-se que a política criminal atual é por demais benéfica aos sujeitos ativos dessas modalidades criminosas. Afastando-se das regras gerais dos Códigos Penal e de Processo Penal, há um verdadeiro microsistema de persecução para os crimes que atingem a ordem tributária.

A uma, porque há relação de dependência entre instâncias, somente podendo ser acionada a seara penal após o esgotamento da seara administrativa, situação inexistente para os crimes em geral, o que gera inúmeros inconvenientes, notadamente, a demora da persecução penal e impossibilidade de prisão em flagrante, prejudicando a coleta de provas e investigação criminais.

A duas, porque permite-se ao devedor, para fugir da persecução penal, o pagamento integral e o parcelamento do crédito tributário, sem qualquer consequência para fins penais, podendo valer-se desta prerrogativa sempre

que for fiscalizado e autuado. Todavia, atualmente, há marco temporal para sua ação que é o recebimento da ação penal. Em outras palavras, recebida a denúncia, mesmo pago ou parcelado o valor devido, a ação penal terá prosseguimento, em claro reforço à tutela penal da ordem tributária e com isso, da generalidade de pessoas atingidas pela conduta do sujeito ativo.

O acordo de não persecução penal também possibilitará o ajuste do sujeito ativo com o Ministério Público, constituindo-se em mais uma modalidade de política criminal favorável aos autores de delitos fiscais.

Considerando as normas existentes e os desafios para a melhor tutela do bem jurídico protegido (a coletividade), exige-se do Estado uma atuação mais eficaz no sentido de unir esforços de vários órgãos, demonstrando a atenção dos entes públicos no combate a essas modalidades de crimes de colarinho branco.

De *lege lata*, somente com o compartilhamento de conhecimento, técnicas e estratégias envolvendo todos os órgãos que de, alguma forma, tem papel na defesa da ordem tributária, poderá ser implementado um sistema mais rigoroso de fiscalização e assim, permitir maior a recuperação de ativos suprimidos da coletividade, impulsionando, conseqüentemente, maiores possibilidades de efetivação de direitos fundamentais.

## Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 jun.2020

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun.2020

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)> Acesso em: 29 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm)>. Acesso em: 29 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 dez. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm)> Acesso em: 29 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. In: **Diário Oficial da**

**República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm)>. Acesso em: 29 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.964 de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nos 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 abr. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19964.htm)>. Acesso em: 29 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.694 de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 mai. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm)>. Acesso em: 29 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão em que o Tribunal, por maioria, denegou a ordem**. HC 399109 / SC. Relator(a): Min. Rogério Schietti Cruz. Julgamento em **22/08/2018**. Órgão Julgador: Terceira Seção. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79832299&num\\_registro=201701067980&data=20180831&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79832299&num_registro=201701067980&data=20180831&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em: 29 jun.2020

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em que o Tribunal, por maioria, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Relator**. HC 81.611 / DF Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 10/12/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95121/false>> Acesso em: 29 jun.2020

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 24**. Data de Aprovação Sessão Plenária de 02/12/2009 Fonte de Publicação DJe nº 232 de 11/12/2009, p. 1.

DOU de 11/12/2009, p. 1..Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24.NUME.%20E%20S.FLSV.&>

base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 29 jun. 2020.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso direito tributário brasileiro**. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 5 e, ver, atua, amp. Belo Horizonte: Forum, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra, Editora 2001.

FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2ª edição revista e ampliada. Malheiros Editores, São Paulo, 2002

HOUNIE, Santiago Gabriel. **A Tutela Penal da Ordem Tributária e a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito**. Revista da FARN, Natal, v.11, n. 1/2, p. 63-86, jan./dez. 2012. Disponível em:< <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistaunirn/article/view/294/252>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

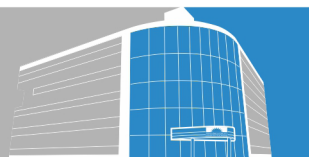
**RHC 163334/SC**. Robson Schumacher e outra x MPSC. 12 dez 2019. Vídeo 1: 34: 10. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tnWW67eqEIA>>. Acesso em: 29 jun 2020.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2018.**Quantocustaobrasil, 2019**. Disponível em < <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2018>> Acesso em: 26 mai. 2020.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral, volume I, tomo II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000



## Abuso do poder religioso nas eleições em tempos de desrazão: do sofismo a um necessário repensar ético

Abuse of religious power in elections in times of unreason: from sophism to a necessary ethical rethink

Abuso del poder religioso en elecciones en tiempos de sinrazón: del sofisma a un replanteamiento ético necesario

Célem Guimarães Guerra Júnior<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente estudo aborda os possíveis influxos a serem verificados nas eleições de 2020 em face da crise ética oriunda do que se convencionou denominar pós-verdade. Desmistifica aludida expressão ao identificar suas raízes históricas na atividade desenvolvida pelos sofistas, sem deixar de contextualizá-la com a realidade posta, caracterizada por desinformação e desencantamento do cidadão com a definição dos rumos a serem seguidos para a consolidação de jovem democracia brasileira, tendo como base referenciais sociológicos e filosóficos. Aponta os efeitos deletérios prováveis da disputa, traz Projeto de Lei em tramitação no Senado e contempla novas formas de engodo popular, com destaque para o abuso do poder religioso, o qual, aos poucos, vai sendo

<sup>1</sup> Promotor de Justiça. Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT/ESMAT. Pós-graduado em Direito Público pela FESURV e em Direito Civil pela UNIDERP. Graduado em Direito pela PUC-GO. <http://lattes.cnpq.br/1452669526134949>. Orcid: 0000-0002-5651-2203.

assimilado por doutrina e jurisprudência como ato caracterizador de abuso de poder político e/ou econômico apto a macular o resultado do pleito, possibilitando o ajuizamento de ação de impugnação do mandato eletivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Eleições; democracia; pós-verdade; abuso do poder religioso; ação de impugnação do mandato eletivo.*

## ABSTRACT

The present research addresses the possible influences to be verified in the 2020 elections considering the ethical crisis arising from what was conventionally called post-truth. Demystifies this expression by identifying its historical roots in the activity developed by the sophists, while contextualizing it with the reality set, characterized by disinformation and disenchantment of the citizen with the definition of the directions to be followed for the consolidation of young Brazilian democracy, having as reference sociological and philosophical studies. It points out the likely deleterious effects of the dispute, brings a Bill of Law under way in the Senate and contemplates new forms of popular deception, with emphasis on the abuse of religious power, which, step by step, is being assimilated by doctrine and jurisprudence as an act characterizing abuse of political and/or economic power capable of tarnishing the outcome of the election, making it possible to file a lawsuit challenging the elective mandate.

**KEYWORDS:** *Elections. Democracy. Post-truth. Religious power's abuse. Action against elective mandate.*

## RESUMEN

El presente estudio aborda las posibles influencias que deben verificarse en las elecciones de 2020 ante la crisis ética que surge de lo que convencionalmente se llamaba posverdad. Desmitifica esta expresión identificando sus raíces históricas en la actividad desarrollada por los sofistas, mientras la contextualiza con el conjunto de la realidad, caracterizada por la desinformación y el desencanto del ciudadano con la definición de las instrucciones a seguir para la consolidación de una joven democracia brasileña, teniendo como referencia estudios sociológicos y filosóficos. Señala los posibles efectos nocivos de la disputa, pone en marcha un proyecto de ley en el Senado y contempla nuevas formas de engaño popular, con énfasis en el abuso del poder religioso, que, poco a poco, está siendo asimilado por la doctrina y la jurisprudencia como un acto que caracteriza abuso de poder



político y / o económico capaz de empañar el resultado de las elecciones, lo que hace posible presentar una demanda que desafía el mandato electivo.

**PALABRAS CLAVE:** *Elecciones; democracia; posverdad; abuso de poder religioso; acción para desafiar el mandato electivo.*

## Considerações iniciais

O tema proposto será abordado em três seções, de modo a situá-lo e propor alternativas factíveis, em perspectiva interdisciplinar, sem, contudo, descurar da análise jurídica, nela incluída Leis, projeto de Lei, precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, e, sobretudo, um giro hermenêutico de forma a transpassar a mera análise do direito posto, como se desvinculado fosse do sujeito que o aplica o dos fatos sociais que visa regular. Evitar-se-á a descontinuidade do texto por meio da utilização do recurso explicativo possibilitado pelas notas de rodapé.

Na primeira seção, traçar-se-á um panorama histórico do que hoje se convencionou chamar pós-verdade, demonstrando que o significado do termo é de há muito construído, ainda que não fosse esperado que viesse novamente à tona com a força que tem demonstrado, sem descurar das implicações éticas que traz.

Na segunda seção, em continuidade, serão abordadas as relações entre direito e democracia, a antítese entre liberdade de expressão e discurso do ódio, sem, todavia, olvidar de princípios basilares do direito eleitoral, como a liberdade na propaganda eleitoral e a informação necessária à sociedade para fazer as escolhas que lhe são postas. Será feita, ainda, breve análise do Projeto de Lei que tramita no Senado Federal com o intuito de regulamentar as chamadas “fake news”.

Por fim, na terceira seção, traçado o panorama acima delineado, será abordado um tipo de abuso que aos poucos vem adquirindo relevo na seara eleitoral: o abuso do poder religioso. Trata-se de prática que começa a ser reconhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral como apta a gerar, inclusive, a cassação do mandato eletivo, conquanto não expressa de forma literal na Constituição Federal, como se verá. Não se olvida que a origem de tal prática perniciosa advém de um déficit emancipatório potencializado pelas informações desconstruídas que retiram a legitimidade das instituições formais e tendem a

transferi-la para outros centros de emanção do poder, como se dá com as igrejas.

Todo o caminho será percorrido a partir de um lugar de fala pós-positivista, por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, evidenciando-se pré-compreensões do autor, em metodologia construída pela fusão entre a visão do autor e materiais de pesquisa, na forma como concebida por Gadamer (1997), em que sujeito cognoscente e objeto cognoscível se transcendem na formulação de verdades parciais, dotadas de historicidade e lastreadas pela tradição<sup>2</sup>.

## 1. A trajetória histórica da pós-verdade

“Pós-verdade” foi escolhida a palavra do ano em 2016 pelo Dicionário Oxford, e, desde então, com maior vigor, tem se consolidado com força inimaginável nas comunicações pessoais. É definida por aludido dicionário como expressão relacionada a situação na qual as pessoas estão mais propensas a aceitar um argumento com base em suas crenças e emoções, relegando os fatos<sup>3</sup>.

Conquanto seja tomada muitas vezes como termo equivalente ao inglês “fake news”, é necessário estabelecer a diferença conceitual. Pós-verdade é a “verdade” aceita com o intuito de reforçar pré-conceitos, reforçando ideia já existente ou que coincida com o que a pessoa acredita. Já “fake news” refere-se a informação falsa, deliberadamente concebida para induzir a erro os menos atentos.

Perscrutar a pós-verdade traz consigo uma questão ética, que pode ser entendida como “[...] aquilo que orienta a capacidade de o homem poder decidir, julgar e avaliar com autonomia” (CREMONESE, 2019, p. 12) e um questionamento constante acerca da importância empírica e dos reflexos sociais propiciados por sua difusão massificada no tempo contemporâneo.

A despeito da novidade da expressão, popularizada a partir de constatação trazida a lume pela universidade inglesa, em uma análise mais acurada percebe-se que a ideia nela embutida em muito coincide com a forma de argumentação sofista,

2 O método abordado é abrangentemente discutido na obra “Verdade e método”, de Gadamer.

3 *Post-truth: relating to a situation in which people are more likely to accept an argument based on their emotions and beliefs, rather than on based on facts.*

própria da era pré-socrática<sup>4</sup>. Tal modo de pensar e trabalhar a filosofia<sup>5</sup> foi por Sócrates e seus discípulos, com destaque para Platão, sobejamente criticada, por nela vislumbrarem uma relativização da ética e dos conceitos de política e justiça.

Os denominados sofistas desenvolveram sua arte de persuasão na ambiência da antiga democracia grega, em torno do século V a.C., com a emergência do discurso a partir de recursos persuasivos, a expansão de escolas de ensino da arte retórica, influenciando, sobremaneira, as práticas política e jurídica. A seu modo, permitiram o exercício da cidadania por meio da argumentação. À época, o homem público já se via avaliado pela oratória e por sua habilidade em conquistar auditórios, técnica dominada pelos sofistas, que contribuíram para a relativização da ideia de justiça e da ética (ALMEIDA; BITTAR, 2016, p. 104-111).

O modo de agir sofista propiciou, pelos pensadores socráticos<sup>6</sup>, o questionamento concernente à naturalidade ou convencionalidade da lei/justiça. Menciona-se, nesse tanto, um diálogo platônico no qual o filósofo aborda debate travado entre Sócrates e Górgias (sofista e mestre da retórica), no qual se conclui que o discurso construído pelos sofistas para conquistar a plateia, não raro, constitui a “verdade” aceita e incorporada por aqueles que com ela concordam (GOMES, 2018, p. 85-86). Há uma pré-disposição em se aderir ao pronto, disponibilizado, sobretudo quando há coincidência com os pensamentos, simbologias e afetividades próprias de cada pessoa.

Na Idade Média vez que o centro de emanção do poder restringia-se, no Ocidente, à Igreja Católica. A verdade, de forma incontestada, derivada do posicionamento clerical, lastreada pela fé. Era um dado, não um construído (GUERRA JR.; PERIUS; SILVA, 2020, p. 3). Observa-se, aí, novo ponto de aproximação com o que se convencionou chamar de pós-verdade.

A modernidade, por sua vez, baseou-se na ideia de autonomia do indivíduo, que seria, formalmente, livre e igual para escolher seu modo de atuação sobre o mundo. A pessoa era responsável por suas escolhas e, com supedâneo no

4 Frisa-se que a divisão histórica temporal, sobretudo na identificação de eras, não é estanque, sendo certo que, a despeito de serem formuladas com fins didáticos, uma convive com outra, sobretudo nos períodos transicionais, como se dá com o período pré-socrático com o socrático.

5 Há discussão acerca do caráter filosófico ou não do sofismo, não abordado na pesquisa por questão pragmática.

6 Destacadamente Aristóteles, Platão e Sócrates.

mérito, deveria buscar seus objetivos de vida. Ocorre que essa idealização do indivíduo autônomo não se materializou na prática, já que o desenvolvimento do capitalismo gerou classes materialmente desiguais e, por consequência, subjugadas uma a outra. O discurso, por conseguinte, era moldado para justificar e legitimar uma dada situação, de acordo com a conveniência do capital. Antevê-se, também no período, uma pós-verdade cuidadosamente construída e difundida, ainda que de forma camuflada.

A expressão, por fim, é perfeitamente adaptável ao projeto inacabado da modernidade, expressão cunhada por Habermas, para quem o verdadeiro ideário moderno, em construção, demandaria racionalização e conteúdo emancipatório para sua completude (CAVALCANTE, 1999, p.15). Também se aplica, apesar da divergência terminológica, à pós-modernidade a que alude Bauman (2001), caracterizada pela liquidez consistente na perda das referências do agir e do sentir contemporâneos, fazendo uma contraposição ao projeto inexitoso da modernidade<sup>7</sup>, que via na autonomia humana o lastro ético do bem fazer. Neste sentido, defende o sociólogo:

O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro (BAUMAN, 2001, p. 12).

Feita a contextualização histórica e partindo-se para outros saberes, fez-se a constatação, a partir de estudos neurológicos, da existência de um viés de confirmação, que seria um processo mentalmente construído segundo o qual as ideias que vão ao encontro das crenças individuais são mais facilmente aceitas do que aquelas que a confrontam, segundo Schwartzman (2018).

A constatação acima exposta em muito confirma a existência, desde sempre, de processos de construção de “verdades” que tomam por base as

---

<sup>7</sup> A diferença de nomenclatura dada à idade contemporânea por Habermas e Bauman em nada prejudicará a abordagem ordenada da temática proposta, partindo-se da premissa de que os ideários dos pensadores mais coligem a um denominador comum do que se distanciam.

susceptibilidades humanas ao longo do tempo. Tendem a coisificar o sujeito que se afirma, formalmente, emancipado e livre, confirmando, materialmente, a existência de um *deficit* democrático a ser superado, do qual se passa a tratar.

## 2. Hermenêutica jurídica e democracia: uma análise da liberdade de expressão contraposta ao discurso do ódio (limites e projetos)

### 2.1. Hermenêutica jurídica e democracia

É inegável a influência do pensamento kelseniano, desenvolvido em sua obra “Teoria pura do direito”, ainda hoje, sobre os juristas contemporâneos, sob a justificativa de que o mero formalismo jurídico, concretizado pela subsunção do fato à norma, é a melhor forma de, a um só tempo, respeitar a vontade do legislador, expressa na Lei, bem como de conferir segurança jurídica às relações sociais (KELSEN, 2006, p. 387).

Defende aludido autor, cuja contribuição para a ciência jurídica não se questiona, que o direito posto é escalonado em uma pirâmide, cujo ápice é uma norma hipotética fundamental, que dá coesão e coerência a todo ordenamento e se apresenta como sua razão de ser. Consigna ele, no que tange à interpretação:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e Lei, ou Lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula - como já se mostrou - o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar (KELSEN, 2006, p. 388).

Em apertada síntese, segundo a tese do austríaco, os valores morais são conferidos à Lei pelo legislador, não cabendo, *a posteriori*, nova valoração de tal jaez ao intérprete: o direito se identifica com a Lei posta. As críticas daí oriundas são deveras previsíveis: o direito, enquanto sistema, não consegue acompanhar a velocidade dos fatos sociais e carece, muitas vezes, de uma prévia reconstrução para melhor albergar o caso concreto. Além disso, deve buscar a realização da justiça, não sendo viável, no mais das vezes, sobretudo nos chamados “casos difíceis”, a mera subsunção do fato à norma.

Assim sendo, numa perspectiva democrática, defende Habermas que,

em face das problematizações geradas por um mundo heterogêneo, o mero espelhamento de normas jurídicas, com a incorporação direta de significados tradicionais, ao invés de segurança gera conflitos, sendo necessária a constante ressignificação do direito posto a partir de processos discursivos inclusivos com o fim de uma aplicação democrática do direito. Devem ser consideradas a pluralidade de vozes para a formação dos melhores argumentos possíveis, que emergem da sociedade, de forma a gerar consensos, ainda que temporários (HABERMAS, 1997a, p. 60).

Neste sentido:

[...] a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. Uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após esse lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma correto (HABERMAS, 1997b, p. 129).

Dessa forma, em apertada síntese, a busca das respostas jurídicas adequadas, historicamente situadas, deve considerar as complexidades e especificidades da sociedade a que se destina, de forma crítica, inclusiva e emancipatória. Deve se adequar à resposta mais adequada a sociedades marcadas pela complexidade e, na lição de Bauman acima transcrita, pela liquidez característica da contemporaneidade.

Destaca Barroso:

Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir consequências jurídicas diversas (BARROSO, 2015, p. 171).

A democracia, assim, conforme aventado pelo filósofo alemão e pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, tem como uma das formas de concretização a hermenêutica jurídica proposta, desacoplada de uma

autorreferência petrificante, típica dos positivismos<sup>8</sup> ainda dominantes na cultura jurídica, com destaque para a já comentada teoria kelseniana,

Ainda que haja, na Constituição de 1988, a institucionalização de um projeto democrático, não é ele utilizado de forma expansiva e emancipatória pelo cidadão brasileiro, sendo necessária a alteração da cultura democrática pátria, com melhor organização da sociedade civil (MARCO, 2019, p. 343). A lição é perfeitamente aplicável, ainda, ao operador do direito.

Forte na doutrina de Boaventura de Sousa Santos, é preciso frisar que a sociedade deve participar ativamente da democratização da política e, por conseguinte, do direito, sendo o atual período marcado por uma transição da “ciência moderna” para o que ele denomina de “conhecimento prudente para uma vida decente”, sob pena de o processo judicial separar direito e vida (NUNES, 2020, p. 111 e 145).

## 2.2. Liberdade de expressão e discurso do ódio

Feita a análise dos necessários influxos democráticos, em sentido lato, à hermenêutica jurídica, em análise instrumental, passa-se a enfrentar o tema no quadrante estrito, ligado à democracia como forma de representação política, imersa nos últimos anos na discussão entre liberdade de expressão e a possibilidade de sua limitação, sobretudo em face do discurso do ódio. Em seguida, pretende-se tratar do Projeto de Lei, em discussão no Senado Federal, que trata das denominadas “fake news”, que, assim como a pós-verdade e dela se aproximando, permeiam todo o cenário político-eleitoral das democracias contemporâneas, enfatizando-se o contexto brasileiro.

De início, calha situar a liberdade de expressão como direito fundamental expresso, de acordo com o artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal<sup>9</sup>. Noutra vertente, destacam-se, com o mesmo *status*, os direitos à honra e à informação, trazidos pelo artigo 5º, incisos X e XIV, da Carta Magna<sup>10</sup>. Todos derivam do

8 Fala-se em positivismos porque o movimento, embora tenha como maior expoente Hans Kelsen, recebeu aportes outros de autores que o singularizaram de acordo com perspectiva própria, mesmo mantendo sua essência.

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

10 Art. 5º [...]

postulado maior da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da Lei Maior<sup>11</sup>).

Segundo Sarlet,

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção de todos os direitos fundamentais [...] (SARLET, 2006, p. 84).

Assim sendo, discute-se como se deve proteger a liberdade de expressão sem atingir seu núcleo essencial e se é possível, no ordenamento jurídico pátrio, o discurso do ódio, materializado de forma mais veemente nas eleições de 2018 a partir das redes sociais, que ganharam ampla penetração na esfera social com a popularização dos *smartphones* e da própria *internet*. Tudo isso sem descuidar da disseminação de notícias falsas ou descontextualizadas (“fake news” e pós-verdade), que abarcam referido discurso sem a ele se limitar.

Nesta ambiência, em havendo confronto entre princípios constitucionais, nenhum deles absoluto, pode-se, entre outras possibilidades, recorrer à ponderação, a qual é operada multidirecionalmente, em busca de regra concreta apta a reger a espécie, consideradas a importância e a pertinência de cada princípio para a regulação do caso em exame (BARROSO, 2015, p. 373).

No mesmo sentido entende o ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, que consigna que em tais colisões de princípios constitucionais deve haver a superação dos antagonismos por critérios de ponderação e avaliação, em dado caso concreto, imerso em um específico contexto e em perspectiva axiológica concreta, qual direito deve preponderar, sem que ocorra, com isso, o esvaziamento do núcleo essencial dos direitos fundamentais (DJU, 19 mar. 2014, HC 82.424/RS).

O que se observa, nos precedentes pátrios, é que a liberdade de expressão

---

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

11 Art. 1º Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;



tem sido reiteradamente limitada pelo que se convencionou chamar discurso do ódio (*hate speech*)<sup>12</sup>. Assim sendo, nem o direito à livre informação comporta a disseminação de posturas preconceituosas contra raças, modos de vida, posições políticas e valores do gênero, sobretudo quando não amparadas em fatos.

Ocorre, todavia, que a prática político-eleitoral, dinâmica que é, e com o reforço das redes sociais, tem subtraído do próprio Poder Judiciário a possibilidade de correção, no mais das vezes, dos excessos cometidos. Exemplifica-se o afirmado com a troca de informações falsas, típicas “fake news”, verificadas no processo eleitoral para a escolha presidencial em 2018, em que militantes, patrocinados ou não pelos candidatos que polarizaram a disputa, além de robôs programados eletronicamente, espalharam informações inverídicas sobre a candidatura rival, não raro caracterizadas por um discurso extremista e permeado pelo ódio à diferença e ao diferente.

A civilidade deveria ser a mola propulsora do debate eleitoral em uma democracia. A literatura que liga a civilidade aos ideais democráticos tende a tratá-la como um projeto a ser atingido, já que, paradoxalmente, tem sido relegada a um segundo plano por candidatos e eleitores mais extremos, desembocando em disputas marcadas por um vale-tudo discursivo, segundo Papacharissi (2004).

Com a intenção de frear tais ímpetos extremistas, capazes de modificar, inclusive, o resultado de uma disputa eleitoral, o Tribunal Superior tem empreendido esforços e estudos de forma a, no limite da liberdade de expressão, controlar abusos retóricos e falsas informações disseminados em larga escala, sobretudo no terreno das redes sociais.

Movidos pelo mesmo intuito, deputados federais e senadores apresentaram diferentes projetos de Lei no corrente ano, sendo que um deles encontra-se em discussão avançada no Senado Federal, motivo pelo qual se passa a abordá-lo. Trata-se do Projeto de Lei 2.630/2020, apresentado pelo senador por Sergipe Alessandro Vieira (Cidadania), relatado pelo senador baiano Angelo Coronel (Partido Social Democrata), que tem por escopo instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.

A proposta, que recebeu mais de 100 emendas, determina que aplicativos

---

12 Apesar de se defender a ponderação casuística, em cada caso concreto, percebe-se o estabelecimento do mencionado padrão em se coligindo o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito à honra, quando maculado o último pelo discurso do ódio, ainda que a ele se agregue o direito fundamental à informação.

como o *WhatsApp* limitem o número de usuários por grupo e o envio de mensagens encaminhadas, devendo ser identificados todos os seus usuários pelo registro geral (carteira de identidade). A intenção é possibilitar a identificação da mensagem inicial quando encaminhada e compartilhada por um número expressivo de vezes, desde que veicule informações inverídicas ou que empreguem o discurso do ódio. Ainda que as redes sociais, em regra, utilizem do recurso de criptografia ponta-a-ponta, haveria um acompanhamento das mensagens viralizadas com as características expostas, que, segundo se informa, apenas identificaria o remetente inicial.

Os defensores do projeto exaltam a possibilidade de barrar as “fake news” e suas influências nefastas ao processo eleitoral e à honra daqueles por ela atingidos. Os contrários, por sua vez, temem a censura estatal prévia de conteúdos sob critérios duvidosos, sendo certo que em caso de ofensa comprovada à honra, o prejudicado poderá buscar a devida indenização na via judicial. A única certeza é a de se tratar de tema tormentoso, cujo acerto ou desacerto, caso aprovado, dependerá da forma como conduzida a fiscalização, a qual, todavia, entende-se impossível dada a capilaridade das redes sociais disponíveis.

Nesse ponto, concorda-se com Aline Osorio, que preconiza:

A nova regulamentação da propaganda eleitoral na Internet não serviu, porém, para impedir as restrições indevidas à liberdade de expressão. Pelo contrário, a Lei nº 9.504/1997 conferiu diversos instrumentos para a censura de manifestações espontâneas nas redes sociais, como a exclusão de publicações e a suspensão do acesso a websites. [...] o maior problema está na excessiva proteção conferida pela legislação e pela jurisprudência eleitoral à reputação dos políticos e candidatos (OSÓRIO, 2017, p. 347).

No mesmo sentido, defendi em trabalho prévio que a proteção da imagem conferida a candidatos em disputa eleitoral não deve ser a mesma que se defere ao cidadão comum, sob pena de se punir o eleitor justamente em um dos únicos momentos em que lhe é deferido o direito de escolha entre distintos projetos de governo, sendo-lhe lícito, inclusive, adjetivar de forma dura aqueles que considera menos preparados ou mesmo corruptos. Além disso, os postulantes aos cargos eletivos detêm meios próprios, consubstanciados na campanha eleitoral (inclusive no horário eleitoral gratuito do rádio e da televisão) para refutar eventuais impropriedades contra si lançadas (GUERRA JR., 2015).

Mencionei, por oportuno, a teoria da proteção débil do homem público, segundo

a qual as pessoas que não exercem atividades públicas merecem proteção à honra em maior latitude que as outras que, por uma ou outra razão, estão mais sujeitas a um controle rígido da sociedade, pela natureza da atividade que livremente escolheram, informação oriunda de vários precedentes da Justiça Eleitoral. Pensamento contrário implicaria em um abarrotamento de representações no célere processo eleitoral (*idem*). Diversa, todavia, é a situação de robôs ou, conforme aludido, de candidatos, e, ainda, de pessoas por eles instruídas, que devem ter sua liberdade comaltada pelo interesse público consubstanciado no sufrágio.

Nesta ambiência, considerando como forma de pós-verdade a ser reprimida o abuso de poder religioso, conquanto não expresso de forma literal nos textos legais, passa-se a abordar o tema, uma vez situado no contexto histórico tratado no primeiro item e cujo combate caracteriza-se como um limite à liberdade de expressão, por influir na liberdade de escolha do eleitor, própria da democracia, não raro ostentando a característica de discurso do ódio.

### 3. O abuso do poder religioso como objeto para a cassação de mandato eletivo

Prevê a Constituição Federal que o “mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude” (artigo 14, § 10).

O abuso do poder econômico a que se refere o texto constitucional não raro entrelaça-se com o abuso de poder político, embora, em princípio, não se confundam. Ocorre, contudo, que uma vez configurados conjuntamente, maior razão haverá para a cassação do mandato eletivo, dada a ampla lesividade propiciada, maculando a livre e consciente escolha do eleitor. Neste sentido, já se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral:

[...] 3. O abuso de poder econômico entrelaçado com o abuso de poder político pode ser objeto da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), porquanto abusa do poder econômico o candidato que depende recursos patrimoniais, públicos ou privados, dos quais detém o controle ou a gestão em contexto revelador de desbordamento ou excesso no emprego desses recursos em seu favorecimento eleitoral. Precedentes: REspe nº 28.581/MG, de minha relatoria, DJe de 23-9-2008; REspe nº 28.040/BA, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 1º-7-2008 [...] (TSE – AAI nº 11.708/MG – DJe 15-4-2010, p. 18-19).

No mesmo sentido do precedente supramencionado, Igor Pereira

Pinheiro (2020) defende que a lesão causada pelo abuso do poder econômico é naturalmente vasta, podendo se relacionar, principalmente, com o abuso do poder político, conforme já mencionado ou mesmo com o abuso dos meios de comunicação social, não sendo categoria de ilícito estanque na seara eleitoral.

Nesta ambiência, tem-se defendido, em sede doutrinária e, aos poucos, em precedentes judiciais, que o abuso do poder religioso pode configurar, em tese, espécie de abuso do poder econômico, não raro entrelaçado, como acima exposto, com abuso de poder político, apto a funcionar como causa de pedir em ação de impugnação a mandato eletivo. O posicionamento majoritário na doutrina pode ser assim declinado:

[...] o denominado abuso de poder religioso liga-se à realização de discursos, prática de atos, cessão de espaços e estruturas relacionados ao culto, à expressão da fé e à relação com o divino, que são corrompidos com vistas a manipular ou influenciar a formação da vontade política dos fiéis, e interferir em seus comportamentos quando do exercício do sufrágio (GOMES, 2020, p. 751).

Como a crença é livre num país que se autodeclara laico, não comete o ilícito acima, por exemplo, a autoridade religiosa que prega valores que se aproximem de tal ou qual candidatura, sem mencioná-la, desde que seguindo os valores concernentes à devoção que professa.

Resta caracterizado, lado outro, o abuso do poder religioso nas circunstâncias em que se verifica o desvio do poder de ascendência sobre os fiéis manejado com intencionalidade, direcionado a manipulá-los, com indevida intervenção no processo eleitoral, em ação que afronta os princípios e valores que o regem, segundo Gomes (2020).

Apontam-se como casos ensejadores de abuso de poder religioso apto a gerar a cassação de mandato: i) coação de fiéis a aderirem a certa candidatura pelo líder religioso; ii) reiteradas pregações explicitamente favoráveis a determinado postulante a cargo eletivo; iii) participação reiterada de candidato, apenas em período eleitoral, de cultos religiosos, fazendo frequente uso da palavra; iv) doação ou promessa de doação de bens móveis ou imóveis a denominações religiosas no período eleitoral, segundo Azevedo (2017).

Como acima aludido, a tese de abuso do poder religioso, em sede jurisprudencial, vem sendo aos poucos conformada, encontrando, ainda, pequenos dissensos. O cerne da discussão travada no Tribunal Superior

Eleitoral é se a figura do abuso de poder religioso deve ser reconhecida como causa de pedir nas ações eleitorais de forma direta e automática, ou deve ser combatido após reconhecimento indireto, nas circunstâncias em que claramente se transveste de abuso de poder econômico (passível de ação de impugnação de mandato eletivo, com a perda do mandato), político ou do uso dos meios de comunicação (passíveis de representação por condutas vedadas, que também podem ensejar a perda do mandato eletivo), segundo Nogueira Junior (2017).

No particular, concorda-se com o autor, para quem a previsão, por restringir direitos e não estar expressa em Lei, deve ser considerada apenas se configurar, de forma veemente, algum dos abusos textualmente vedados, em regra o econômico imiscuído ao político.

Segue recente e elucidativo trecho de julgado da Suprema Corte Eleitoral, que coaduna com o posicionamento aqui defendido:

[...] 13. Sem a emissão de juízo de valor sobre as diferentes convicções religiosas –direito fundamental protegido pela Constituição Federal – a exercerem influência sobre as opções políticas do indivíduo e, em última análise, da comunidade a que pertence, **é inegável que declarações públicas de apoio ou predileção a determinada candidatura estão resguardadas pela liberdade de manifestação assegurada constitucionalmente.** Além disso, tendem os indivíduos a um alinhamento natural a candidatos oriundos da fé professada. 14. **A utilização do discurso religioso como elemento propulsor de candidaturas, infundindo a orientação política adotada por líderes religiosos – personagens centrais carismáticos que exercem fascinação e imprimem confiança em seus seguidores –, a tutelar a escolha política dos fiéis, induzindo o voto não somente pela consciência pública, mas, primordialmente, pelo temor reverencial, não se coaduna com a própria laicidade que informa o Estado Brasileiro.** 15. **Diante desse cenário é que se torna imperioso perscrutar em que extensão cidadãos são compelidos a apoiar determinadas candidaturas a partir da estipulação de líderes religiosos - os quais, por vezes, vinculam essa escolha à própria vontade soberana de Deus -, em cerceio à liberdade de escolha do eleitor, de modo a interferir, em larga escala, na isonomia entre os candidatos no pleito, enfraquecendo o processo democrático.** 16. **A reiterada conclamação aos fiéis durante as celebrações religiosas, por seus líderes, para que suportem determinada campanha, cientes do seu poder de influência sobre a tomada de decisões de seus seguidores, é conduta que merece detido exame pela Justiça Eleitoral, considerada a nobre missão de que investida, pela Carta Magna, quanto ao resguardo da legitimidade do pleito.** 17. A modificação do prisma histórico-social

em que se concretiza a aplicação da norma torna imperiosa uma releitura do conceito de ‘autoridade’, à luz da Carta Magna e da teleologia subjacente à investigação judicial eleitoral, **a revelar de todo inadequada interpretação da expressão que afaste do alcance da norma situações fáticas caracterizadoras de abuso de poder em seus mais diversos matizes** - as quais manifestam idênticas e nefastas consequências -, sabido que a alteração semântica dos preceitos normativos deve, tanto quanto possível, acompanhar a dinâmica da vida. 18. Porque insofismável o poder de influência e persuasão dos membros de comunidades religiosas - sejam eles sacerdotes, diáconos, pastores, padres etc -, **a extrapolação dessa ascendência sobre os fiéis deve ser enquadrada como abuso de autoridade - tipificado nos termos do art. 22, XII, da LC nº 64/1990, que veio a regulamentar o art. 14, § 9º, da CF - e ser sancionada como tal.** 19. Nessa quadra, **revelam-se passíveis, a princípio, de configuração do abuso de autoridade - considerada a liderança exercida e a possibilidade de interpretação ampla do conceito - os atos emanados de expoentes religiosos que subtraíam, do âmbito de incidência da norma, situações atentatórias aos bens jurídicos tutelados, a saber, a normalidade e a legitimidade das eleições e a liberdade de voto** (art. 19 da LC nº 64/1990). [...] (TSE – RO nº 537003/MG, Rel. Min. Rosa Weber – DJe 27-9-2018). (grifo nosso)

Assim sendo, nas novas trilhas percorridas pelo Tribunal Superior Eleitoral, torna-se admissível, em casos extremos e aptos a caracterizar o abuso de poder religioso (não previsto de forma expressa em Lei) como outra forma de abuso juridicamente proscria (abuso do poder econômico ou político), concluir-se pela possibilidade de cassação do mandato eleitoral maculado por aludido vício.

Ressalta-se, por oportuno, tratar-se de claro caso de pós-verdade apta a influir o voto de fiéis, transbordando os limites da liberdade de expressão e, não raro, utilizando-se do discurso do ódio em local onde se deveriam pregar valores concernentes à emancipação cidadã, em verdadeiro desserviço à jovem democracia brasileira.

## Considerações finais

Definida a pós-verdade e percorrido seu caminho histórico até a atualidade, com aportes filosóficos e sociológicos, percebeu-se de forma clara que, em menor ou maior intensidade, ela sempre esteve presente na humanidade. Demonstrou-se que, desde os socráticos até a contemporaneidade, marcada pelas redes sociais, ela se potencializou a ponto de possibilitar a alteração da vontade popular

consubstanciada no resultado de um pleito eleitoral.

O fenômeno, como se viu, gerou perplexidade capaz de opor à liberdade de expressão limites mínimos, tendo como caso claro de seu abuso o discurso do ódio, que a desconfigura e ofende frontalmente o postulado maior da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, que aqui poderia ser chamada de dignidade cidadã no exercício da soberania popular, direito fundamental a ser protegido pelo ordenamento jurídico, a despeito do igualmente caro direito fundamental à informação.

Por fim, demonstrou-se o abuso do poder religioso como possibilidade concreta de aplicação da pós-verdade de modo a enfraquecer a democracia representativa, sendo certo que não raras vezes constitui ele espécie de abuso econômico ou político, apto a ensejar a cassação de mandato político, por degradar a soberana manifestação popular representada pelo sufrágio, momento capital para o exercício cidadão dos direitos políticos e democráticos.

Por se tratar de desenvolvimento recente da doutrina e jurisprudência, é essencial o fortalecimento da tese, apta a afastar interferências escusas no prélio eleitoral, desafio que se impõe tanto aos operadores do direito quanto aos amantes da democracia.

## Referências

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

AZEVEDO, Alexandre Francisco de. **Abuso do poder religioso nas eleições**. Revista Jurídica Verba Legis, Goiânia, n. 12, p. 1-9, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. São Paulo: Zahar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

\_\_\_\_\_. Conheça a proposta contra *fake news* que está na pauta desta terça-feira. **Agência Senado**, 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/06/conheca-a-proposta-sobre-fake-news-que-esta-na-pauta-desta-terca-feira>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/2014. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 mar. 2014.

CAVALCANTE, Alberto Rocha. **O projeto da modernidade em Habermas**. 1999. 197 f. Dissertação (Mestrado em filosofia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CREMONESE, Dejalma. Ética e moral na Contemporaneidade. **Campos Neutrais - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais**, v. 1, n. 1, p. 8-28, dez. 2018. ISSN 2596-1314. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/cn/article/view/8618>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Geovane Ferreira. As condições estruturais da era da pós-verdade. *In: A (pós-) verdade em uma época de mutações civilizacionais*. ROIZ, Diogo da Silva; GOMES, Geovane Ferreira; SANTANA, Isael José (org.). Serra:



Milfontes, 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GUERRA JR., Célem Guimarães; PERIUS, Oneide; SILVA, Rubens Leonardo. **O direito na pós-modernidade: idas e vindas em busca de um mínimo ético**. Pendente de publicação: 2020.

GUERRA JR., Célem Guimarães. Ofensa à imagem de candidato na disputa eleitoral: relativização pós-positivista como meio de ampliação do debate cidadão. *In: Âmbito Jurídico*. n. 138. São Paulo, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARCO, Claudio A. Ferreira Di. Democracia inacabada: uma breve discussão sobre as formas limitadas com que os cidadãos atuam na democracia brasileira. *In: CHINCHILLA, Laura. (coord.), PEREIRA, Wagner Pinheiro. & LUGO, Carlos. (orgs.). Democracia, Liderança e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Edusp, 2019.

NOGUEIRA JR., Flávio Aurélio. **Novos tipos de abuso de poder: uma contribuição ao estudo a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral**. 2017. 175 f. Dissertação (Mestrado em direito) – UNICEUB, Brasília.

NUNES, Jean. **Caminhos para democratização do direito**. Salvador: Juspodivm, 2020.

OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

**OXFORD DICTIONARY**. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/post-truth>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

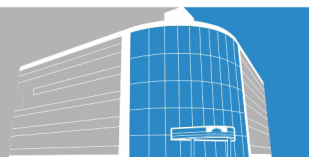
PAPACHARISSI, Zizi. Democracy online: civility, politeness, and the democratic potential of online political discussion groups. *In: New media*

**society**. Londres: Sage, 2014.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral**. 3. de. Leme: JHMizuno, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livr. Do Advogado, 2006.

SCHWARTSMAN, Hélio. Ciência repensa o cérebro e mostra que ele não é feito para mudar de ideia. **Folha de São Paulo**, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/09/1920818-ciencia-repensa-a-razao-e-mostra-que-fomos-feitos-para-nao-mudar-de-ideia.shtml>>. Acesso em: 20 jun 2020.



## Aprendizagem em dias de pandemia: das lições do *home office* e alternativas para a gestão e disseminação do conhecimento

Learning on pandemic days: home office lessons and  
alternatives to knowledge management and dissemination

---

Aprendizaje en días de pandemia: lecciones  
del home office y alternativas para gestion  
y difusión del conocimiento

---

Geraldo da Silva Gomes<sup>1</sup>

### RESUMO

O texto é um breve ensaio sobre as experiências vivenciadas e refletidas neste período de pandemia da Covid-19, a partir do distanciamento físico do espaço físico laboral e da prática do trabalho remoto em casa, mediado pelas tecnologias digitais. A reflexão adotou perspectivas filosóficas, sociológicas e educacionais para o entendimento da relação trabalho, aprendizagem e confinamento físico frente a uma pandemia mundial. O exercício teórico é resultante de observações etnográficas e de ótica de uma pesquisa participante involuntária, isto é, sobre como o sujeito que se representa como “ensinante” torna-se “aprendente” a partir

---

1 Doutor em Ciências da Comunicação (UNISINOS), mestre em Educação (UFG), graduado em Filosofia (FFNSM/SP), com estudos pós-doutorais em Educação (UFBA) e em Comunicação e Cultura (UFT). Ex-bolsista da Fundação Carolina. Atua como docente e pesquisador nas áreas da educação, comunicação, direito, sistemas de informação, semiótica e gestão do conhecimento. Assessor técnico-pedagógico no Cesaf-ESMP do Ministério Público do Estado do Tocantins. CV: <http://lattes.cnpq.br/7833414547695138>. <https://orcid.org/0000-0002-4182-4511>.

da mediação tecnológica, com outros atores socioeducativos no espaço virtualizado do Ministério Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Pandemia, Aprendizagem, Tecnologias, Trabalho, Alternativas.*

## ABSTRACT

The text is a brief essay about the reflected experiences in this last period of the Covid-19 pandemic; from the physical distance or work space with the practice of home office. The reflection adopted philosophical and sociological educational perspectives to understand the relationship between work, learning and physical confinement in the face of a worldwide pandemic. The theoretical exercise is the result of view and ethnographic observations of an involuntary participatory research, that is, about how the subject who represents himself as a “teacher” becomes a “learner” through technological mediation, with other socio-educational actors in the virtualized space of the State Public Prosecution Service Office.

**KEYWORDS:** *Pandemy, Learning, Technologies, Labor, Alternatives.*

## RESUMEN

El texto es un breve ensayo sobre las experiencias reflejadas en estos tiempos de la pandemia de Covid-19; desde la distancia física o el espacio de trabajo con la práctica del *home office*. La reflexión adoptó perspectivas educativas, filosóficas y sociológicas para comprender la relación entre trabajo, aprendizaje y confinamiento físico frente a una pandemia mundial. El ejercicio teórico es el resultado de observaciones etnográficas y ópticas de una investigación participativa involuntaria, es decir, acerca de cómo el sujeto que se representa a sí mismo como “maestro” se convierte en un “alumno” a través de la mediación tecnológica, con otros actores socioeducativos en la virtualización del espacio de la Fiscalía en Estado de Tocantins (Ministerio Público).

**PALABRAS-CLAVE:** *Pandemia, Aprendizaje, Tecnologias, Labor, Alternativas.*

## INTRODUÇÃO

O número de reuniões por aplicativos de comunicação rápida – via chamadas de áudio ou áudio-vídeo – e plataformas específicas disponibilizadas para *smartphones* e *notebooks* tornou-se algo comum, rotineiro, para os profissionais

que não se encontram efetivamente nos trabalhos diretos de combate e prevenção à Covid-19 nos espaços hospitalares, neste momento de pandemia. Além das reuniões, microrreuniões, conversas em duo, também tem se percebido, como rotineira, a prática da leitura e estudo de documentos digitalizados diretamente nas telas dos aparatos tecnológicos.

Em tão pouco tempo, videochamadas e videoconferências ganharam outras terminologias. Um novo léxico é usado no cotidiano dos integrantes do Ministério Público do Estado do Tocantins nesses dias de distanciamento físico e trabalho remoto, diante da necessidade de prevenção e combate à pandemia da Covid-19.

A profusão de reuniões e a necessidade de manter o fluxo informativo comunicacional em funcionamento fizeram com que os eventos educativos fossem adequados para os formatos de *lives* – transmissão ao vivo, uso direto do termo da oriundo língua inglesa – de webinários – uso também do inglês para a junção *web/rede* e *+seminar/seminário* – nas plataformas como *Zoom*, *Cisco Webex*, *Google Meet* e as redes mais conhecidas como *Instagram* e *Youtube*.

Quais são as lições que podem ser retiradas desse exercício de aprendizagem formal adaptado para uma modalidade a distância, pois o uso do termo “remoto” camufla situações reais de recepção e (não) aprendizagem de conteúdos. Em passado recente, atuei em muitas frentes de trabalho pedagógico que pressupunham interações dos indivíduos entre si, mediados por aparatos tecnológicos, com suporte de web tutores numa noção diferenciada de tempo, não sincrônico, mas simulando um espaço educativo próprio, mesmo estando a pessoa em sua residência ou no espaço do trabalho.

Com a pandemia, não existe a simulação do espaço pedagógico, isto é, do usuário-computador-monitor, dos conteúdos virtuais-tutoriais em horários específicos. O espaço pedagógico sai da simulação e tem que coabitar na mesma sala, no mesmo espaço de estudo dos filhos, no mesmo cômodo, no caso da maioria das famílias neste país de desiguais. Este trabalho não possui o tempo e o espaço dedicados, ele é anômalo.

A pandemia trouxe uma situação de anomalia, porque tempos e espaços dedicados foram colocados de lado. Vida doméstica e vida laboral estão misturadas. Há poucos meses, acessar e conferir a caixa dos processos judiciais eletrônicos (e-Proc), Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), e-Docs, e-Exts, SEI (Sistema Eletrônico de Informações) ou correio eletrônico ou estar

atento em casos de plantão tinha suas demarcações precisas. Hoje, cada integrante do Ministério Público está com parte de suas atribuições em tempo integral dentro de casa, literalmente, enquanto corrige as lições das crianças em fase de alfabetização, tenta participar da *live* de algum conhecido, elabora o texto para uma ação, verifica de quem é a vez de cuidar do almoço e checa por *WhatsApp* se os parentes pertencentes a grupos de risco estão quietos em suas casas.

A proposta deste texto é realizar este primeiro exercício etnográfico, no veio antropológico comunicacional e educacional, sobre o que a pandemia e o *home office* estão ensinando a todos nós, em especial quando o Ministério Público se instala em nossas casas e parece não fixar prazo para voltar ao espaço e tempo dedicados ao trabalho dentro do prédio do MPTO.

## 1. Etnografia doméstica e aprendizagem significativa

A partir do momento em que se assumiu a necessidade de distanciamento físico e de confinamento diante da ameaça da Covid-19, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional- Escola Superior do Ministério Público (Cesaf-ESMP) articulou-se para informar aos integrantes do MPTO as atividades educativas remotas que começaram a ocorrer. A Direção-Geral criou um canal próprio, via *WhatsApp*, para informar quais ofertas estavam em ocorrência, as instituições proponentes, os profissionais responsáveis e as temáticas focalizadas. O Cesaf-ESMP mapeou, no período de março a maio, um conjunto de 110 atividades entre ciclo de palestras, mesas virtuais, videoconferências, colóquios, conferências, congressos, cursos, debates, grupos de estudos, informativos, *lives*, *podcasts*, reuniões, seminários, simpósios, *webcasts* e webinários<sup>2</sup>.

As atividades eram apresentadas ao vivo, diretamente por plataformas

---

2 É tanta gente desejando ter a definição dos termos, que erram na dose de autores, análises e produtos. A partir de minha vivência na comunicação pude observar muito dessa tendência dos eventos em *streaming*, outro termo oriundo da língua inglesa que significa “transmissão”. Realizar um evento de tal formato permite uma qualidade técnica de captação e compartilhamento de conteúdos de forma simultânea ao que está em ocorrência por uma rede de computadores, bem como para um número grande de pessoas. O uso de *live streaming* foi muito utilizado comercialmente por grupos artísticos atraindo tanto a curiosidade quando usuários em busca de entretenimento junto às redes sociais e plataformas. O webinário, opto pela tradução mestiça para a língua portuguesa no Brasil ao invés de *webinar*, é uma apresentação ao vivo que permite a interação com o público, diferente do *webcast*, é a junção dos materiais audiovisuais disponibilizados assincronicamente. Como é recurso/ferramenta desenvolvida com lógicas da esfera privada. A adaptação para a esfera pública nos domínios educacionais requer cuidados para não se incorrer em erros, isto é, em se trabalhar excelentes produtos com profissionais gabaritados sem levar em

digitais, ou assíncronas, ofertadas em espaço *online* de ambiente virtual de aprendizagem próprio ou externo. A difusão deste conhecimento produzido por integrantes de diversas instituições pode ser difundido pelo Cesaf-ESMP com as informações disponibilizadas pela Escola Nacional do Ministério Público-ENAMP, Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil- CDEMP, Ministérios Públicos Estaduais e demais instituições. Também, frisa-se a importância da contribuição de diversos integrantes do *parquet* na informação de eventos cujas temáticas têm o teor formativo educativo.

Em pouco tempo, o número de eventos aumentou, ainda não tendo sido realizada sua computação da segunda quinzena de maio ao mês de julho. No entanto, o provisório das atividades cotidianas remotas do órgão tornou-se mais efetivo e corriqueiro<sup>3</sup>. No Ministério Público do Estado do Tocantins – MPTO apresentou o regramento para o teletrabalho no Ato nº11/2018, tempo depois aprendeu a conviver com outros também para as mesmas atividades laborais como trabalho remoto, a distância, EaD, *on line* e *home office*, ficando este último mais utilizado nas mídias tradicionais e nos novos formatos digitais.

O ambiente doméstico abrigou reuniões semanais de toda a equipe de trabalho ou subdivididas em grupos de trabalho, de acordo com as pautas específicas. Também, pode-se acessar remotamente o repositório de dados do Cesaf-ESMP para a edição dos materiais audiovisuais e disponibilização *online*. Os grupos passaram a se encontrar no *simulated face to face*, ou seja, num face a face simulado pelas telas dos monitores dos *notebooks* ou aparelhos celulares/*smartphones*. O Cesaf-ESMP transferiu-se para a casa de cada um de seus integrantes, que por analogia, muitas promotorias e procuradorias de justiça fizeram da mesma maneira.

E é neste ponto do face a face simulado, vejo um espaço no qual as outras

---

conta o abismo entre ter tecnologia de ponta para produzir-transmitir e os grupos populacionais sem pouca ou nenhuma condição de possuir aparatos tecnológicos e conexões decentes de internet.

3 A Instituição divulgou por meio das redes sociais no mês de junho de 2020 que a produtividade da atuação ministerial aumentou em 15,5% nos últimos 100 dias, salientando o expressiva número de 95 mil movimentações pelo teletrabalho. No total, mais de 33 mil movimentos em procedimentos judiciais, extrajudiciais e administrativos, 21.720 manifestações e recursos em processos judiciais; 814 procedimentos extrajudiciais instaurados; 843 ações e denúncias; 9.134 movimentações na esfera administrativa e 985 atendimento ao cidadão realizados pela Ouvidoria. (Disponível em < <https://mpto.mp.br/portal/2020/07/03/mpto-registra-aumento-da-produtividade-no-regime-de-teletrabalho-e-contabiliza-95-mil-movimentacoes-em-100-dias> > Acesso em: 03.julh..2020 )

peças, como um Outro, num ângulo filosófico, passou ser capturado e entendido em suas reações e ação comunicativa mediado por uma câmera interna do *notebook*. Essa experiência permite estudar esse fenômeno do encontro mediado pela tecnologia sob um recorte metodológico da etnografia doméstica. Pouco conhecida nas lides do direito, mais utilizada como auxiliar na interpretação das subjetividades, fatos e conteúdos em mutação dependente das máquinas que capturam as imagens. Segundo Renov (1999), entre o que mostra e o que vê existem códigos e barreiras possíveis de leituras e interpretação.

Em outras palavras pode-se aclarar que a relação do Eu que participa e dialoga com o Outro por meio de uma máquina pode estar expondo muito daquilo que somos. Nisso, uma etnografia doméstica é possível ser realizada. Em geral, mencionar a etnografia para muitos é pensar numa ida a campo para observação e coleta de dados, posteriormente, interpretando-os para melhor entender o funcionamento dos grupos envolvidos e fenômenos culturais ocorridos ou em ocorrência. Opto por recordar dos indicativos de Geertz (1989):

[...] a etnografia é uma descrição densa. O que o etnógrafo enfrenta, de fato – a não ser quando (como deve fazer, naturalmente) está seguindo as rotinas mais automatizadas de coletar dados – é uma multiplicidade de estruturas conceptuais complexas, muitas delas sobrepostas ou amarradas umas às outras, que são simultaneamente estranhas, irregulares, implícitas, e que ele tem que, de alguma forma, primeiro apreender e depois apresentar [...] Fazer etnografia é como tentar ler (no sentido de ‘construir uma leitura de’) um manuscrito estranho, desbotado, cheio de elipses, incoerências, emendas suspeitas e comentários tendenciosos [...] (GEERTZ, 1989, p.20).

Realizar um etnografia doméstica parece elucubração teórica diletante, mas não o é. Ao ver-me, tentando entender os mecanismos de ensino e aprendizagem que podem ser ressaltados das reuniões remotas, assumo um lugar de fala a partir do espaço doméstico, dando ênfase à origem latina do termo *domesticus* enquanto pertencente ao *domus*, do que nos cerca e cobre, da casa. Dessa maneira, o face a face simulado pela tecnologia digital, com câmeras embutidas nos aparelhos, permite realizar no meu espaço doméstico-caseiro um exercício etnográfico, da mesma maneira, as pessoas com quem interajo também o fazem.

O olhar etnográfico, por meio da câmera e dos aparatos tecnológicos, permite um confronto de cabeças e troncos falantes, rostos com aspectos de sonolência- cansaço-atenção, expressões de seriedade-timidez-curiosidade-apatia



e ironia, objetos sobre mesas, estantes com o acervo bibliográfico, imagens de familiares em porta-retratos, artesanatos, símbolos religiosos. Sem a intenção do voyeurismo, muito se pode aprender do Outro e de si mesmo nesta nova forma de encontro, de ensino e de aprendizado. Se fizéssemos uma tomada cinematográfica do momento em que se está participando de uma reunião ou evento remoto seria algo metaficcional, pois se registra um Eu que está pensando que vê o Outro, que por sua vez não está inteiramente no momento registrado. E ao mesmo tempo, o Eu está interpretando uma personagem em diálogo com outra, existem laços de afinidade que acontecem neste exercício de observar e participar simultaneamente.

Entra e sai dia, o olhar alegre e preocupado do palestrante tentando se adequar na lógica rápida de uma “live” dá lugar ora a uma expressão cansada, ombros caídos, olheiras e fala desalentada, ora a uma postura de quem aprendeu a se tornar, também, um objetivo midiaticizado. O cenário modificou-se; nos primeiros dias via-se o teto, as paredes e um rosto tentando mergulhar dentro do monitor; hoje os livros estão organizados nas estantes, os objetos coloridos ou estranhos que poluíam a cena desapareceram, as pessoas aprenderam a falar para si mesmas pensando que comunicam com o mundo. Os sorrisos e discretas saudações são dadas para ícones de corações multicores, mãos acenando ou aplaudindo.

Esses aspectos sociocomportamentais e estético-decorativos indicam que um aprendizado está em ocorrência. Outra lógica de produtividade se faz presente, pois o cansaço que se percebe no face a face das reuniões de trabalho e na assistência aos eventos solicita das pessoas discursos objetivos e conteúdos diretamente focalizados. Os que os bons professores de língua portuguesa ensinam sobre a clareza, concisão e coerência já se fazem notar em reuniões pautadas para ocorrer em 45 minutos. A margem do dito e do silêncio tem outra métrica e qualquer ruído diferente ameaça a dispersão, o devaneio e a não demarcação como relevante aquele momento vivido. Neste exercício de etnografia doméstica sobre os trabalhos remotos, percebe-se a exigência de uma atenção carregada de tensão, em que ver, ouvir e apontar não ocorrem como da maneira anteriormente presencial, o fio condutor do raciocínio se perdeu e é difícil sua retomada no âmbito cognitivo, a não ser que a reunião (ou encontro) seja gravada e o participante possa a ela acessar posteriormente.

Com essa contingência, a aprendizagem para as pessoas adultas, de fato, passa a ter outra importância. Antes se podia pensar que aquilo aprendido numa certa fase da vida seria utilizado na fase profissional adulta, com alguns momentos

para atualização ou capacitação de conteúdos. No atual “durante”, o sujeito da ação tem que se assenhorar dela em todas as etapas. Tudo é significativo nesta aprendizagem. Não é raro encontrar pessoas que desejam ardentemente o retorno às atividades presenciais no espaço e tempo concedidos do trabalho, porque se sentem inaptas para o uso das tecnologias digitais, acabam por ter rechaço em falar para uma tela, manejar um *mouse*, clicar em ícones de microfones, digitar em um espaço demarcado para mensagens/conversas (*chats*) e projetar algum relatório formatado em PDF.

Até o presente momento, tudo sinaliza para a continuidade do confinamento. Espera-se que quando este artigo estiver publicado o pior tenha passado, mas por enquanto a Covid-19 tem impactado de maneira amedrontadora, embora muitos ainda defendam discursos negacionistas, mais preocupados com a defesa incontinente de posicionamentos ideológicos sem levar em conta os óbitos e o sofrimento das famílias das pessoas que faleceram. Nesse desafio do como não ser contaminado, morrer em decorrência das consequências do vírus no organismo e a saber, minimamente, conviver com sua presença é que ressalto a relevância sobre aprendizagem significativa. No confinamento, aprende-se a filtrar o que é significativo naquilo que se presume como conteúdo de aprendizagem.

Com respeito à aprendizagem significativa que saliento neste estudo, assinalo a contribuição de David Ausubel (1918-2008), estudioso estadunidense, defensor de uma perspectiva de ensino-aprendizagem para ressignificar o papel e a importância da escola no contexto discriminatório de seu tempo. A Teoria da Aprendizagem Significativa – doravante TAS – de Ausubel presume a construção do conhecimento por parte das pessoas, valorizando aquilo que ela já possui, enquanto repertório sociocultural e cognitivo e defendendo que o processo pedagógico não é algo romantizado, nele os profissionais responsáveis necessitam ter amplo entendimento dos mecanismos da produção cognitiva no cérebro humano, para melhor trabalhar com conteúdos de significância. Aprender é uma ação que estabelece condições de mudança no conhecimento estabelecido e estruturado, se realizado de maneira mecânica não integra o novo com o já existente, a organização sistemática nesse processo é composta pela percepção, memória, estado de atenção e afetividade. A dialogicidade se faz presente neste processo. (AUSUBEL, 1964; 1966; 1968; 1971).

Trago a TAS para o contexto das reuniões de trabalho e eventos educativos no âmbito do MPTO, pois é importante considerar que cada um dos atores que

participam nas rotinas institucionais possui em sua estrutura mecanismos de percepção, repositório de memórias latentes e subconscientes, relação atenção-dispersão e esfera de afetos. Neste sentido, a etnografia doméstica apresentou pistas sobre esses atores com respeito à importância de se ter roteiros prévios de conteúdos, numa perspectiva andragógica assertiva, a fim de com eles estabelecer diálogo nas atividades propostas e obter respostas positivas de aprendizado e atuação nas rotinas laborais.

## 2. Do observado e das possíveis contribuições

Enquanto perdurar a ameaça da Covid-19 quem tem juízo no lugar continuará a se sentir amedrontado e a pensar sua própria segurança e na de seus familiares, de forma especial. Sem vacina sem normalidade cotidiana das atividades laborais, pelo menos para as pessoas que não estão trabalhando diretamente nos serviços considerados essenciais. Isso me leva a considerar como efetiva a adoção do teletrabalho/*home office* integral para determinados grupos de pessoas nas esferas públicas e privadas e, em caso de não estabelecimento de uma diminuição do número de contaminados ou uma segunda onda de contaminações, todos serem levados, por contingência, a atuar em suas residências.

Nesse ponto, levanto algumas situações a serem consideradas, a partir do observado etnograficamente nas reuniões e encontros remotos visando estabelecer instâncias promotoras de real aprendizagem significativa e atuação proativa nas demandas realizadas, tanto nas atividades educativas como aquelas das atividades meio e fim da Instituição.

Em primeiro lugar, é falsa a ideia de que todos os integrantes de instituições consideradas sólidas como o Ministério Público vivem em grandes residências, com uma infraestrutura glamorosa e aparatos tecnológicos disponíveis com ampla facilidade. As mesmas dificuldades de fones de ouvidos que não funcionam, *notebooks* sem recursos para movimentar as plataformas de comunicação, conexões de internet inconsistentes verificadas em inúmeras matérias divulgadas pelos telejornais da grande mídia televisiva junto às populações mais pobres, também se fazem perceber entre essa parcela em foco.

Em muitas reuniões, inclusive naquelas que são revestidas da aura acadêmica sobre conhecimentos relevantes, pode-se perceber pessoas em saletas minúsculas, nos pequenos quartos dos filhos em apartamentos. A decoração

infantil em alguns cantos contrasta com os argumentos científicos e a tomada de decisões em curso. Em alguns outros momentos, no início da pandemia, período em que ainda imperava uma descontração por parte de alguns participantes das reuniões, que pensavam não estar sendo capturados naquele átimo de segundo pelas câmeras e, aborrecidos ou enfadados com as conversas deitavam-se no chão da sala onde se encontravam ou deixavam objetos sobre a cadeira na qual estavam, representando-os.

Dessa maneira, pensar em rotinas de trabalho e de novas possibilidades de ensino-aprendizagem, a partir das equipes da administração superior e Cesaf-ESMP é perguntar, em primeiro lugar, em quais espaços reais e concretos ocorrerão. Nos espaços da Instituição, no caso de retorno de parte das atividades, distanciamento físico entre as pessoas, estações de trabalho com proteção e higienização constantes, além da necessária rotatividade e alternância de dias e horários nas seções com número maior de integrantes. Nos eventos educacionais presenciais, o distanciamento físico entre cadeiras deverá ser muito bem delimitado, da mesma maneira que o espaço físico a ser ocupado pelo docente/instrutor, também se observando a segurança necessária.

Quanto aos grupos que devem/deverão ficar em casa, será importante realizar o levantamento da infraestrutura existente. Não se deve retornar à oferta de programas como “um computador por aluno” (aplicado em algumas regiões brasileiras, no qual se disponibilizava uma máquina para cada estudante, a fim de diminuir a brecha digital, e que anos depois virou sucata nas escolas por falta de continuidade), não será o Ministério Público a distribuir máquinas a todo momento e gratuitamente para os seus integrantes, contudo uma campanha de conscientização sobre a importância da adoção do computador como real suporte de trabalho deverá ocorrer. Sem essa ideia geradora, as pessoas podem não despertar para a importância e significação da máquina em sua rotina laboral.

A Instituição terá de auxiliar aos seus integrantes no pensar sobre a importância da ergonomia em suas vidas e dos espaços de trabalho até os assentos próprios nas residências. Além do *notebook* trago também à baila a importância de se pensar como o Ministério Público disponibilizará os *softwares* de segurança para o trabalho remoto doméstico? Não tenho resposta, mas a questão está aberta a encontrar pares para dialogar sobre ela.

Em segundo lugar, o aumento da produtividade traz uma alvoroçante

surpresa pela capacidade das pessoas em assimilar as práticas remotas no período de distanciamento físico, entretanto isso não significa em sua totalidade que processos adaptativos cognitivos estejam ocorrendo. Existe uma resposta positiva externa, mas será que está internalizada?

Apregoa-se que as vantagens do trabalho no espaço doméstico são amplas, isto é, desde a possibilidade de flexibilizar horários das atividades até a realização de outras atividades que, anteriormente na jornada estrita da presencialidade, não poderiam ocorrer. Como por exemplo, algumas vantagens para a vida pequenoburguesa podem ser verificadas como não passar pelo estressante trânsito da capital e das cidades do interior, ausência de necessidade de disputar vaga para veículo no estacionamento externo, economia no uso dos veículos, economia no uso do vale transporte para os que utilizam os ônibus municipais, economia com maquiagem, cabeleireiro, vestuário e outras exigências condizentes com o ambiente laboral.

Na esfera institucional, custos são reduzidos com o teletrabalho. Previnem-se riscos à saúde com o distanciamento físico das pessoas, reduzem-se possibilidades de contaminação, mas se cria essa outra problemática. É uma equação que merece estudo e mais atenção sobre ela, pois os horários das atividades devem ser delimitados de acordo com os padrões básicos e exigências para desempenho laboral frente às telas de monitores, cuidados com a carga de luminosidade para os olhos – no prisma de atenção oftalmológica – ou seja, está-se lidando com novas situações, vale a pena repetir, para que as observações não sejam vistas apenas como problemas sindicais pontuais.

Em terceiro lugar, o clima de insegurança e medo frente à Covid-19 permanece muito forte. Para a Instituição é importante ampliar a veiculação de informações para seus integrantes sobre os aspectos de prevenção e o principal, o que se deve fazer caso se apresentem os sintomas da Covid-19? Levanto esta questão porque nas reuniões de trabalho e eventos, aquelas em que é possível a interação direta e cujos microfones dos participantes, por vezes, estão abertos por distração e se escuta um pouco mais do espaço doméstico da pessoa. Em alguns casos, falas soltas ou perguntas recorrentes incidem sobre: “e se eu pegar Covid-19, o que devo fazer?”.

As reuniões de trabalho têm pontos positivos no tocante à objetividade que adquiriram, isto é, a distração inconsciente de se escapar daquela realidade olhando alguma mensagem solta no *WhatsApp* diminuiu, os cuidados com sons externos e até

mesmo reações fisiológicas do organismo humano têm sido observadas. Há um foco de trabalho em evidência, porém, basta mencionar alguma situação sobre a Covid-19, evidências de desinformação vêm à tona. Reforça-se, então, maior campanha interna de informação sobre prevenção e segurança.

Em quarto lugar, como essa experiência tende a se alongar – não quero cair na armadilha da defesa da expressão “novo normal” porque antes se vivia o contínuo anormal neste país de privilégios para poucos e tamanha desigualdade e miséria para muitos e muitos outros – pude perceber junto aos colegas e chefia do Cesaf-ESMP que embora o distanciamento físico seja um fator negativo para um grupo de pessoas na construção de laços de cooperação e colaboração no espaço físico do trabalho, pode-se dar passos rumo a uma aprendizagem significativa sobre o vivenciado:

- A começar pelas reuniões da equipe no início da pandemia, elas eram semanais e com grandes pautas. O tempo de duração da reunião excedia 2h30min, ocasionando cansaço físico e não retenção dos conteúdos a serem retidos. A longa duração da reunião poderia induzir a uma recusa subconsciente das tarefas a serem realizadas. Neste sentido, delimitaram-se quinzenalmente as reuniões com pautas objetivas;
- Estabeleceu-se um mecanismo de encontros remotos menores setoriais para conteúdos temáticos que assim o exigiam. O trabalho com grupo menor, sem ser extensivo, permite abordar as nuances dos problemas tratados, sistematizar textualmente, via *Google Docs*, e encaminhar às partes interessadas da Direção e Administração Superior para apreciação e encaminhamentos;
- estabelecimento de pautas de atividades de acordo com o perfil e cargo/função dos integrantes da equipe. Essa dinâmica permite perceber em quais instâncias são necessárias as contribuições de demais membros e servidores da Instituição para colaborar com as ações específicas;
- nos eventos educativos, foram ampliados os dispositivos de controle para o acesso, controle e registro ao ambiente virtual de aprendizagem, bem como limitou-se o acesso ao diretório e pastas digitais do órgão a um grupo restrito de pessoas. Essa preocupação é algo constante junto ao Núcleo de Segurança Institucional e Diretoria de Tecnologia da Informação.

Existem tantas outras sinalizações que poderiam aqui ser abordadas, mas ao longo de jornada diferenciada de trabalho poder-se-á ir compartilhando-as.

### 3. O uso das redes e plataformas

Na etnografia doméstica também pode-se acompanhar a utilização das redes sociais e participação em *lives*, webinários e grupos de discussão-informação pelo *WhatsApp*.

De uma maneira bem didática, para retenção na memória, o *WhatsApp*, tão repetido nas matérias jornalísticas e objeto de investigação judicial, é um aplicativo que possibilita o intercâmbio simultâneo de mensagens – em áudio e vídeo, pela *internet*. Sua popularização foi possível porque ele pode ser instalado e utilizado em sistemas operacionais distintos nos *notebooks* e *smartphones*. A ferramenta foi criada pelo ucraniano Jan Koum, em 2009, de início um dos luxos oferecidos pelo sistema iOS (*App Store*). Esse mensageiro eletrônico que possibilitava a troca de mensagens expandiu-se mundo afora, sendo acoplado ao sistema *Android* e, no ano de 2014, foi adquirido pelo *Facebook*. O aplicativo tem suas lógicas de lucratividade no mercado de capitais e se presta a inúmeras atividades, motivo de questionamentos legais nos últimos anos.

O *WhatsApp* no ambiente laboral tem uma grande importância na troca de mensagens e uso de videochamadas com grupos de até 8 pessoas<sup>4</sup>. Friso com relação ao *WhatsApp* é o uso da possibilidade de videochamadas que se ampliou de 4 para 8 pessoas. Em comunicações rápidas de uma equipe acaba se tornando muito útil. Contudo, o aplicativo traz limitações de ordem psicológica, é importante levantar essa questão, porque como muitas pessoas nos diversos setores nas instituições acabaram criando grupos no *WhatsApp*. A esteira de tantos usuários que criaram grupos familiares, de amizades construídas em suas trajetórias de vida, agremiações esportivas, pais e professores nas escolas etc. também na Instituição isso ocorreu.

Os grupos no aplicativo, assim como nas redes sociais com *Facebook* e *Twitter* passaram a extravasar nos posicionamentos e a criar polarizações com altas cargas de negatividade e ofensividade uns com os outros. Nesse sentido, quando se menciona um grupo de *WhatsApp*, uma sensação de desconforto se faz presente. Uma prova cabal disso é o grupo formado por coordenadores pedagógicos dos Ceafs e Escolas Superiores (MP Brasil-CEAFS e Escolas), em cujas regras está explícito: “1- Nada de correntes; 2- Lembrar que o grupo não é

---

4 Disponível em <<https://macmagazine.uol.com.br/post/2020/04/27/ja-e-possivel-fazer-chamadas-com-ate-oito-pessoas-no-WhatsApp-veja-como/>> . Acesso em 03 jul. 2020.

político, religioso e nem de autoajuda; 3- Nada de propagandas comerciais; [...] Não serão toleradas práticas que constriam os participantes ou sejam entendidas como bulliying.” Tal medida se faz importante porque refletem o que pode estar em ocorrência nos MPs do país afora. Assim, defendo a necessidade de se recuperar o uso do WhatsApp como ferramenta pedagógica, pois se pararmos para pensar, o aplicativo, também os seus congêneres, enterrou os aparelhos de telefax ou fac-símile (os antigos “fax”).

Muitas pessoas acabam me perguntando sobre o uso das redes Twitter, Facebook e Instagram. Não faz muito tempo, compartilhei com profissionais mais próximos um texto do prof. Wilson Gomes<sup>5</sup>, do Curso de Comunicação da Universidade Federal da Bahia, publicado em sua conta no Facebook, abordando esta questão. Sobre o Twitter, Gomes (2020) salienta que “Twitter é onde hoje acontece a política nacional. Tem pouca gente? Tem. O que se escreve tem que ser lido instantaneamente ou não será lido? É vero.” Inclusive, aponta como a plataforma se tornou importante na ordem do dia, a ser utilizada por líderes políticos máximos das nações. Ali existe um agendamento de fatos e construção de narrativas.

Como é “lugar de informação rápida”, em tempo, os usuários são cruéis pelas disputas dos climas de formação de opinião (GOMES, Online, 2020). Para os integrantes de uma instituição como o Ministério Público, caso não se tenha a sanha de uma discursividade aguçada, o melhor é ter uma conta na qual se possa acompanhar a construção das narrativas dos outros, ver os embates entre figuras políticas, empresas jornalísticas e os profissionais do jornalismo atuando, ao mesmo tempo verificar como grupos de usuários agem massivamente no seguimento de determinados posicionamentos, sem uma análise crítica dos acontecimentos.

Pensava que o *Facebook* estava esmorecendo, mesmo com as *lives* semanais do atual mandatário geral do País, via mais como uma possibilidade de uma faixa de usuários da terceira idade aposentados, mas GOMES (Online, 2020) questionou-me ao destacar que o

Facebook também é um bom radar para o que está acontecendo, mas nem de longe este é o seu forte. Facebook é o lugar onde os conteúdos são mais

5 Disponível em < <https://www.facebook.com/wilson.gomes.1614460> > postado em 03. Maio de 2020. Acesso em: 03 jul.2020.



elaborados, mais duradouros e mais consistentes. Mas é também o lugar da treta (cada vez menos) e do atrito de pensamento, civilizado ou não. Pode parecer que não, mas se o Twitter roda a 300 km por hora, o Facebook desliza a 80, dando mais tempo para assimilação. O Twitter é mais nervoso, o Facebook é mais reflexivo (GOMES, online, 2020).

Sobre o Instagram, atualmente em foco pela apresentação de *lives*, ele também assevera

(o) Instagram é a rede para onde todo mundo está indo. Muita gente subestima a plataforma como um clubinho de celebridades e fãs e uma vitrine de exibição da vida privada, mas se esquece que é hoje o maior repositório de atenção pública e maior possibilidade de alcançar as pessoas que não necessariamente são taradas por informação política, como o povo do Twitter e do Facebook. Tem mais exposição inadvertida. Sem mencionar que tem a velocidade informativa do Twitter, considerável espaço reflexivo em vídeo, além das *lives*. É a coisa mais misturada e mais viva neste momento no mundo digital das plataformas. Há muito mais política (com muito mais gente vendo) no Instagram do que é capaz de imaginar as almas feicebuqueanas (GOMES, ONLINE, 2020).

Com o Youtube, enquanto compartilhador de vídeos, Gomes considera ser

[...] hoje é o grande mercado de ideias do universo, onde você pode comprar uma doutrina, uma ideologia política, um guru para fazer sua cabeça, uma tribo identitária para chamar de sua e as informações, formações e interpretações da qualidade, cor e nível de profundidade da sua preferência. Tem atualidade e tem arquivo, tem interação e tem doutrinação, tem consumo avulso e oferta identitária. E é para onde apontam os links das outras mídias digitais. Há de um tudo ali (GOMES, ONLINE, 2020).

Desde 2014-2015, o Cesaf-ESMP tem conta no *Youtube* para transmissão das sessões do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), Colégio de Procuradores de Justiça (CPJ) e demais conteúdos das atividades educativas que lhe são intrínsecas. Mas, é um território ainda pouco explorado por suas potencialidades nesses tempos de pandemia.

Sem cair numa narrativa distópica e apocalíptica para o futuro, algo comum nos discursos de estudiosos assentados em suas bolhas de conforto e proteção, tem-se uma realidade acontecendo com um vírus contaminando massivamente a população e medidas de proteção a serem seguidas. As atividades laborais remotas devem continuar e ser aperfeiçoadas, sobretudo ao se verificar a produtividade, que salta aos olhos.

Contudo, o uso das tecnologias como fator surpresa nos primeiros meses

deve arrefecer, assim como a rejeição que pais e filhos têm em relação ao formato paliativo das atividades escolares. Também as *lives*, webinários, reuniões online e outros formatos de encontro remoto deverão ser realinhados à realidade. O segundo semestre será crucial para a continuidade das *lives* porque o fascínio do encontro de amigos refletindo teoricamente sobre práticas e tendências da hora exigirá outros *scripts*, pois os conteúdos tendem a se repetir, os profissionais que agora se apresentam com o fascínio de celebridades instantâneas terão suas imagens desgastadas – e assim, vem a crua realidade, aquela pessoa que se faz presente numa *live* não é uma personagem, mas um profissional.

Nos webinários, o mesmo risco ocorrerá, por isso, foi de bom augúrio a iniciativa das equipes dos Centros de Apoio Operacional (Caops) do MPTO de começar a trazer questões concretas para a reflexão e, com destaque, em como resolvê-las. Ou seja, retorna novamente a perspectiva da aprendizagem significativa para os públicos interno e externo da Instituição.

A experiência vivenciada pelo Cesaf-ESMP com respeito às reuniões também se estende à preocupação com a oferta dos cursos e demais instâncias formativas, isto é, trazer os conteúdos de forma objetiva, coerente e coesa, traçando as estratégias pedagógicas para aquela rota de aprendizagem proposta e trabalhando com profissionais da Instituição, cuidando dos aspectos didáticos precisos para não se transformar o ato educativo numa *live* musical.

## Considerações provisórias

Este texto é um ensaio, tanto no intento de refletir aspectos teóricos metodológicos de forma livre e sem receios quanto um exercício provocativo para os integrantes do Ministério Público nesses tempos de trabalho remoto e combate e prevenção à pandemia.

Alguns elementos e situações não foram abordados no texto, eles se encontram em aberto, porque a Instituição é diversa e ampla. Num momento, em futuro próximo, pretende-se estar refletindo com as pessoas participantes dos comitês, grupos de trabalho, comissões e gabinete de crise. É certo que mais perspectivas e depoimentos irão somar como contribuição para essa etnográfica doméstica iniciada. Por vezes, em conversas, por meio do *WhatsApp*, com profissionais dessas comissões, pode-se ler diretamente nos textos o nível de cansaço, preocupação e desalento. Existem profissionais que passam mais de 12

horas por dia frente ao monitor do *notebook* em reuniões, oficinas e a resolver as situações intrínsecas de suas áreas de atuação. Como dar suporte educativo a essas pessoas?

Também, outros desafios surgem – como aquele dos profissionais que se fazem invisíveis, com produtividade mínima ao que se espera de suas respectivas atuações – enfim, como trazer isso à luz do dia e refletir, com coerência, para que os gargalos possam se desfazer e a Instituição mantenha seu desempenho? É proposital uma interrogativa nas conclusões do texto, que constitui apenas um pequeno fragmento aberto de reflexão e análise. O importante é continuar gerindo conhecimento para melhor atuar e responder às demandas desses dias estranhos e perigosos.

## Referências

AUSUBEL, D. P. Some psychological aspects of the structure of knowledge. In: ELAM, S. (Ed.) **Education and the structure of knowledge**. Illinois: Rand MacNally, 1964.

\_\_\_\_\_. Cognitive structure and the facilitation of meaningful verbal learning. In: ANDERSON, R. C. & AUSUBEL, D. P. (Orgs.) **Readings in the psychology of cognition**. New York: Holt, Rinehart and Winston, p.98-112, 1966.

\_\_\_\_\_. **Educational Psychology: a cognitive view**. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1968.

\_\_\_\_\_. Is there a discipline of Educational Psychology? In: AUSUBEL, D. P. (Org.).

**Readings in school learning**. New York: Holt, Rinehart and Winston, p.3-28, 1969.

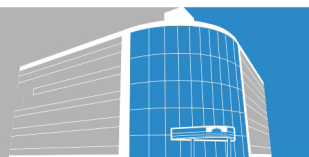
\_\_\_\_\_. Viewpoints from related disciplines: human growth and development. In: MOULY, G. J. (Org.) **Readings in Educational Psychology**. New York: Holt, Rinehart and Winston, p.105-112, 1971.

GEERTZ, C. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1989.

GOMES, Wilson. Online. Disponível em: <<https://www.facebook.com/wilson.gomes.1614460>> . Acesso em: 03 jul. 2020.

RENOV, M. “Domestic ethnography and the construction of the ‘other’ self”. In: GAINES, J. M.; RENOV, M. (Eds.). **Collecting visible evidence**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, p. 140-155.

\_\_\_\_\_. **The subject of documentary**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2004.



## Ensaio sobre a Constituição da República de 1988 e de sua Assembleia Nacional Constituinte

Essay on the Constitution of the Republic of 1988 and its National Constituent Assembly

Ensayo sobre la Constitución de la República de 1988 y su Asamblea Nacional Constituyente

Laryssa Santos Machado Filgueira Paes<sup>1</sup>

### RESUMO

Este trabalho se mostra ao público como tentativa de oferecer, especialmente ao debate acadêmico, uma contribuição crítica dos últimos 32 anos do constitucionalismo brasileiro, passando desde o processo de formação da Assembleia Nacional Constituinte, pelos aspectos polêmicos como a Emenda Constitucional nº 26 de 1985, pela teoria do poder constituinte originário, sua titularidade de fato e de direito. O estudo também estabelece os aspectos mais marcantes da “Constituição Cidadã”, fomentando, ademais, o debate sobre a própria legitimidade e atualidade do texto constitucional. No tocante, destacou-se a característica da Constituição homogeneamente apontada na doutrina de ser um texto prolixo, debatendo-se suas causas e efeitos. Identificou-se, por fim, um traço pouco observado na academia de consistir em uma constituição com previsões que menos a aproximam do epíteto de cidadã do que de corporativa.

<sup>1</sup> Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2009). Atualmente é Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Lattes:<http://lattes.cnpq.br/9861128629721550>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9997-9279>.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Constituição Federal; Classificação; Cidadania; Assembleia Nacional Constituinte.*

## ABSTRACT

This work offers to the academic debate, a critical contribution from the last 32 years of Brazilian constitutionalism, going from the formation process of the National Constituent Assembly, through the controversial aspects such as the Constitutional Amendment nº 26 of 1985, by the theory of original constituent power, its ownership of fact and of law. The manuscript also establishes the most striking aspects of the “Citizen Constitution”, in addition, fostering the debate on the legitimacy and timeliness of the constitutional text. With regard to this, the Constitution’s characteristic homogeneously pointed out in the doctrine of being a wordy text was highlighted, debating its causes and effects. Finally, it was identified a non-observed feature in the academy, a constitution with predictions that don’t approach it to the epithet of citizen, but corporate.

**KEYWORDS:** *Federal Constitution; Classification; Citizen Constitution; National Constituent Assembly.*

## RESUMEN

Este trabajo busca ofrecer, especialmente al debate académico, una contribución crítica de los últimos 32 años del constitucionalismo brasileño, que va desde el proceso de formación de la Asamblea Nacional Constituyente, pasando por aspectos controvertidos como la Enmienda Constitucional nº 26 de 1985, por la teoría del poder constituyente original, su propiedad del hecho y del derecho. El manuscrito también establece los aspectos más llamativos de la “Constituição Cidadã”, además de fomentar el debate sobre la legitimidad y actualidad del texto constitucional. Con respecto a esto, se resaltó la característica de la Constitución que se señala de manera homogénea en la doctrina de ser un texto prolífico, debatiendo sus causas y efectos. Finalmente, se identificó una característica poco observada en la academia de constituir una constitución con predicciones más cercanas al epíteto de ciudadano que de corporativo.

**PALABRAS CLAVE:** *Constitución Federal; Clasificación; Constitución Ciudadana; Asamblea Nacional Constituyente.*

## Introdução

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 distam 32 anos da sua promulgação. Mais do que aplausos e comemorações, é tempo de se fazer necessária parada crítica da assim chamada Constituição Cidadã. Num país em que se passaram mais de 7 diplomas fundacionais, a duração de uma Constituição é algo que sempre preocupa o operador do direito.

Nessa esteira, assuntos como, *v.g.*, a existência de hiatos constitucionais, contrariedades no texto, polêmicas da Assembleia Nacional Constituinte ou alcance de alguns preceitos, reacendem o debate, mesmo em alguns ramos da doutrina, acerca da necessidade de uma nova Constituição. E, diga-se, a insatisfação de parte da comunidade jurídica é algo, de certo modo, comum em um Estado democrático de Direito.

Assim é que se tratará da formação e natureza jurídica da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, mormente em consideração à Emenda Constitucional nº 26, de 1985. Em seguida, conduz-se uma reflexão sobre o possível cariz corporativo da chamada Constituição Cidadã que será mesmo, em partes, um ensaio ao capítulo sobre a prolixidade do texto.

O presente trabalho pretende oferecer um aporte teórico, a partir de um recorte claro e preciso do texto constitucional de 1988, de alguns dos pontos mais controvertidos dentro da teoria constitucional desses últimos 32 anos.

A longevidade, ou não, de determinado diploma normativo, revela-nos a experiência plasmada no decorrer da história, depende, sobretudo, de uma constante análise crítica, de um necessário balanço, daquilo que deu certo e do que precisa melhorar, com vistas a se manterem vivas as aspirações do Poder Constituinte Originário.

### 1. A “Assembleia” (?) Nacional Constituinte de 1988 – Formação e natureza jurídica

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é resultante da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), que durou de fevereiro de 1987 a 5 de outubro de 1988.

Foram várias as questões que causaram polêmicas neste período de 32 anos da Constituição, bem como certas escolhas, pontos controversos, dispositivos

normativos, inclusive o processo de constituição da ANC, que geraram e continuam gerando discussão na literatura constitucional.

O desgaste do modelo interventivo militar e a pressão popular por retorno à democracia resultaram em setores moderados de apoio ao governo e setores igualmente moderados da oposição, que lideraram o processo de reabertura, sem notícias da participação de setores radicais da população, como afirma Sarmiento (2012).

A falta de setores radicais ou progressistas deu-se devido à forte opressão política executada pelos militares, do mesmo modo que o desmantelamento da política institucionalizada, a falta de estrutura dos partidos de oposição, e a saída de figuras oposicionistas como maneira de asilo político. Em verdade, tratou-se de um modelo de “transição por transação” (SHARE; MAINWARING, 1999, p. 207).

Diante do exposto, destacam-se alguns marcos históricos do período, como o processo de reabertura política desde a eleição indireta dos militares Ernesto Geisel (1974 a 1979) e João Batista Figueiredo (1979 a 1985) à presidência da república, a Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979), as campanhas das “Diretas Já” de 1983-84 e novamente a eleição indireta de 1985, mas com representantes civis, de Tancredo Neves e José Sarney – pelo qual, no manifesto de lançamento da chapa, a Aliança Democrática, figurou-se, entre os planos de governo, a convocação de uma ANC.

No entanto, o marco jurídico do período é a Emenda Constitucional (EC) nº 26, de 27 novembro de 1985, responsável por modificar o texto da Constituição Federal de 1967 (com alterações da Emenda nº 1) que convocou a ANC, cujas prescrições resultaram em interessantes debates.

Ao traçar um histórico, é possível afirmar que a Emenda Constitucional nº 26, de 1985, foi consequência de promessa de campanha de Tancredo Neves e cumprida por José Sarney. Este encaminhou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 43 em julho de 1985, que viria a se tornar a Emenda Constitucional nº 26 após aprovação, conforme descreve Sarmiento (2012).

De acordo com a Emenda, a convocação da Assembleia se constituiria em decorrência da junção do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, que se reuniriam, unicameralmente, em ANC livre e soberana a partir de 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Dessa forma, após dois turnos de votação e discussão, seria aprovado o texto da Constituição pela maioria absoluta dos membros da ANC.

Ressalta-se, ainda, que o quórum para aprovação do novo texto constitucional



tornou-se menos rígido do que o para a aprovação de Emendas, nos termos do art. 48 da Constituição de 1967, com as alterações promovidas pela Emenda de 1969<sup>2</sup>.

No dia 15 de novembro de 1986 aconteceram eleições gerais nos Estados, Distrito Federal e Municípios, para eleição de Governadores, Deputados Estaduais, Prefeitos Deputados Federais e Senadores, sendo os dois últimos com a função de participar da ANC vindoura.

Em termos numéricos, foram eleitos 487 Deputados Federais e 49 Senadores, que compuseram a Assembleia Constituinte, além de 23 Senadores Biônicos<sup>3</sup>.

Conforme afirma Sarlet (2012), os integrantes da ANC foram eleitos para um mandato cumulativo, onde, além de exercerem a função extraordinária de criação do novo texto constitucional, realizaram atividades legislativas ordinárias.

Estuda Barroso (2009) que a criação extraordinária do Direito, em conjunto com as questões da política ordinária, ao assumir o mesmo corpo político, contribuiu demasiadamente para o caráter analítico (prolixo) da Constituição, na medida em que os seus integrantes se preocupariam com questões que deveriam ser de incumbência do legislador ordinário e que acabaram por contaminar o texto (acerca desta discussão, vide o tópico sobre a prolixidade do texto).

Contudo, a grande discussão a respeito da ANC de 87/88 diz respeito a sua natureza, importando-se com a conclusão a que chegará o intérprete no debate acerca da (i) legitimidade da ANC.

A discussão visa compreender se o fato de a EC nº 26 de 1985, que modificou a Constituição de 67 (com as alterações de 69) estabelecer ela própria uma ANC constituinte, reduzindo a maneira de deliberação desta, e, portanto, se é obra do poder constituinte originário ou derivado, o que vai influenciar na

---

2 Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, itens I e II, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de sessenta dias, a contar da sua apresentação ou recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de suas Casas.

3 O termo “biônico” refere-se ao seriado Americano O Homem de Seis Milhões de Dólares (1974/1978 – ABC – EUA) que se tornou bem conhecido na época. Na série, o personagem principal, após sofrer um acidente, teve partes de seu esqueleto refeito por acessórios biônicos (uma espécie de “cyborg”). Acredita-se que os militares valeram-se da escolha indireta para manter ao menos um terço dos Senadores favoráveis ao Governo Militar, garantindo, no mínimo, uma boa margem de votação, conforme se depreende de consulta ao sítio do Senado Federal, Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/31/pacote-de-abril-criou-senadores-e-governadores-bionicos>>.

legitimidade do texto de modo geral.

A princípio, afirma-se que a doutrina do poder constituinte teve seu ápice e seu início na Obra “Que é o Terceiro Estado?” (no original: *Qu’est-ce que le tiers état?*) do abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), tido como um dos grandes teóricos da revolução francesa.

A obra de Sieyès, publicada em 1789, foi organizada em três partes<sup>4</sup>, com o objetivo de demonstrar que o fundamento de validade de todo um ordenamento jurídico está em uma determinada ordem de forças e vontades difusas, antecedentes às Leis, e que são normalmente expressas por uma Constituição. Essa ordem de forças diz respeito ao Poder Constituinte, do qual se forma como titular a Nação, o terceiro Estado (a doutrina, hodiernamente, a vem substituindo-o pelo conceito de povo<sup>5</sup>).

Assim, se manifestou Sieyès:

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade sempre legal, é a própria Lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma ideia exata da série das Leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as Leis constitucionais. [...] Essas Leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as Leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seus primeiros graus. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial (SIEYÈS, 1988, p 22).

Com base nos ensinamentos de Sieyès, a doutrina tem desenvolvido a teoria do Poder Constituinte, dando ênfase a Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014), que determina como característica clássica desse poder a inicialidade, pela qual se reconhece ao poder constituinte a mola impulsionadora da história normativa de um determinado ordenamento jurídico, vez que esse poder não se prende à ordem jurídica anterior e sua condicionalidade, por ser inaugural.

Diante desse ponto de vista, a EC nº 26, de 1985, muda o entendimento clássico

4 Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTADO%20Sieyes.pdf>>. Acesso em: 22 junh. 2020.

5 Por todos, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho *in* O Poder Constituinte: Passin, 2014.

do que vinha a ser o Poder Constituinte originário.

Em consequência, não diz respeito a uma autêntica Assembleia Nacional Constituinte, tendo em vista que os integrantes dessa assembleia, para os quais fora designada a função de criar um diploma fundamental, eram membros do próprio Poder Legislativo eleito à época do antigo regime.

Dessa maneira, não aconteceu, então, uma solução de ruptura, de revolução autêntica, a não ser descontinuidade política. José Afonso da Silva fez a feliz constatação de que ocorreu, em verdade, um Congresso Nacional Constituinte (2009, p. 89), no entanto, apesar disso, o autor conclui, que “é um texto razoavelmente avançado”.

Em decorrência das características que fundamentaram a formação da ANC de 87/88, deduz-se que, realmente, a Constituição Federal não foi resultado do Poder Constituinte Originário (PCO), conforme salienta Ferreira Filho (2014):

Indubitavelmente, a nova Constituição foi obra de um poder derivado, conquanto a paixão política levasse muitos a sustentar o insustentável – ser uma Constituinte, convocada por uma Emenda à Constituição então vigente, composta inclusive por senadores eleitos há quatro anos (FERREIRA FILHO, 2014, p. 182).

Verificou-se, então, que algumas condições vão ao encontro do pensamento de que a Assembleia de 87/88 não derivara do PCO, cujo representante na doutrina é Ferreira Filho, a saber:

- a) o acúmulo de atividades dos integrantes da ANC, conforme foram eleitos para as funções ordinária e extraordinária;
- b) em decorrência de “a”, a inexistência de distinções entre o PCO e o PCD, visto que o nível de legitimidade, atualmente, de um Congressista seria equivalente a aqueles que formaram a ANC de 87/88;
- c) devido à participação da ANC, Senadores biônicos, assim sendo nomeados pelo antigo regime, não se incorporando ao *momento constituinte* da época;
- d) a maneira de convocação da ANC (mediante EC), produzindo dúvidas sobre a existência, ou não, de real ruptura (ou não) do antigo regime;
- e) da possibilidade ou impossibilidade de o poder constituinte ser restringido por uma emenda constitucional a um texto antecedente a ele.

Contudo, Sarmiento (2012) enfatiza que predomina na doutrina a compreensão de que, efetivamente, a ANC de 87/88 foi a manifestação do Poder Constituinte Originário.

No que diz respeito à crítica à EC nº 26 (que originou a ANC de 87/88) esta deve ser compreendida como uma expressão de poder “criogênico” do poder constituído,

como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003).

Efetivamente, embora não tenha rompido, supostamente, o padrão da legalidade posto precedentemente – enquanto a Emenda Convocatória respeitou o quórum da própria Constituição de 1967/1969, desde o período em que o Poder Constituído (o Congresso Nacional) obtém o Poder Constituinte, sendo a norma que o permite a emendar o seu próprio texto:

[...] se o receptor emendar a constituição conforme o relato da norma que autoriza emendar, temos uma nova norma [...] ao promulgar emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituinte) se põe como emissor (poder constituído) (FERRAZ JR, 2003, p. 194/195).

Considera-se, então, que o Congresso Nacional decretou com a Emenda Constitucional nº 26 uma “norma-origem”, criando, a datar dela, um novo ordenamento, distinto, no plano lógico-jurídico, daquele que o antecedeu, da forma que as deliberações da ANC não se fundamentariam na antiga ordem.

Dessa forma, diz-se que a Emenda Constitucional nº 26/85 foi somente uma forma encontrada pelas forças sociopolíticas da época de materialização do desejo comum da população de deter de um novo diploma fundacional.

Assim, se precisamente era somente uma Emenda ao texto de 1967 (com as modificações realizadas pela EC nº 1 de 1969), a EC nº 26/85 foi, de forma material, uma realização política, como constatou Sarlet (2012, p. 234), (como tem que ser, a propósito, todo ato de ruptura de ordenamentos jurídicos), unificadora do desejo soberano da população - como, *mutatis mutandis*, colocava Sieyès.

Segundo Souza Neto e Daniel Sarmento:

A Emenda nº 26/85 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 87/88, mas não o seu fundamento de validade. Esse repousava na vontade, presente na sociedade brasileira e evidenciada em movimentos como o das Diretas Já, de romper com o passado de autoritarismo e de fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 128).

Foi a elucidação de transição e transação da época e provavelmente a única viável, a agrupar partidários e opositores ao regime militar. É importante levar em consideração que não é o instrumento que convocou a ANC, mas sim o respeito ao “momento constituinte” do período e a presença de ampla autonomia concedida

à ANC de modificar as bases políticas do país. E, é indiscutível, essa autonomia foi materialmente e formalmente dada à ANC.

De fato, no plano formal, a EC nº 26/85 definitivamente evidenciou que o Congresso se manifestaria em Assembleia “livre e soberana” (em conformidade com o art. 1º da EC), o que realmente aconteceu no plano material. Nas eleições de 1985, pela primeira vez, foi possível eleger representantes das mais diferentes matrizes ideológicas, que determinaram de fevereiro de 1987 até 05 de outubro de 1988, de maneira soberana acerca de assuntos candentes à nação.

Obviamente, não se pode compreendê-la metodologicamente como perfeita, já que ocorreram gravames que não devem ser levados ao esquecimento, como o fato de não ter sido realizado por uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva, ou pelo fato de participarem dela Senadores biônicos, nomeados no ano de 1982.

Em relação aos Senadores biônicos, sua atuação não afetara em nada a originalidade da ANC de 87/88. Ocorreu de maneira irrelevante (23 dos 72 de 559 membros), não afetando a matemática de aprovação de emendas. Diante da perspectiva de que a ANC foi uma assembleia de transações, estes Senadores eram representantes das intenções das forças antigas que detinham o poder, de forma que suposta sua participação.

Outrossim, em decorrência de não ter se gerado uma Assembleia Nacional Constituinte única, não se retirou a legalidade do texto final da Constituição, afinal foi extensa a participação da população no processo, já que, simplificando, foram 122 emendas populares, reunindo mais de doze milhões de assinaturas ao todo, segundo Passos e outros (2013).

Findando o assunto acerca da convocação da ANC, com a devida vênia e honra, fazem-se nossas as reflexões de José Afonso da Silva:

Não se tire das conclusões supra que eu aprove o modo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte feita pela Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985. É procedente a crítica que se fez e ainda se faz à forma como a Constituinte foi convocada, porque, a rigor, foram outorgados poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional. O modo correto seria convocar a Assembleia Nacional Constituinte a ser composta pelos representantes do povo a serem eleitos na data marcada. [...] o que teremos é um Congresso Constituinte, ou uma Constituinte Congressual (SILVA, 2007, p. 78).

## 2. Constituição cidadã ou corporativa? A Constituição da transição<sup>6</sup>

Mesmo sendo denominada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães em seu discurso<sup>7</sup>, a Constituição Federal de 1988, apesar de seus incontestáveis avanços na temática de direitos sociais, presumiu, no bojo de seus artigos, circunstâncias normativas que não inevitavelmente, *prima facie*, favorecem ao interesse popular primário como um todo, a fazer jus à denominação.

Compreende-se que, na doutrina moderna constitucional, a titularidade do poder constituinte é pertencente ao povo. Contudo, se é verdadeira a origem legitimadora deste poder, a vivência histórica determina que a titularidade teórica ao seu efetivo exercício é uma distinção fática.

Ao analisar o pensamento do francês Jean Baechler<sup>8</sup>, Ferreira Filho (2014) elucida que toda revolução é a todo momento obra de coletividades ou minorias, que o autor francês denomina de “elite”.

Em qualquer ação social, há aqueles que ressaltam por seu talento ou esforço, em comparação com os demais membros do grupo. Essas pessoas compõem a elite de uma determinada comunidade sociocultural. Dessa forma, acontece com o melhor músico, ou melhor praticante de xadrez, ou melhor advogado, formando assim, uma certa forma a eleito dentro de um determinado segmento.

Incorporadas a essas elites, existem aquelas com interferências no governo e sem influências do governo, assim denominadas de “elites” governantes e não-governantes, como explana Ferreira Filho (2014).

Contudo, é correto que o poder, ao contrário do “bom senso” em Descartes<sup>9</sup>, não é distribuído de maneira adequada numa dada nação, de maneira que em

6 Título inspirado no trabalho de Cristovam Buarque intitulado a Constituição da Transição. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/a-constituicao-da-transicao>>. Acesso em: 20 out. 2017.

7 Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no Diário da ANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.

8 Jean Baechler (1937-) é um sociólogo francês professor catedrático da Universidade de Sorbonne, Paris IV/FRA, conhecido por seus estudos sobre as revoluções no mundo. Seu livro mais famoso sobre o tema é: *Les phénomènes révolutionnaires*, Paris, PUF, 1970.

9 Refere-se aqui à irônica passagem do Livro de Descartes Discurso sobre o Método (2006), que pode ser encontrada em seu primeiro parágrafo.

determinados períodos há elites que o dominam e elites que lutam por ele, em uma dança contínua – ou luta (dependendo de como se dá essa tomada), pelo poder.

Nessa perspectiva, com toda expressão do poder constituinte, a Constituição não se livrou desse conflito de interesses de elites, exibindo em seus textos, por diversas vezes, feição corporativista.

Dessa forma, apontam-se alguns aspectos da Constituição que expõem um traço de corporativismo, bem como o estabelecimento de contribuição sindical indispensável, o revigoramento da burocracia, o aumento da voracidade arrecadatória (como maneira de amparar a efetivação das diversas normas programáticas, que aparecem ao longo do texto), o enorme poder que seu deu à Ordem dos Advogados do Brasil e seus componentes, a convalidação da anistia dada aos militares, a criação de cartórios notariais privados e demais constatações.

Muitas dessas particularidades se esclarecem, além disso, por ter sido uma Constituição evidentemente de transição. A consequência gerada é que nem todos conseguiram ter seus interesses agraciados pelo regime anterior e procuraram na oportuna “Constituição Cidadã” acrescentá-los. Os grupos buscaram, assim, o seu “lugar ao sol” constitucional, no caminho da constatação de Ferreira Filho, sobre o conflito entre grupos classificados como elite por execução de suas pretensões no meio constitucional.

Verifica-se então, que nem todos tiveram seus interesses alcançados no texto original da ANC de 87/88, e, coerentemente, não seria possível abarcar a todos, uma vez que diz respeito a uma Constituição, e não a uma ata de reunião.

Dessa forma, nesse período de trinta anos, constatou-se que um dos marcos políticos é a contínua tentativa dos grupos não contemplados com um assento constitucional quando dos trabalhos do Poder Constituinte, a título de equidade.

Isso acontecera há pouco tempo com a Emenda Constitucional nº 74 de 2013, que concedeu independência funcional e administrativa às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, das quais o movimento instaurou pretensão igualitária por parte da Advocacia-Geral da União (de acordo com PECs 82 e 443 de 2009). Da mesma forma, corroborou com a tentativa interpretativa de se determinar como atribuição restrita da Polícia a investigação criminal (a qual, a

ideia é, sobretudo, defendida por membros da Polícia<sup>10</sup>), etc.

Assim, se expressou Luís Roberto Barroso, que a Constituição:

Não escapou, tampouco, do ranço do corporativismo exacerbado, que inseriu no seu texto regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e de registros, que bem servem como eloquente ilustração (BARROSO, 1999, p. 117-118).

Compreende-se então, que o resultado geral é a de se conceberem grupos privilegiados que, ao serem protegidos perante a égide da Constituição, se movem da situação comum do povo e das instituições não incluídas na Constituição por preceitos próprios da legislação ordinária, quando não de um estatuto social, possibilitando um sentimento partilhado de desagrado em relação às instituições do país.

Significativas são as palavras de Barroso:

Em um País sem tradição de respeito aos direitos, a constituinte termina sendo uma caça aos privilégios. Criam-se diferentes castas dos que são mais iguais. Alguns conseguem um lugar sob o sol da proteção constitucional direta. Outros ficam no mormaço das normas que sinalizam o status, mas precisarão ser integradas pelo legislador infraconstitucional. A maioria fica sob o sereno das normas programáticas, as que prometem saúde, cultura e terceira idade tranquila. Mas só quando for possível (BARROSO, 1999, p.23).

Desde o começo da colonização portuguesa, a herança brasileira foi marcada pelo colonialismo e patrimonialismo português, como afirma a literatura historiográfica e sociológica brasileiras dos últimos decênios<sup>11</sup>.

Associado ao sistema de transição que assinalou a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, a tal herança originou certos artigos, em espaços de privilégios a determinados grupos de elites do texto constitucional que superficialmente lembram a denominação de Constituição Cidadã.

Outrossim, o fato de no período do regime militar ter ocorrido uma

---

10 Vide a discussão travada em âmbito do Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG.

11 Vide *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda; *Casa Grande e Senzala*, de Gilberto Freire; *O Povo Brasileiro*, de Darcy Ribeiro; ou *História do Brasil*, de Boris Fausto.



generalizada retirada de direitos teve como consequência uma constituição prolixa, que mais se atentou em assegurar direitos fundamentais e pouco tratou de deveres fundamentais, que não estão dispostos em títulos ou capítulos próprios, diferentemente dos direitos fundamentais, presumidos no capítulo I da Constituição.

Ao finalizar, trazem-se as palavras de Cristovam Buarque:

Por terem sido elaboradas por políticos-candidatos, e não por políticos-estadistas, as normas constitucionais ficaram prisioneiras do presente e dos grupos de pressão. Temos uma Constituição cidadã, mas não patriótica. E, por tudo isso, uma Constituição da transição, e não do futuro (BUARQUE, 2008, p.4).

Dessa maneira, a designação de cidadã não se configura, para nós, totalmente cabível à Constituição de 1988, não tanto quanto o da particularidade corporativa.

### 3. A respeito da prolixidade do texto de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui uma característica frequente que é a de dispor de um texto constitucional analítico, às vezes – e para uns, prolixo –, o que ocasiona críticas a essa perspectiva formal da Constituição, por parte da academia.

Categorizar ou caracterizar a Constituição de analítica<sup>12</sup>/prolixa<sup>13</sup> expressa bem como o termo se apresenta, significando que em seus escritos são aplicadas temáticas diferentes de seu oposto – as constituições sintéticas, as quais não se relacionam a temas unicamente fundamentais ao constitucionalismo, compreendido como movimento histórico, não incomum ao que se demonstra em todo o texto.

Ao se definir a concepção de constituição sintética, cujo conceito pode-se tirar, *a contrario sensu*, da definição de constituição analítica, dessa forma se expressam Souza Neto e Sarmiento:

As constituições sintéticas são curtas. Em geral, limitam-se a definir os princípios gerais que devem orientar a organização do Estado e, quando muito, a estabelecer alguns direitos individuais e políticos. As constituições

---

12 Analítico: 1 – Que se faz por meio da análise; 2 - geometria analítica: aplicação da álgebra à geometria; Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27; Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/analitico>>. Acesso em: 09 Set. 2017.

13 Prolixo: 1 – Que usa demasiadas palavras; 2 - Excessivamente longo; 3 - Que cansa ou entedia; 4 – Prolixo. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/prolixo>>. Acesso em: 09 Set. 2017

liberais costumam ser constituições sintéticas, restringindo-se à fixação de direitos fundamentais e ao estabelecimento das linhas gerais da estrutura estatal. O caso mais conhecido de Constituição sintética é a Constituição norte-americana, composta por apenas 7 artigos, e 27 emendas subsequentes (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 37).

A Carta Magna brasileira de 1988 possui 250 artigos em sua estrutura e 97 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Além disso, tem-se que a Constituição encontra-se modificada por 96 Emendas à Constituição, resultantes do Poder Constituinte Derivado reformador e 6 Emendas Constitucionais de Revisão. Ainda se evidencia a nova concepção inserida pelo art. 5º, §3º<sup>14</sup>, pelo qual se tem a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência, que agrega ao chamado Bloco de Constitucionalidade 50 artigos da Convenção, e mais 18 do protocolo facultativo.

Conforme explana Souza Neto e Sarmento (2012), o processo de andamento da ANC esclareceria o grande número de artigos da Constituição. O autor apresenta que a instituição da ANC é “dividida inicialmente em 24 subcomissões temáticas, depois agrupadas em 8 comissões” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 38) auxílio para o caráter analítico.

Ademais, no período em que se passou a ANC, as pressões que estabeleceram, naquela época, a partir dos vários grupos de interesses, movimentos sociais e incorporações, adquiriu como resultado a Constitucionalização de assuntos não essencialmente constitucionais, conforme Souza Neto e Sarmento (2012).

Dessa maneira, há de se esclarecer o que se quer dizer quando se apontam “temas essenciais” ao constitucionalismo.

Entende-se por constitucionalismo clássico toda tentativa de organização do Estado pelo estabelecimento de Leis, e por moderno, Canotilho (2000, p. 51) traz consigo a seguinte definição “técnica específica de limitação dos poderes com fins garantísticos”. Igualmente, tanto do ponto de vista clássico, quanto do moderno da teoria constitucional, acredita-se como assuntos candentes de uma constituição: a organização do Estado, a divisão de poderes e a instituição de direitos tidos como

---

14 Art. 5º, [...] § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

necessários em uma determinada ordem social.

Paulo Bonavides expõe que:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto pessoais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição (BONAVIDES, 2009, p. 80).

Nesse sentido, é possível constatar normas no texto constitucional antes afetas a matérias infraconstitucionais e de todos os ramos do ordenamento.

Do Direito Administrativo o texto traz consigo a regulamentação acerca da desapropriação, regras sobre concurso público, regime jurídico dos servidores, requisição administrativa, compromisso civil do Estado diante do particular e outros.

Em relação ao direito civil, há regras sobre a adoção, união estável, defesa do consumidor, direito das sucessões, propriedade industrial e intelectual, dentre outros.

Coube ao Direito Penal a constitucionalização de assuntos infraconstitucionais, como a constitucionalização dos crimes denominados hediondos, a norma sobre a imputabilidade penal por idade e a definição de crimes inafiançáveis.

No campo trabalhista chega-se a definir a compulsoriedade da contribuição sindical, temas diversos da relação de trabalho como prazo prescricional para ajuizamento da ação trabalhista, dentre outros.

Dessa maneira, também aconteceu no campo financeiro, orçamentário, tributário, previdenciário e processual.

Salienta-se, então, que na visão científica, a divisão apresentada (constituição sintética x constituição analítica/prolixa) não interfere na capacidade de uma constituição enlevar os valores de uma dada população, como enfatiza Canotilho (2000).

Não obstante, é correto que a escolha por se conceber um texto prolixo ocasionou consequências no campo do Direito Constitucional aplicado.

Assim, ao consultar a doutrina, observam-se, pelo menos, quatro efeitos resultantes da prolixidade do texto e de questões referentes a essa

característica, sendo esses:

- a) a “extraordinarização” de assuntos ordinários, e os resultados legislativos decorrentes;
- b) distorção do texto original, devido às emendas;
- c) dificuldade acentuada de se fazer extensas reformas e;
- d) judicialização da vida (analisado por Barroso, 1999).

Como consequência, a Constituição promove assuntos que não são comuns a esse tipo de instrumento normativo, o mais irrisório deles é o art. 242, §2º, que define que o Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, “será mantido na órbita federal”.

Outra norma “isolada” da Constituição era o §3º do art. 192 (revogado pela EC nº 40 de 2003), que determinava que a taxa de juros reais não poderia ser superior a 12% ao ano.

Esses, dentre vários outros assuntos, poderiam ter sido de responsabilidade do legislador infraconstitucional.

Ao torná-los extraordinários, ou seja, constitucionalizá-los, toda reforma que se pense realizar precisará passar pelas condições do art. 60, principalmente a exigência de dois terços dos integrantes das duas casas em dois turnos de votação.

Como resultando, é sentida na grande quantidade de emendas durante esses 32 anos. Para a criação dessas emendas, levando em conta a indispensabilidade de um número de representantes a mais que o ordinário, regularmente são fundamentais as alianças entre áreas distintas da política, não incomum com posicionamentos contrários, para a composição dos dois terços.

Barroso (2009) assim constatou, ao afirmar que a política ordinária dá espaço à política constitucional, impossibilitando a governabilidade, e fundamentando com a ideia ordinária de que no país existiria um presidencialismo de associação.

No que lhe concerne, a “extraordinarização” descaracteriza o texto original constitucional, a sua natureza, na medida em que se torna difícil a continuidade de uma coerência, de uma direção interpretativa, por parte do intérprete.

Nesse sentido, o obstáculo de se realizarem as reformas fundamentais ao país seria o terceiro efeito.

Ao se pensar em realizá-las, como, v.g., as reformas previdenciárias,

tributárias, eleitorais, dentre outras, depara-se com a necessidade de se alcançar os dois terços de votação para a validação de Emendas à Constituição, e não um maior número simples de votos, como acontece com as Leis ordinárias.

A indispensabilidade de formação de grandes alianças para efetivar as referidas reformas impedem a evolução do país.

Em decorrência disso, escuta-se dizer uma vez ou outra, acerca da figura da “constituente exclusiva”, que, por possuir um método com menor burocracia, simplificaria as reformas.

Entretanto, estas pretensões passam por uma inconstitucionalidade latente, devido à violação do art. 60 da CF, que estabelece ser o Congresso Nacional o próprio foro para a manifestação do poder constituinte derivado.

O resultado dessas variadas pretensões, que nem sempre são materialmente constitucionais, é o da judicialização da vida – compreendido como a solução, por parte do Judiciário, de indagações pertinentes à vida social nacional.

A respeito da temática, caracterizado como uma das três razões para a judicialização da vida, está a própria prolixidade da Constituição, como salienta Barroso:

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2012, p. 2).

É interessante mencionar que a ampla quantidade de artigos na Constituição, ou seja, a sua prolixidade/analiticidade, perpassa pela característica de se ter uma Constituição no modelo canotilhiano de Constituição Dirigente.

Conforme Canotilho (2000, p. 217), Constituições dirigentes vêm a ser

aquelas “definidoras de programas de ação e de linhas de orientação dirigidas ao Estado [...] a Constituição comandaria a ação do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas”.

Para gerir a ação do Estado, utilizando-se do pensamento de Canotilho, é indispensável que se determinem níveis de atuação, hipóteses de incidência, que verdadeiramente forçarão a atuação do Estado com vistas à obtenção dos fins presumidos pelo Poder Constituinte Originário – redução das desigualdades, garantia do desenvolvimento nacional, cessação da pobreza e marginalização, dentre outros pontos. (conforme art. 3º da CRFB/88).

Diante do que se foi apresentando, pode-se dizer que os resultados de se possuir um texto prolixo seriam mais desvantajosos do que de um texto sintético, tendo que se concluir do equívoco da ANC 87/88.

Sucedo, no entanto, que a existência de uma constituição analítica atende a um objetivo social e particular do país, enquanto projeto de Nação pós-1988, conforme esclarece Mendes e Coelho (2008), o qual aduz que:

É comum exaltarem-se as virtudes das constituições sintéticas – à frente a dos estados Unidos, velha de mais de duzentos anos – e criticarem-se as constituições analíticas, como a nossa e tantas outras, cujos textos, reputados volumosos, detalhistas e inchados, dificultariam as interpretações atualizadoras, obrigando o constituinte derivado a sucessivos esforços de revisão. Louvores e censuras à parte, convém lembrar não perdermos de vista que as constituições – assim como o direito, em geral, e as demais coisas do espírito – refletem as crenças e as tradições de cada povo, valores que não podem ser trocados por modelos alienígenas (MENDES; COELHO, 2008, p. 16).

## Considerações finais

Escolheram-se neste trabalho alguns temas de relevante interesse na doutrina nos últimos 32 anos da promulgação da Constituição de 1988.

Longe de pretender encerrar o debate acerca de tal tema, pelo contrário, objetiva-se oferecer à comunidade acadêmica um contributo teórico-jurídico sobre estes pontos modulares da Constituição ao longo desses 32 anos.

Pode-se afirmar, com base na vivência histórica, nesse sentido, que a duração de certo documento normativo depende, sobretudo, de uma permanente revisão crítica do que funcionou e do que é preciso avançar, levando-se sempre em vista

os anseios do Poder Constituinte Originário, sempre permanente e imanente.

Com as recentes crises pelas quais o país passou, pondo em xeque a legitimidade do texto constitucional, aumentou a percepção comum de necessidade de mudanças rápidas e indolores. Nisso, um novo texto constitucional soa sempre uma oferta atraente e, por que não, mais inocente.

Sobre a tentação por mudanças de tal modo, explica Lenio Luiz Streck uma anedota, replicada na literatura mundial, que:

Consta do repertório jurídico internacional a seguinte (e velha) anedota: um sujeito chega a uma biblioteca e faz um pedido ao bibliotecário: “Por favor, veja-me um exemplar da Constituição francesa”. Ao que o funcionário lhe responde: “Desculpe-me, senhor, mas nesta biblioteca não possuímos uma seção de periódicos [...]”<sup>15</sup>

Como se sabe, a Constituição da França já passou por alterações em quinze oportunidades, desde 1791 até hoje. A brasileira, não muito atrás, está em sua oitava edição desde 1824 (considerando a Emenda Constitucional nº 1 de 1969).

Ora, para se evitar transformar a Constituição de vez em periódico, ou antes de se procurar soluções simplistas para os problemas da nação, é mister que se reconheçam os pontos virtuosos do documento fundacional brasileiro.

---

<sup>15</sup> Texto de Lenio Luiz Streck em parceria com Rafael Tomaz de Oliveira na coluna Diário de Classe. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-29/diario-classe-porque-constituicao-nao-estar-sessao-periodicos>>. Acessado em: 08 out. 2017.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?)**. **Revista Forense**. 346:113, 1999.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de Março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acessado em: 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acessado em: 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/)>



constituicao46.htm>. Acessado em: 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**, de 24 de fevereiro de 1967. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acessado em: 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acessado em 07 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 26**, de 27 de Novembro de 1985. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm.htm)> Acesso em 20 abr. 2017.

BUARQUE, Cristovam. A Constituição da Transição. *In: Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet, COELHO, Inocêncio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PASSOS, Edilene; LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael (Org.). **A Gênese do Texto da Constituição de 1988**. Volume I – Quadros. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições técnicas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.

**Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SHARE, Donald; MAINWARING, Scott. **Transição por transação:** democratização no Brasil e na Espanha. Dados – Revista de Ciências Sociais, v. 29, n. 2, 1999, pág. 207-236.

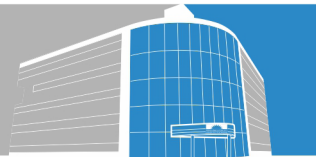
SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **A constituinte burguesa:** que é o Terceiro Estado? Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Poder Constituinte e Poder Popular:** estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** teoria e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1.233 KB : e-pub  
Produção da versão eletrônica: 2012

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **CONJUR.** Por que a Constituição não pode estar na seção de periódicos. Diário de Classe, 29 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-29/diario-classe-porque-constituicao-nao-estar-sessao-periodicos>>. Acesso em: 08 out. 2017.



## La prueba indiciaria en el código orgánico integral penal ecuatoriano

The circumstantial evidence on the ecuadorian organic comprehensive criminal code

A prova indiciária no código penal integral orgânico equatoriano

Diego Palacios Moreno<sup>1</sup>

### RESUMEN

La prueba indiciaria constituye una de las diferentes clases de pruebas que permite establecer la conexión de un hecho conocido a uno desconocido (sujeto a probanza) a través de la vía de inferencia. Su tratamiento en el derecho penal ecuatoriano ha tenido varios lineamientos. El presente ensayo tiene como referencia el actual modelo del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano en relación al Código de Procedimiento Penal derogado, a fin determinar si el actual modelo permite o no que la sentencia del juzgador tenga como fundamento prueba indiciaria que conduzca a la declaratoria de culpabilidad, en tanto la actual normativa carece de disposiciones expresas que regulen tal aspecto. Además de ello, es preciso analizar los requisitos que establecía el código procedimental derogado para que un indicio alcance la calidad de prueba; y con ello determinar si es posible su aplicación en el modelo vigente o en su defecto la intervención de fuentes del derecho reconocidas; sin perjuicio de desconocer la posibilidad de plantear la proscripción de que la sentencia penal esté basada en esta calidad de pruebas.

<sup>1</sup> Mestre em Criminologia e Ciências Forenses (Universidad Pablo Olavide - Sevilla, Espanha), especialista em Direito Penal (Universidad Andina Simón Bolívar, Quito), graduado em Direito e Ciências Políticas e Sociais (Universidad de Cuenca). Atualmente é mestrando em Direito Penal pela Universidad Andina Simón Bolívar, em Quito. E-mail: palaciosmorenod@yahoo.com.

**PALABRAS CLAVE:** *Prueba indiciaria; Evidencia; Código; Derecho; Sentencia.*

## RESUMO

A prova indiciária constitui um dos diferentes tipos de provas que permite a conexão de um fato conhecido a um fato desconhecido (sujeito a evidência) pelo caminho da inferência. Seu tratamento no direito penal equatoriano teve várias diretrizes. O presente ensaio tem como referência o modelo atual do Código Penal Orgânico Integral do Equador, em relação ao Código de Processo Penal revogado. Objetiva analisar se o modelo atual permite ou não o julgamento do juiz com base em evidências que levem à declaração de culpa, enquanto os regulamentos atuais carecem de disposições expressas que regulem esse aspecto. Além disso, é necessário analisar os requisitos estabelecidos pelo código processual revogado, para que uma indicação atinja a qualidade da evidência; e assim determinar se a sua aplicação é possível no modelo atual ou, na sua falta, a intervenção de fontes legais reconhecidas; sem prejuízo de não saber a possibilidade de levantar a proibição de que a sentença criminal se baseie nessa qualidade de evidência.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Prova indiciária; Evidência; Código; Direito; Sentença.*

## ABSTRACT

The circumstantial evidence constitutes one of the different kinds of evidence that allows the connection of a known fact to an unknown fact (subject to evidence) through the inference path. Its treatment in Ecuadorian criminal law has had several guidelines. This essay has as reference the current model of the Ecuadorian Organic Comprehensive Criminal Code in relation to the repealed Code of Criminal Procedure, in order to determine whether or not the current model allows the judgment of the judge to be based on evidence that leads to the declaration of guilt, while the current regulations lack express provisions that regulate this aspect. In addition to this, it is necessary to analyze the requirements established by the repealed procedural code so that an indication reaches the quality of evidence; and thereby determine if its application is possible in the current model or, failing that, the intervention of recognized sources of law; without prejudice to not knowing the possibility of raising the prohibition that the criminal sentence is based on this quality of evidence.

**KEYWORDS:** *Circumstantial evidence; Codex; Law; Application.*

## Introducción

El proceso penal dentro de sus finalidades tiene la averiguación de la verdad, y por ello la ciencia penal está conformada por distintas ramas, a partir de las cuales esta averiguación es posible, en tanto estas diligencias se cumplan en los momentos procesales oportunos y bajos las reglas previstas en la normativa penal. La averiguación de la verdad histórica implica conocer a detalle las circunstancias bajo las cuales determinado hecho criminal ocurrió, por ello entre la denuncia de la infracción hasta el conocimiento pleno de lo ocurrido y la sentencia del juzgador, intermedia la etapa probatoria, en la cual se expone todo el acopio de pruebas que el Estado a través de su actividad investigativa (poderes) ha recabado para sustentar una posible acusación o en su defecto una abstención de persecución penal.

La evolución histórica del tratamiento probatorio en el derecho penal va desde la autoinculpación a través de la tortura hasta la implementación tecnológica y científica en aras de buscar una verdad. En efecto, si partimos de la Época Inquisitiva, hemos de notar que la actividad probatoria era reducida y limitada por muchos factores, entre ellos, el grado de cientificidad de la época y por otro lado la autorización de coacción al acusado para declarar la verdad en medio de un proceso limitado en sus garantías; lo cual permite concluir que muchas de las sentencias no reflejaban una verdad histórica sino una mera aproximación a ella y sin dudarlo en ocasiones una falsa realidad.

A medida que la globalización fue tomando parte de cada una de las ciencias del saber, el derecho fue objeto de intervención de la tecnología y avances científicos que permitió a través de sus ramas (documentología, grafología, medicina legal, psicología forense, dactiloscopia, criminalística etc..) la posibilidad que determinadas circunstancias (hechos) sean averiguadas incluso sin que el acusado aporte información alguna; a partir de ello, la actividad probatoria respondió con más seriedad a la intención del proceso penal, la averiguación plena de la verdad.

Los hechos criminales tienen características peculiares en relación a la época de su cometimiento; y es que si bien los delitos denominados “comunes” han venido ocurriendo desde hace varias décadas, hoy en día existen nuevas modalidades de infracción y ello obliga una compleja actividad estatal para su investigación, desconfiando de los medios probatorios tradicionales (testimonios y documentos), en tanto debemos comprender que la actividad probatoria pretende confirmar o no una acusación. En efecto “la función de la prueba es servir como medio idóneo para la reconstrucción conceptual y acreditación de un hecho acaecido en el pasado y que dota

de contenido a la hipótesis acusatoria” (AROCENA; BALCARDE; CESANO, 2009, p.3). La prueba indiciaria constituye una de las diferentes clases de pruebas que permite establecer la conexión de un hecho conocido a uno desconocido (sujeto a probanza) a través de la vía de inferencia. Su tratamiento en el derecho penal ecuatoriano ha tenido varios lineamientos.

El presente ensayo tiene como referencia el actual modelo del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano en relación al Código de Procedimiento Penal derogado, a fin determinar si el actual modelo permite o no que la sentencia del juzgador tenga como fundamento prueba indiciaria que conduzca a la declaratoria de culpabilidad, en tanto la actual normativa carece de disposiciones expresas que regulen tal aspecto. Además de ello, es preciso analizar los requisitos que establecía el código procedimental derogado para que un indicio alcance la calidad de prueba; y con ello determinar si es posible su aplicación en el modelo vigente o en su defecto la intervención de fuentes del derecho reconocidas; sin perjuicio de desconocer la posibilidad de plantear la proscripción de que la sentencia penal esté basada en esta calidad de pruebas.

## 1. La prueba indiciaria

La criminología a lo largo de su estudio ha determinado un patrón común en la comisión de los delitos, y es, la intención del autor de borrar las pruebas delictivas en su contra, impidiendo de esta manera la existencia de pruebas directas para la averiguación del crimen, incluso en mucho de los casos resulta imposible la existencia de testigos presenciales. A partir de ello, la imperiosa necesidad de averiguar la verdad obliga al empleo y estudio de la prueba indiciaria como *prueba indirecta* en el proceso penal. La actividad probatoria a través de esta clase de pruebas permite al juzgador una inferencia correcta a la par de un razonamiento lógico a fin de encontrar el nexo de causalidad. Jaén (2004) así lo refiere:

En el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho y evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa (JAÉN, 2004, p. 220)

Los rastros, vestigios y huellas producto del hecho delictivo constituyen indicios que debe ser sometidos a un análisis científico a fin de generar un mayor grado de confiabilidad a la hora de su valoración, en tanto y cuanto su introducción al proceso

penal sea conforme lo determina la ley. Parra (2005), sobre este punto, refiere:

[...] aplicando el indicio al proceso criminal, es el hecho o circunstancia accesoria que se refieren al crimen principal, y que por lo mismo da motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte de él un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado (PARRA, 2005, p.19).

La valoración probatoria es una actividad procesal realizada a la luz de la razón, la lógica y tiene la característica de ser necesaria para arribar a la conclusión que está obligado el juzgador; en este contexto, el primero paso a realizarse dentro de esta actividad es determinar la existencia de una prueba indiciaria, para que sea valorado (raciocinio) y su contenido genere más probabilidad del hecho acusado.

[...] la prueba es de indicios cuando el objeto al que se refiere el objeto de prueba (*factum probans*) no coincide con el hecho que constituye el objeto fundamental que ha de probarse (*factum probandum*), sino que solo se aproxima a él y se convierte, por así decirlo, en elemento de prueba subalterna (PARMA; MANGIAFICO, 2014, p.86).

La doctrina respecto de esta clase de pruebas ha mantenido dos posiciones, la primera de ellas refiere que la misma tiene la calidad de ser secundaria o supletoria, es decir requiere la existencia de una prueba directa para su intervención en calidad de subsidiaria, sujeta a graduación en su condición de indirecta por cuanto “[...] el hecho objeto de percepción es diferente del hecho que prueba de tal manera que el juzgador solo percibe el segundo y de este induce indirectamente la existencia del primero”(PARMA, MANGIAFICO, 2014, p.124). Por otro lado se considera a la prueba indiciaria como del mismo valor que las pruebas directas, incluso algunos autores, entre ellos Mittermaier (1916), consideran a la misma como una de las pruebas de mayor importancia.

Frente al conflicto del rechazo a la prueba indiciaria por ser imperfecta y su consideración de ser la más razonable, el punto de inflexión reside en verificar la existencia racional del denominado “nexo causal”, es decir la comprobación de la vinculación entre los supuestos conocidos y los hechos a demostrar (hecho indiciario y hecho indicativo) a partir de los indicios. Parma e Mangiafico (2014) refieren que

En el plano de la interpretación judicial la prueba de indicios coexiste en la actualidad con el principio de libre convicción y ello no es menor, dado que como veremos hay quienes sostienen que no puede aplicarse respecto de ellos, método interpretativo alguno. Sin embargo, analizaremos que el *iudex* no puede fijarse arbitrariamente los indicios y su conexión, sino que debe motivar su utilización y cumplir los requisitos exigidos por las reglas de la

lógica. Además los indicios deben ser probados, deben acoplarse entre ellos correctamente dado que de su suma surgirá o no la diafanidad fáctica. Esta y no otra motivación de los indicios, es lo que a la postre va a permitir su control y acoplamiento razonable al proceso penal en cualquiera de sus etapas (PARMA; MANGIAFICO, 2014, p.82).

Para un correcto análisis de la prueba indiciaria y su aplicación procesal, es menester partir diferenciando los términos empleados, a saber: el indicio expresa la cosa, instrumento, signo que constituye un dato significativo; por su parte las circunstancias implican el hecho que motiva el ejercicio de inferencia; y la relación lógica de estos dos constituye la presunción. Esta última resulta una conclusión incompleta y que se configura en razón de encontrar caracteres comunes entre los indicios acopiados. Aplicando el silogismo al tema, la premisa mayor estaría compuesta por los principios generales (razón suficiente, lógica, experiencia); la premisa menor por el indicio (s) y la conclusión devendría en el hecho que se pretende conocer.

Parma e Mangiafico (2014) sostienen que sería un error metodológico entender a la prueba indiciaria igual que el indicio, en virtud que existe una notable diferencia entre ellos. El indicio permite el conocimiento de otro hecho por la vía de inferencia, y es precisamente este raciocinio inferencial el que genera una conclusión sobre el objeto del proceso; este resultado constituye la prueba indiciaria, por ello descartamos sea considerada esta última una mera sospecha de contenido subjetivo.

La actividad probatoria goza de su condición de trascendental por un segundo aspecto en materia penal, y es la presunción de inocencia. Esta garantía máxima del proceso penal que tiene reconocimiento a nivel nacional e internacional, determina que el acusado en tanto no sea declarado culpable mediante sentencia ejecutoriada de juez competente, goza de su calidad y tratamiento como inocente. Por ello, esta declaratoria tiene la obligación de ser sustentada en base a hechos reales, probados y a una argumentación debida. Al respecto Pumpido Touron (1998) manifiesta:

[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en el proceso penal puede formularse sobre la base de una prueba de este tipo (indiciaria), si bien debe satisfacer al menos dos exigencias:

- 1.- Los hechos base de indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas.
- 2.- El órgano jurisdiccional debe explicar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado” (PUMPIDO TOURON, 1998, p.35).

En consecuencia resulta innegable que la prueba indiciaria a nivel doctrinario



permite la declaratoria de culpabilidad del acusado en tanto cumpla con los requisitos para alcanzar la eficacia probatoria debida, rechazando por ello la argumentación que sustenta la prohibición de condena bajo prueba indiciaria.

## 2. La sentencia

Frente a esta argumentación, la actual normativa penal ecuatoriana presenta una discusión, bajo la siguiente interrogante: ¿Es permitida la prueba indiciaria para concluir en una sentencia de condena en tanto el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano no establece normativamente tal posibilidad?

Resulta innegable la presencia de prueba indiciaria en la mayoría de procesos penales y a través de ella la posibilidad de conocer la verdad; empero las disposiciones contenidas en la normativa actual generan no una, sino varias interrogantes en relación a su aplicación.

Al efecto sentencia penal como concepto en palabras Cafferata Nores (2003) consiste en:

El acto de voluntad razonado del Tribunal de juicio emitido, luego del debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas ofrecidas con la presencia continua de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchados los alegatos de estos últimos, resuelve imparcial motivadamente y en forma definitiva sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo al acusado (CAFFERATA NORES, 2003, p.543).

Por tanto el juzgador, dentro de sus funciones, tiene la esencial tarea de desentrañar la verdad histórica de un hecho pasado, en base a las pruebas aportadas por las partes (límite de conocimiento). Al efecto Parma e Mangiafico (2014, p.31) mencionan: “Resulta indiscutido que el fin inmediato de proceso penal es la consecución de la verdad objetiva [...] que exige como presupuesto la legalidad de las pruebas obtenidas para alcanzarla”.

Dentro de este contexto y conforme lo detallan Parma e Mangiafico (2014), existen varios puntos que deben ser resueltos en sentencia. El primero de ellos, las cuestiones incidentales, que responden a argumentos previos al debate de fondo (incidentes); en este punto la prueba indiciaria no tiene relación alguna.

El segundo punto corresponde a las cuestiones relativas a la existencia del hecho delictuoso, que obliga primigeniamente a su verificación para un posterior análisis de responsabilidad. En otras palabras, este punto corresponde a la existe material de la

infracción; a partir de ello se cuestiona ¿Se puede justificar el crimen (acontecimiento sujeto a reproche) a partir de prueba indiciaria? considero que sería inadecuado, en tanto existen todos los medios (pruebas directas) para su justificación y de lo cual no exige mayor esfuerzo. Por ejemplo, en un homicidio simple, la justificación de la muerte de la víctima deberá ser siempre a partir de un examen médico legal.

El tercer punto que debe incluir la sentencia, es el tratamiento de las cuestiones relativas a la participación del imputado; este punto guarda consonancia con la discusión del presente ensayo, es decir, la justificación de la responsabilidad del acusado y con ello la valoración de los elementos probatorios. Sostengo que solamente en este punto la prueba indiciaria tiene pertinencia, la misma que debe guardar cierto grado de eficacia probatoria a la luz del cumplimiento de determinadas características que analizaré posteriormente.

El cuarto punto corresponde a la calificación legal que corresponda, en términos procesales la adecuación típica (hechos-derecho). Dentro del quinto y sexto punto están la sanción y las medidas de reparación y/o indemnización.

El antecedente a la sentencia, es la valoración probatoria y la conflictividad de la misma gira alrededor del nexo de causalidad, que comprende, la relación entre los hechos (delito) y la persona acusada a través de la prueba. La verificación o no de este nexo permite al juzgador tomar la decisión del conflicto; y es en este aspecto en que la normativa anterior y la vigente presenta un punto de divergencia; ya que el código de procedimiento penal derogado permitía la verificación del *nexo causal* a partir de presunciones en tanto el actual niega tal prerrogativa, limitando de esta manera la posibilidad de que la verdad sea conocida mediante prueba indirecta. Sin embargo el Artículo Nro. 454 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (2014), que refiere a los principios probatorios trata lo siguiente:

Pertinencia.- Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada (ECUADOR, 2014).

Se entendería a partir de esta posición que la actuación probatoria tiene plena libertad de acopiar pruebas indirectas (indicios y así presunciones) que sustenten la acusación y verifique los dos presupuestos indispensables (delito y responsabilidad), sin embargo cuando el mismo código refiere sobre el *nexo causal*, presenta cierta contradicción, en el Artículo Nro. 455:

La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos

reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones (ECUADOR, 2014).

He aquí la contradicción, en virtud que el código de procedimiento penal derogado refiere en dos disposiciones las presunciones como fundamento del nexo de causalidad, y determina su tratamiento así:

Art. 87. – Presunciones - Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes.

Art. 88. – Presunción del nexo causal.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

- 1.- Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;
- 2.- Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,
- 3.- Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:
  - a) Varios;
  - b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;
  - c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,
  - d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente (ECUADOR, 2009).

Frente a la normativa vigente, y bajo el principio de legalidad y temporalidad de la ley, deberíamos entender que la comprobación de la verdad requiere indefectiblemente de pruebas directas, en razón que las presunciones no están autorizadas para que el juzgador empleando un ejercicio lógico las analice a fin de encontrar cierta concatenación necesaria para la decisión. Tal afirmación, resulta contraria a la lógica y experiencia, en tanto la mayoría de crímenes no presentan pruebas directas; deberíamos entender por tanto que la normativa actual limita de cierta manera el efectivo conocimiento de la verdad, y me atrevo a decir sacrifica a través de esta limitación su aspiración máxima de justicia (visión legalista).

Determinado el conflicto, resulta necesario brindar la solución, y al respecto se presentan dos posturas: la primera de ellas, es la aplicación retroactiva del código de procedimiento penal en lo referente a las condiciones que debe reunir la prueba indiciaria para su valoración, sin embargo se evidencia un conflicto de temporalidad de la norma, en razón de que la vigencia del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano derogó en

su totalidad las normas del código procedimental anterior, y por tanto tal regulación.

Sin embargo en aras de buscar una armonía para una correcta valoración existe el principio denominado “verdad procesal” que determina el Artículo Nro. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma rectora para la actuación jurisdiccional, o sea y “las juezas y jueces resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes” (ECUADOR, 2008). Hay en esta disposición concordancia con el principio de la “interpretación de las normas procesales”, Artículo Nro. 29.

En artículo se permite al juzgador realizar la valoración probatoria de indicios en búsqueda de la verdad, puesto que “Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material” (ECUADOR, 2008).

La norma antes invocada hace referencia que la interpretación de la norma adjetiva penal tiene que guardar relación con los derechos reconocidos a través de la Constitución ecuatoriana e internacionalmente a través de los tratados y convenios respectivos; y en efecto uno de los derechos de las víctimas de infracciones penales reconocidas constitucionalmente (Artículo Nro. 78) es “[...] el conocimiento de la verdad de los hechos” (ECUADOR, 2008); es por ello y en base a una análisis bajo la perspectiva garantista (modelo vigente) sería restrictivo en materia de derechos sostener que en virtud de una mera aplicación de la ley procesal no es posible considerar la eficacia probatoria de los indicios como presupuesto de presunciones para evidencia la verdad del ilícito reprochable.

Esta discusión sobre la aplicación o no de prueba indiciara ha sido resulta en la legislación argentina de esta manera:

Sostiene que el legislador no autoriza a tener por acreditado un hecho por indicios. Admitir esto es confundir indicio con presunción. Si lo autoriza, en cambio, a tener por probado; pero por una o más presunciones judiciales, lo cual es algo distinto. Visto desde otro ángulo, tampoco se puede sostener que existe tal prueba porque el juez así lo declare en sentencia, ello podría importar una falta a la garantía del debido proceso y a la defensa en juicio, dado que no puede la defensa advertir oportuna y previamente hacia donde incardinará el razonamiento del juez [...] diversos autores se inclinan a encuadrar los indicios como fuente de presunciones judiciales<sup>2</sup>

La segunda propuesta, basa su argumento en la actividad complementaria de

<sup>2</sup> Carlos Parma, David Mangiafico. *La sentencia penal entre la prueba y los indicios* Lima: Editorial Ideas Solución Editorial, 2014, p. 136.

la doctrina y jurisprudencia en relación a la ley; y es que la argumentación que aporta estas dos fuentes resulta trascendental para dar solución aquello que no ha sido resuelto mediante ley, o en caso de hacerlo no guarda armonía con el ordenamiento jurídico nacional y supranacional vigente. En base a ello cuestiono: ¿Resulta restrictivo o contrario el principio de temporalidad de la ley, el aplicar fallos jurisprudenciales de prueba indiciara bajo la normativa adjetiva penal anterior? Considero absolutamente que no, en razón que los formalismos no pueden estar superiores a la verdad procesal (máxima intención del proceso penal); empero de aquello la doctrina ha resuelto el conflicto de la prueba indiciara determinando las condiciones que debe reunir para la debida eficacia probatoria.

En efecto existen condiciones necesarias para que la prueba indiciaria alcance el grado suficiente de probanza (sentido y alcance) para llegar a la convicción del juzgador, siguiendo la línea jurisprudencial existe *requisitos formales y materiales* que deben ser cumplidos a la luz de la lógica, psicología y experiencia. Dentro de los requisitos formales está en primer lugar que la sentencia exprese de manera clara cuales son los indicios que servirán para el ejercicio de razonamiento e inferencia; en segundo lugar, el fallo debe expresar claramente el razonamiento que permitió a partir de los indicios conocer los detalles de la infracción y responsabilidad.

Desde la perspectiva material tanto los indicios individualmente considerados, cuanto la prueba indiciaria en conjunto deben cumplir los siguientes requisitos conforme lo sostiene David Mangiafico<sup>3</sup>, y son: a) comprobación; b) pluralidad o indicio único de calidad concluyente; c) univocidad; d) concordancia; e) convergencia.

El primer requisito, constituye la acreditación del indicio mediante prueba directa, a fin de que el juzgador tenga el primer pilar fundamental de la valoración. El segundo requisito pretende dos opciones, la primera que existan varios indicios sobre determinados hechos o por el contrario la misma doctrina establece que de acuerdo al grado de fiabilidad un indicio pueda concluir en una sola posibilidad, descartando de esta manera todas las demás hipótesis que una circunstancia o vestigio pueda generar. El tercer requisito guarda relación con el anterior, y pretende que prueba indiciara tenga un solo sentido, una conexión solida entre lo conocido a través del indicio y el hecho que se pretende conocer, de suerte que de existir varias inferencias a partir del mismo, y que tenga igual peso argumentativo y lógico, este requisito se verá incumplido. La univocidad se verá justificado el momento que indicio deseche las demás posibilidades

<sup>3</sup> Carlos Parma, David Mangiafico. *La sentencia penal entre la prueba y los indicios*. Lima: Editorial Ideas Solución Editorial, 2014, p. 145.

y mantenga una sola conclusión.

El cuarto requisito de concordancia, implica que en la prueba indiciaria tomada en fragmentos, cada uno de ellos estén interrelacionados en tiempo, lugar y circunstancias, de manera que, analizados en conjunto exista una historia concordante a la luz de la lógica, descartando aquel indicio que no esté acorde a la cadena indiciaria. El último de los requisitos es la convergencia, que implica que dos o más situaciones conduzcan al mismo punto, se pretende que todos los indicios apunten al hecho principal de prueba y a la vez guarden una relación armónica (no oposición).

En efecto, de un conjunto de indicios coherentemente enlazados, no contradictorios entre sí, sino mutuamente vinculados como elementos de una misma construcción, es plausible inferir, sobre una base racional, conclusiones fundadas, de las que obtenga el juez el grado de convicción necesario para asumir su decisión (PARMA; MANGIAFICO, 2014, p.153).

Determinado con claridad todos los requisitos que debe reunir la prueba indiciaria, es necesario realizar una construcción lógica, bajo el *silogismo indiciario* antes expuesto. Parma refiere:

La prueba indiciaria se alimenta de la misma lógica, siendo también un concepto jurídico-procesal compuesto (supraconcepto) y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicio (dato indiciario), inferencia lógica aplicable y la conclusión final inferida (llamada por muchos presunción del juez), que conduce al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el indicio. Por eso si la conclusión obtenida del razonamiento concreto es además conducente, útil y pertinente, se convierte en argumento confirmatorio (PARMA; MANGIAFICO, 2014, p.163).

La prueba indiciaria puede justificar la declaratoria de culpabilidad de un ciudadano que goza de la presunción de inocencia, al encontrar entre el conjunto probatorio armonía que permita concluir en convicción más allá de toda duda razonable. No existen motivos para que la prueba indiciaria, concebida de manera correcta, sea prohibida en la valoración probatoria actual, en razón que la mayoría de delitos, y en particular aquellos que se cometen sin testigos presenciales, con el empleo de la tecnológica y avance científico de las pericias generan un grado de confianza tal, que evidencia una verdad incontestable.

Lo fundamental del uso de la prueba indiciaria en la sentencia penal reside en su argumentación, por cuanto, determinado cada uno los indicios y su valoración correcta, no existe motivo alguno para dudar de su eficacia en la obtención de la verdad histórica; sin embargo esta tarea argumentativa goza de complejidad, al efecto la sentencia

Nro. 025-09-SEP-CC de la Corte Constitucional Ecuatoriana refiere a tres elementos necesarios para una correcta motivación, a saber:

El primero de ellos comprende la argumentación sobre la vigencia de la norma, su validez formal y axiológica, además la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico: el segundo es la relación entre el conjunto de premisas fácticas propuestas como soporte probatorio y la explicación del mérito de ellas y por último la correspondencia entre las formulas normativas, los hechos probados y las consecuencia que de ellos se desprende (ECUADOR, 2009).

## Conclusión

Considero que el abordaje teórico de la prueba indiciaria tienes varias finalidades, entre ellas evitar la arbitrariedad de su aplicación en la sentencia que resuelve la situación jurídica del acusado. Bajo esta argumentación esgrimida en el presente ensayo, concluyo que la prueba indiciaria es plenamente aplicable en la legislación penal ecuatoriana, en tanto se cumpla a cabalidad con los presupuestos, doctrinalmente, establecidos y una construcción lógica firme que devenga en una sola conclusión, teniendo en cuenta que el actual modelo constitucional, ha superado la mera aplicación legalista y ha propuesta una aplicación constitucional de la normativa en relación a los principios que determina la carta magna y los tratados internacionales de derechos humanos, bajo el control de convencionalidad.

Argumentado en debida forma, la prueba indiciaria resulta ser trascendental y en ocasiones la que prueba que decide respecto de la responsabilidad del acusado, de ahí, su complejidad en la valoración y tratamiento y por consiguiente la correcta justipreciación en miras de que sea la sentencia una exposición de la verdad histórica de lo ocurrido.

## Referencias

AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián; CESANO, José. **Prueba en materia penal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009.

CAFFERATA NORES, José. **Manual de derecho procesal**. Córdoba: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 2003.

ECUADOR. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. **Registro Oficial Nro. 445**, del 20 de Octubre de 2008.

\_\_\_\_\_. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. **Registro Oficial Nro. 180** del 10 de Febrero de 2014.

\_\_\_\_\_. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. **Registro Oficial Nro. 544** del 09 de Marzo de 2009.

\_\_\_\_\_. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, **Registro Oficial Nro. 449**, del 20 de Octubre de 2008.

\_\_\_\_\_. **Sala de la Corte Constitucional, Sentencia Nro. 025-09-SEP-CC**, 29 de Septiembre de 2009. Disponible em: < <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Acceso em: 26 out. 2020.

JAEN, Manuel. **Derechos Fundamentales del Proceso Penal**. Medellín: Ediciones Jurídicas, 2004.

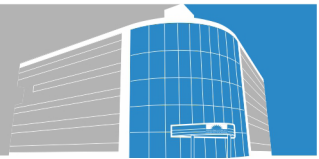
MITTERMAIER, Carl Joseph Austin. **Tratado de la prueba en materia criminal**. Madrid: Editorial Reus.1916

PARMA, Carlos; MANGIAFICO, David. **La sentencia penal entre la prueba y los indicios**. Lima: Editorial Ideas Solución Editorial, 2014.

PARRA, Jairo. **Tratado de la Prueba Judicial - Indicios y Presunciones**. Bogotá: Editorial ABC, 2005.

PUMPIDO TOURON, Candido. **Ley de Enjuiciamiento Criminal, ley y legislación complementaria**. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid: Editorial Soneda, 1998.





## Natjus: meio de fomento para a desjudicialização das demandas de assistência à saúde no estado do tocantins

Natjus: means to promote the dejudicialization of  
health care demands in the state of tocantins

Natjus: medios para promover la desjudicialización de las  
demandas de atención médica en el estado de tocantins

Bianca Santos Nascimento<sup>1</sup>

Wellington Gomes Miranda<sup>2</sup>

### RESUMO

O objetivo deste trabalho é verificar se a atuação do Núcleo de Apoio Técnico do Tocantins (NAT) tem promovido a efetivação do direito à saúde por meio do fomento da desjudicialização da saúde. Ou seja, pretende-se apurar a quantidade de demandas que são resolvidas administrativamente, por meio dos subsídios fornecidos pelo NAT. Para tanto, o presente estudo faz um breve relato histórico acerca da saúde e a sua incorporação na Constituição Federal de 1988 como um direito atrelado ao direito à vida. Em seguida, elucida-se a respeito do fenômeno da

<sup>1</sup> Acadêmica do 8º período de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: bianca.nascimento@a.catolica-to.edu.br

<sup>2</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (Esmat) e Universidade Federal do Tocantins (UFT). Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, e em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Esmat. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

judicialização da saúde, sua implicação no estado do Tocantins e a mobilização do Poder Público para comedir o aumento de ações judiciais protocoladas pleiteando insumos, medicamentos e procedimentos, por meio da implantação do NAT em 2013. Por fim, serão apresentados os dados disponibilizados pelo NAT do Tocantins, com base nos relatórios anuais publicados desde o ano de 2014 até o ano de 2018, com a avaliação da efetividade deste órgão como fomentador da desjudicialização da saúde.

**Palavras-chave:** *Direito à Saúde. Judicialização. Efetividade do NAT. Tocantins. Desjudicialização.*

## ABSTRACT

The objective of this work is to verify if the performance of the Tocantins Technical Support Nucleus has promoted the realization of the right to health through fostering the dejudicialization of health. In other words, it is intended to determine the number of demands that are resolved administratively, through the subsidies provided by NAT. To this end, the present study provides a brief historical account of health and its incorporation into the 1988 Federal Constitution as a right linked to the right to life. Then, it clarifies about the phenomenon of the judicialization of health, its implication in the state of Tocantins and the mobilization of the Public Power to curb the increase of lawsuits filed pleading supplies, medicines and procedures, through the implementation of NAT in 2013. Finally, the data made available by NAT do Tocantins will be presented, through the annual reports published from 2014 to 2018, with an assessment of the effectiveness of this body as a promoter of health de-judicialization.

**Keywords:** *Right to Health. Judicialization. NAT effectiveness. Tocantins. Dejudicialization.*

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es verificar si el desempeño del Núcleo de Soporte Técnico de Tocantins ha promovido la realización del derecho a la salud mediante el fomento de la desjudicialización de la salud. En otras palabras, se pretende determinar el número de demandas que se resuelven administrativamente, a través de los subsidios proporcionados por NAT. Con este fin, el presente estudio proporciona una breve reseña histórica de la salud y su incorporación a la Constitución Federal de 1988 como un derecho vinculado al derecho a la vida. Luego, aclara sobre el fenómeno de la Judicialización de la salud, su implicación

en el estado de Tocantins y la movilización del Poder Público para frenar el aumento de las demandas presentadas por suplicantes suministros, medicamentos y procedimientos, a través de la implementación de NAT en 2013. Finalmente, los datos puestos a disposición por NAT do Tocantins se presentarán, a través de los informes anuales publicados de 2014 a 2018, con una evaluación de la efectividad de este organismo como promotor de la desjudicialización de la salud.

**Palabras clave:** *Derecho a la salud. Judicialización. Eficacia de NAT. Tocantins Desjudicialización.*

## Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil 1988 dispõe em seus artigos as garantias fundamentais, os deveres dos cidadãos e estabelece meios para auxiliar a efetivação dos direitos sociais. Em seu artigo 5º (BRASIL, 1988), ao tratar acerca dos direitos e garantias fundamentais, resguarda aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, demonstrando o anteparo que a Carta Magna do país confere à dignidade da pessoa humana.

Outrossim, os direitos elencados demonstram a total consonância com o entendimento firmado na Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946) ao preceituar que o gozo do melhor estado de saúde constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano. Tem-se, nesse sentido, que a plena fruição do direito à saúde está relacionada de forma direta com o direito à vida, que, por sua vez, encontra-se atrelado à noção de dignidade da pessoa humana.

No entanto, a tarefa de conceituar o que é saúde não demonstra ser fácil, pois, segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946), “à saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”. Esse conceito refere-se, portanto, às sensações subjetivas e físicas do ser humano. De outro lado, segundo Fernandes (2017), a Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90) evidencia uma concepção mais abrangente, que compreende não apenas o bem-estar humano, como estabelece ações públicas de responsabilidade da União, Estado e municípios para assegurar uma vida digna e a autonomia dos indivíduos beneficiários.

Nesse sentido, o art. 198, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, implementado a partir da Emenda Constitucional nº 29/00, dispõe acerca da obrigatoriedade do Estado em fornecer recursos financeiros mínimos

para custeio de ações e serviços públicos de saúde. Mais uma vez, enfatizando que o conceito de saúde engloba a responsabilidade Estatal em prover meios para que esse direito se concretize.

É preciso observar que a Carta Magna Brasileira delegou, igualmente, às entidades de função essencial para a promoção da justiça, a saber, Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública, a responsabilidade de zelar pelos interesses sociais e pela defesa da ordem jurídica. Ocorre que nos últimos anos essas entidades têm atuado cada vez mais para assegurar a efetivação do direito à saúde, isso porque a força normativa da Constituição de 1988 seguida da constitucionalização abrangente, a expansão da jurisdição constitucional e a ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, foram causas seminais para a judicialização, segundo Machado e Martini (2018).

Em rápidas pinceladas, segundo Chaves (2018), pode-se dizer que a expressão judicialização da saúde refere-se a esta busca desenfreada pela chancela do Poder Judiciário para garantir aos indivíduos, seja por meio de ações individuais ou coletivas, o acesso aos serviços, insumos e medicamentos do SUS. O tema está em voga, hodiernamente, porque o aumento desse segmento de demanda judicial tem impactado os cofres públicos da União, Estados e municípios, uma vez que as ações têm provocado respostas do Poder Judiciário que não seguem balizas preestabelecidas e impõem ao sistema de saúde a obrigação de cumprir as demandas, em sua maioria em caráter de urgência.

Em meio ao contexto, segundo Ornelas (2018), as cortes superiores passaram a adotar um entendimento mais restritivo quanto a essas demandas, a fim de refrear o aumento de ações judiciais em um sistema já abarrotado de processos que versavam sobre a temática. No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, à época presidido pelo Ministro Gilmar Mendes, realizou a sessão de Audiência Pública Nº 4, para ouvir o depoimento de pessoas versadas em matéria do Sistema Único de Saúde, a fim de esclarecer as questões de cunho científico, político, econômico, técnico e jurídico referentes às ações de prestação de saúde.

De igual modo, o Conselho Nacional de Justiça foi ao longo dos anos se mobilizando para encontrar formas de lidar com os impactos que esse fenômeno, não tão recente, vinha causando ao sistema judiciário e à administração pública. Nesse aspecto, Ornelas elucida que:

Paralelamente, teve início a atuação do Conselho Nacional de Justiça –

CNJ, que criou um Grupo de Trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (CNJ, Portaria 650, de 20 de novembro de 2009); aprovou a Recomendação n.31, de 30 de março de 2010 – que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde – ; bem como publicou a Resolução 107, de 6 de abril de 2010 – que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e Resolução das demandas de assistência à saúde (ORNELAS, 2018, p.26).

Por meio da Recomendação nº 31/2010 e Resolução 107/2010, os Tribunais ficaram responsáveis por disponibilizar um apoio técnico, composto por uma equipe multidisciplinar, que pudessem ofertar aos magistrados e cooperadores do direito meios para solucionar as demandas judiciais de assistência à saúde com maior eficiência, bem como disponibilizar ferramentas para o monitoramento e Resolução destas demandas.

Mais tarde, a recomendação foi complementada pela Resolução nº 238/2016, determinando que a administração superior de cada um dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais fortalecessem as estruturas dos Comitês Estaduais e dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário –NATJUS, nos moldes elucidados na Resolução, promovendo, assim, a especialização de uma de suas varas em matéria de saúde pública.

O estado do Tocantins não foi exceção ao fenômeno da judicialização, pois havia um quantitativo cada vez maior de demandas ajuizadas pleiteando insumos, tratamentos, medicamentos e leitos. Em virtude da situação, o Tribunal de Justiça do Tocantins, em consonância com a Resolução 107/2010 do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o Comitê Executivo para Monitoramento das Ações da Saúde no Estado do Tocantins – CEMAS-TO, em abril de 2010, sendo este, um órgão responsável por monitorar as ações judiciais relativas ao tema.

Posteriormente, com a união de esforços de diversos segmentos, em maio de 2013, por meio da Portaria/SESAU N°337/2013, publicada pela Secretaria de Estado da Saúde, foi instituído o Núcleo de Apoio Técnico Estadual. Esse Núcleo de Apoio tem por finalidade ofertar subsídios técnicos aos magistrados e aos representantes das entidades judiciais, Ministério Público e Defensoria Pública, para apreciar as demandas que tenham o escopo de ofertar ações e

serviços de saúde através do SUS.

Tendo em vista que diversos trabalhos já vêm tratando sobre a temática, seja com a perspectiva voltada para o Brasil ou adotando como campo de pesquisa seus estados, fato é que pouco foi tratado sobre o assunto no estado do Tocantins. Dessa forma, é necessário e relevante a confecção de uma pesquisa que tenha por escopo verificar se a atuação do NATJUS em demandas referentes à saúde tem promovido a efetivação deste direito e fomentado a desjudicialização da saúde. Para tanto, faz-se necessário um breve relato histórico acerca da saúde e da importância desse direito que foi incorporado à Constituição de 1988 e está atrelado ao direito à vida. Em seguida, será explanado a respeito da judicialização da saúde e as medidas adotadas pelo Poder Público para comedir o aumento de ações judiciais protocoladas pleiteando insumos, medicamentos e procedimentos, por meio da implantação do NAT. Por fim, serão apresentados os dados disponibilizados pelo NAT do Tocantins, por meio dos relatórios anuais publicados desde o ano de 2014 até o ano de 2018, com a avaliação da efetividade deste órgão como fomentador da desjudicialização da saúde.

Esta pesquisa foi delineada a partir dos objetivos do trabalho e da abordagem do problema, tendo sido utilizado o método descritivo-analítico. Os dados foram apurados mediante a realização de pesquisa bibliográfica, coleta de dados em artigos científicos, livros doutrinários, Leis e nos Relatórios emitidos pelo Núcleo de Apoio Técnico aos Tribunais do Tocantins.

## 1. A incorporação do direito à saúde na constituição federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal Brasileira, em 05 de outubro 1988, conferiu aos cidadãos uma série de direitos fundamentais e a garantia de acesso aos serviços sociais até então restritos a grupos seletos.

O direito à saúde tem um destaque singular no texto maior, em seu artigo 196 (BRASIL, 1988), onde se encontra disposto que é dever do Estado garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doenças e outros agravos, acesso universal e igualitário às ações e serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Em um breve retrospecto, a saúde no Brasil apresenta alguns marcos importantes ao longo dos dois séculos passados. No período republicano, o país

enfrentou sérios problemas sanitários e uma grave epidemia de varíola. Apesar das campanhas de vacinação encabeçadas por Oswaldo Cruz, segundo Barroso (2007), a população via-se refém do medo e de credices acerca das intenções do governo.

Décadas depois, com o advento das Leis trabalhistas, no primeiro mandato presidencial de Getúlio Vargas, aos cidadãos brasileiros foram assegurados direitos não somente no campo trabalhista, como também na área da saúde pública. Com a implementação da Consolidação das Leis Trabalhistas, “principalmente entre as décadas de 1940 e 1970, só poderia usufruir da assistência médico-curativa aquele que fosse trabalhador formal” (ASENSI, 2010, p. 16), portanto, somente aos trabalhadores que tivessem suas carteiras de trabalho assinadas e auferissem salário mínimo eram garantidas as benesses relativas à saúde.

Em meados dos anos 1950, o país deu mais um passo importante no campo sanitário. Com a criação do Ministério da Saúde, a população rural passou a ser assistida pelo poder público, pois, até então, tais políticas somente alcançavam os trabalhadores com carteira assinada.

Segundo Souza (2014), mais tarde, em 1963, durante a 3ª Conferência Nacional de saúde foram discutidos dois importantes temas, o primeiro sugeria a criação de um sistema de saúde que atendesse a todos os cidadãos, ou seja, havia uma sugestão de universalização do direito à saúde; o segundo tema expunha a possibilidade de uma sistema descentralizado, em que os entes municipais tivessem autonomia para geri-lo.

Um ano após esta Conferência Nacional da Saúde, o Brasil foi surpreendido com a instauração da Ditadura Militar. Esse período foi marcado pela precariedade da saúde brasileira, pois houve cortes de verba, aumento nos índices de pessoas acometidas de dengue, malária, doença de chagas e aumento dos índices de mortalidade infantil. Em uma tentativa de amenizar os impactos, o governo criou o INPS, ente que reunia os demais órgãos previdenciários para que o atendimento médico melhorasse.

Por sua vez, a década de 1980 foi marcada pelos ecos do Movimento Sanitarista e pela realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, que trouxeram uma série de transformações nessa área, dentre as quais, o entendimento de que a saúde deveria ser cada vez mais acessível, e ganhou aliados importantes como o Conselho Nacional de Medicina, as instituições acadêmicas e culminou na criação

do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde – Cebes, segundo Andrade 2016.

Em síntese, a Reforma Sanitária propôs mudanças pautadas na ideia de universalização da saúde, investimentos de caráter preventivo, melhoria na condição de vida da população, ou seja, o que se pretendia era uma democratização nesse campo e, como resultado desse processo parte das resoluções obtidas com o relatório da Conferência foi incorporada à nova Constituição Federal de 1988.

Com o advento da Carta Magna Brasileira, o direito à saúde passou a ser um dever do Estado e uma das principais garantias conferidas aos cidadãos. Nas palavras de Asensi (2010, p. 17) “com a Constituição de 1988 [...] a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos”. Logo, não basta a positivação desse direito, faz-se necessário que o Estado garanta a sua concretização.

A esse respeito a proteção constitucional se efetiva também por meio da Lei 8.080/90, sendo esta responsável pela regulamentação do Sistema Único de Saúde, que em seu texto estabelece cinco princípios, os quais devem ser respeitados pelos entes federativos, a saber: universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular.

Em razão do contexto vivenciado pela população brasileira na década de 1980 e com a incorporação da saúde no texto constitucional, percebe-se que a sociedade civil vinha de certo modo ganhando um espaço de diálogo e até mesmo um protagonismo para incrementar e fiscalizar as políticas públicas. No entanto, era necessário que a responsabilidade de exigir e fiscalizar a real efetividade desses direitos não recaísse apenas nas mãos da sociedade, por essa razão, o texto constitucional rediscutiu ainda a missão de algumas instituições, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, que ficaram encarregadas de zelar pelos direitos da coletividade.

Em que pese essa sistematização para garantir a universalização desse direito fundamental a toda a população brasileira, desde a promulgação da Lei 8.080/90, os valores repassados ao Ministério da Saúde para custear as inúmeras necessidades sanitárias do sistema eram deficitários. Segundo Silva (1995) a meta em todas as propostas era a de fixar-se um patamar mínimo de 30% das contribuições que seriam transferidas para o Ministério da Saúde, no entanto, a negociação resultou



em metade do almejado, ficando no patamar de 15,5%.

No decorrer dos anos, o setor da Saúde foi sendo sucateado com repasses de verbas reduzidos, sendo que, ainda de acordo com o autor, no ano de 1994, no governo de Itamar Franco, foi mantida a política de não repassar recursos ao Ministério da Saúde. Esta situação desencadeou a criação de um programa emergencial para a saúde, a fim de reverter o quadro calamitoso. O histórico da falta de recursos desse setor tem se arrastado até os dias de hoje e sobrevivendo uma série de consequências que estão afetando outros setores. Surge nesse cenário a chamada judicialização da saúde.

## 2. O fenômeno: judicialização da saúde

Esse fenômeno, de acordo com Pepe *at al* (2010), pode ser sintetizado como a intervenção do Poder Judiciário no âmbito da gestão do setor da saúde. Em outras palavras, o indivíduo ajuíza uma ação em face do Estado, na maioria dos casos, pleiteando medicamentos, procedimentos e consultas, que não foram disponibilizados pela rede pública de saúde. No entanto, a judicialização da saúde não se limita às ações referentes ao SUS, inclui, outrossim, as ações impetradas em face de planos privados de saúde que se negaram a cobrir o tratamento dos clientes.

Conforme os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (2019), houve um expressivo aumento de 130% no número de demandas judiciais relativas à saúde no interregno temporal compreendido entre 2008 e 2017, o que representou um aumento de 50% do número total de processos judiciais. A pesquisa constatou que, em sete anos, o gasto com demandas judiciais teve um crescimento de aproximadamente 13 vezes. Somente em 2016, o sistema de saúde fechou as contas de gastos com o dispêndio de R\$ 1,6 bilhão.

Nesse sentido Silva (1995) discorre que a prática recorrente de deferir medidas concessivas na área da saúde, tem obrigado o poder público a realocar verbas já destinadas a outros indivíduos, que por certo ficarão desassistidos. Desta feita, de um lado há a concretização de direitos sociais, como o direito a saúde, em contrapartida, a administração pública é forçada a cumprir obrigações concretas e desfavoráveis. Em suma, as decisões judiciais obrigam os entes administrativos públicos a adquirir medicamentos especiais de alto custo, suprimindo a fase licitatória ou de tomada de preços, sem, no entanto, apontarem de forma clara de

onde devem sair os recursos financeiros.

Segundo Chaves (2018), o fenômeno da judicialização da saúde pode acarretar desorganização do SUS, uma vez que os *decisums*, ao atenderem interesses individuais, acabam por focar políticas públicas em favor de poucos, subvertendo a ordem de filas de procedimentos e internações, a título de exemplo. Em síntese, quando o ente estatal é obrigado a fornecer algo com o qual não tinha se comprometido, acarreta não somente o deslocamento de gastos, mas demonstra, igualmente, a falta de balizas preestabelecidas para nortear as decisões judiciais.

Ainda de acordo com a pesquisa fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça (2019), que traçou o perfil das demandas judiciais envolvendo a saúde, evidenciou-se que o sistema de assistência à saúde brasileira consome quase 10% do orçamento do país, sendo que esta porcentagem deve, em tese, suprir todas as necessidades de uma sociedade com padrões epidemiológicos peculiares.

Conquanto o impacto precípua das discussões incida principalmente no orçamento público, os dados revelam que as demandas não se limitam à esfera pública, pois, a judicialização afeta direta ou indiretamente as relações contratuais entre cerca de 50 milhões de beneficiários de planos de saúde, operadoras e prestadores de serviços de assistência à saúde (CNJ, 2019). Essa informação demonstra que a busca pela chancela do Poder Judiciário para a dirimir os conflitos envolve uma miríade de causas e efeitos.

### 3. Natjus

Nesse sentido, segundo Ornelas (2018), devido à quantidade cada vez maior de demandas que versavam sobre matérias referentes à saúde em que os indivíduos buscavam amparo judicial para findar a lide, os tribunais passaram a adotar um entendimento mais restritivo em seus julgamentos. Entretanto, a atitude das cortes revelou ser apenas uma medida paliativa, não sendo suficiente para lidar com o abarrotamento de ações. Sendo assim, os ministros do Supremo Tribunal Federal verificaram a necessidade de instituir limites e definir parâmetros para pacificar os julgamentos acerca do tema.

Desse modo, em 2009, o Ministro Gilmar Mendes, à época presidente da instância máxima da justiça, convocou em março daquele ano a audiência pública nº4, com a finalidade de oportunizar um espaço de diálogo entre os indivíduos que tinham experiência e especialidade nas questões relativas ao Sistema Único de

Saúde. A audiência objetivou, igualmente, elucidar questões jurídicas, econômicas, administrativas, técnicas e científicas relativas às ações de prestação de saúde.

O Conselho Nacional de Justiça, em consonância com os acordos firmados pela Corte, mobilizou-se para criar ferramentas a fim de lidar com as consequências do aumento de demandas no Judiciário e tentar conter o fenômeno. Assim, em março de 2010, foi publicada a Recomendação nº 31/2010, sugerindo aos Tribunais a adoção de medidas que pudessem assegurar uma maior eficiência na solução das demandas que tratavam acerca do tema.

O Tribunal de Justiça do Tocantins, por sua vez, instituiu no mesmo ano o Comitê Executivo para Monitoramento das Ações da Saúde no Estado do Tocantins – CEMAS-TO, para fazer o acompanhamento dessas ações judiciais. Posteriormente, por meio de esforços conjuntos de diversos entes, a Secretaria de Estado da Saúde - SESAU implementou o Núcleo de Apoio Técnico Estadual (NAT), por meio da Portaria/SESAU Nº 337/2013.

De acordo com Henrique, Mendonça e Braga o NATJUS Estadual tem por objetivo

[...] disponibilizar subsídios técnicos aos Magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública Estadual e Federal, tanto na fase pré-processual como na fase processual, nas demandas que tenham por objeto assegurar ações e serviços de saúde do âmbito do SUS, informando sobre a existência ou não de política pública, devendo indicar, ainda, na Nota Técnica, se os documentos juntados aos autos, normalmente prescrições e relatórios médicos, observam os requisitos exigidos pela política pública de saúde, e também sobre a existência de evidências científicas *sic*[...] (HENRIQUE; MENDONÇA; BRAGA, 2019, p. 285).

Em suma, essa iniciativa tem fornecido informações pertinentes aos magistrados e representantes do Ministério Público e Defensoria Pública mediante ofícios e documentos disponibilizados via e-mail. É relevante esclarecer que as competências do Núcleo de Apoio Técnico no Estado do Tocantins não se limitam apenas a subsidiar os operadores de direito com as informações pertinentes ao SUS com a emissão de pareceres técnicos, como também é responsável por realizar estudos e propor medidas visando a redução de ações judiciais no âmbito judicial. Conforme a Recomendação nº 31/2010, o núcleo exerce, igualmente, a função de fortalecer o diálogo entre os poderes Executivo e Judiciário, Instituições de Ensino, Sociedade Civil, Ministério Público e Defensoria Pública, a fim de estimular debates pertinentes ao assunto. Assim, para dar seguimento aos trabalhos,

a secretaria da Saúde, por meio da Portaria SESAU nº 337/2013, designou uma equipe multidisciplinar de profissionais, composta pelo presidente, um assistente administrativo, um bacharel em Direito, um enfermeiro, um farmacêutico e um nutricionista, para atuar no Núcleo de Apoio Técnico.

No decorrer dos anos, segundo Henrique, Mendonça e Braga (2019), a equipe de profissionais foi ampliada e passou a contar com quatro médicos, responsáveis pela emissão de Notas técnicas de medicamentos e procedimentos com evidência científica; quatro farmacêuticos, responsáveis por emitir notas técnicas de medicamentos e políticas públicas com evidência científica; um bacharel em direito, responsável por fazer a adequação da linguagem técnica com a jurídica; oito servidores de formação multidisciplinar, a saber, enfermeiros, nutricionistas, assistente social, gestor de saúde, executivo de saúde e assistentes administrativos. Sendo que todos esses profissionais estão alocados em uma sala da Corregedoria Geral de Justiça, fruto da parceria entre o Tribunal de Justiça do Tocantins e a Secretaria Estadual de Saúde.

A atuação do NATJUS no Estado do Tocantins, ainda segundo as autoras, dá-se da seguinte forma, o indivíduo procura a ajuda dos representantes da Defensoria Pública ou do Ministério Público para ajuizar uma ação pleiteando tratamento de saúde ou medicamentos. Estas instituições, antes de judicializar o pedido, fazem um requerimento administrativamente da Nota técnica junto ao Núcleo. Por sua vez, os agentes do NATJUS, antes de emitir a Nota Técnica, entram em contato com as diretorias ou superintendências da Secretaria Estadual de Saúde do Tocantins para verificar se há a possibilidade de resolver o problema em sede administrativa. Para as situações em que existe a possibilidade de solução, são repassadas à Defensoria ou ao Ministério Público acerca da resolutividade e do tempo que será despendido, evitando o ajuizamento da ação.

Outrossim, o Núcleo de Apoio Técnico estadual disponibiliza em sua plataforma as informações quando a sua criação, competências, acerca do Comitê Executivo de Monitoramento das Ações de Saúde no Estado do Tocantins – CEMAS, os Enunciados aprovados nos Fóruns estaduais do Judiciário para a saúde, bem como os Enunciados das Jornadas de Direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça. Conta, de igual modo, com os relatórios do Núcleo de Apoio Técnico da Comarca do município de Araguaína, do município de Palmas e os Relatórios do NAT estadual que reúnem as informações das comarcas do Tocantins que buscaram

subsídios junto ao Núcleo.

Nesse ínterim, consoante a Portaria nº 337/2013, o Núcleo de Apoio Técnico é responsável por fazer levantamentos estatísticos bimestrais das consultas, devidamente cadastradas e formuladas ao NAT que são repassados ao CEMAS, ao TJTO e à SESAU. Esses dados são disponibilizados também aos cidadãos no sítio eletrônico do NATJUS e ordenados em relatórios anuais.

Estes documentos relatam brevemente sobre a localização do Núcleo (no município de Palmas está sediado na Corregedoria Geral do Estado) e explanam, igualmente, sobre a composição da equipe responsável pelas atividades prestadas pelo ente. Por fim, tratam de sua competência precípua em prestar subsídios aos magistrados, entidades da Justiça e operadores do direito em demandas de assistência à saúde, bem como realizar estudos a partir dos dados coletados, estimular debates sobre a temática e propor medidas que contribuam para a redução dessas ações no âmbito judicial.

Em suma, os relatórios seguem uma estrutura, que pode variar conforme os anos de publicação, na qual, todas as informações estão tabuladas em planilhas e gráficos, abordando os seguintes tópicos, a quantidade de consultas recebidas pelo Núcleo, a porcentagem das demandas que são resolvidas na via administrativa, o quantitativo de demandas pleiteando medicamentos que são ofertados pelo SUS e os que não estão disponíveis aos cidadãos, o quanto desses medicamentos pleiteados foram encaminhados ao NAT em demandas extrajudiciais e o somatório das demandas que já estavam judicializadas. Os documentos contam, de igual modo, com o número de demandas encaminhadas ao Núcleo por Comarca, por Vara do Tribunal de Justiça e Justiça Federal, pelas instituições judiciais, Ministério Público Estadual e Federal, Defensoria Pública do Estado e da União.

## 4. Os relatórios

Prefacialmente, cabe ressaltar que no primeiro ano de atividade do Núcleo de Apoio Técnico estadual, em 2014, foram recebidas 775 consultas, incluindo demandas judiciais e extrajudiciais. No ano seguinte, houve um aumento, sendo encaminhadas ao ente 1.362 solicitações, dentre as quais foram pleiteados 2.135 pedidos. No ano de 2016, o número de processos recebidos subiu ainda mais, totalizando 1.973 consultas em que se almejava mais de um pedido por processo, o que totalizou 3.025 pedidos. O efeito se repetiu no ano de 2017, em que houve

um aumento na solicitação de pareceres ao NAT, o que totalizou 3.097 processos, incluindo as demandas extrajudiciais e judiciais.

Pode-se dizer que, de acordo com as estatísticas, caso as ações ajuizadas fossem julgadas favoravelmente ao autor, poderiam gerar à administração pública mais de uma obrigação. Ao ampliar essa escala para alguns milhares de processos, como é o caso do estado do Tocantins, o ajuizamento destes acarretaria no incremento do número de ações em uma via já abarrotada de processos e, posteriormente, a resposta favorável do Poder Judiciário provocaria o desequilíbrio nas contas públicas ao deslocar os recursos para dar cumprimento às decisões.

Os relatórios destacaram, outrossim, que os serviços mais solicitados nas demandas versavam a respeito de medicamentos, seguido de pedidos diversos, cirurgias, procedimentos e consultas. Da mesma forma, observou-se que a competência e a responsabilidade em fornecer os pedidos pleiteados, em sua maioria, recaíam ao Estado. Outro dado extraído nos relatórios é que, desde a implantação do Núcleo de Apoio Técnico, a Defensoria Pública do estado e o Ministério Público estadual foram as instituições judiciais que mais buscaram subsídios junto ao órgão.

Com o passar dos anos, percebe-se que outros entes têm encaminhado demandas extrajudiciais, como ocorreu em 2017, em que quatro instituições solicitaram pareceres do Núcleo, a saber, Defensoria Pública estadual, Ministério Público do Tocantins, Defensoria Pública da União e Advocacia-Geral da União. Juntos estes entes encaminharam 988 ofícios ao NAT no âmbito extrajudicial. Naquele ano os objetos das demandas, ainda tratavam do pleito de medicamentos, consultas médicas, exames e cirurgias, no entanto, observou-se que houve mudanças expressivas quando o assunto estava voltado aos medicamentos disponibilizados ou não pelo SUS.

À guisa de exemplo, no ano de 2017, dos 461 processos encaminhados ao Núcleo de Apoio e que correriam na via extrajudicial, 258 dos pedidos versavam sobre medicamentos dispensados pelo SUS e 203, não dispensados. Ao passo que, na via judicial, dos 701 processos recebidos pelo órgão, 372 demandas eram referentes a medicamentos disponibilizados pelo SUS, enquanto que 329 dos casos encaminhados almejavam medicamentos que não eram dispensados pelo Sistema Único de Saúde.

Foi contabilizado ainda quantos desses processos contavam com laudo

médico e prescrição médica nas demandas de medicamentos encaminhados ao NAT, no qual, constatou-se que a maioria dos processos não apresentava prescrição médica. Ou seja, caso os processos fossem ajuizados, os magistrados não contariam com um lastro probatório eficaz, de modo que as decisões ficariam a cargo da subjetividade do operador do direito ao tentar findar o conflito.

## 5. Resolutividade do núcleo de apoio técnico do estado do tocantins

Em razão dos dados disponibilizados, primeiramente, merece destacar que em meio a tantas informações tabuladas quanto ao número de processos que buscaram subsídios do Núcleo de Apoio Técnico do Tocantins, é importante que parâmetros sejam estabelecidos para aferir se a atuação do NAT é eficiente na via administrativa e se fomenta a desjudicialização da saúde.

Mister se faz assinalar que a Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 37, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nas palavras de Paulo e Alexandrino:

O princípio da eficiência pode ser desmembrado em duas facetas:

- a) relativamente à qualidade da atuação do agente público, procura-se obter um padrão de excelência no desempenho de suas atribuições e em sua produtividade;
- b) quanto ao modo de organizar e estruturar os órgãos e entidades integrantes da administração pública, e disciplinar o seu funcionamento, exige-se a maior racionalidade possível, no intuito de se alcançar ótimos resultados na prestação dos serviços público (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p.379-380).

Depreende-se, portanto, que a taxa de produtividade e o padrão adotado pelos entes da administração pública ao prestar seus serviços à sociedade são meios de aferir sua eficiência.

Pois bem, o primeiro relatório publicado demonstrou que do universo de demandas pleiteadas na via judicial, que receberam pareceres do NAT, 56,99% foram julgados, dos quais, mais da metade das decisões acolheram todas as informações fornecidas pelo órgão. Os estudos relataram que em 2015, dentre os objetos pleiteados na via extrajudicial em que o NAT se manifestou sobre o caso concreto, em 78% dos casos foi possível evitar a judicialização da demanda.

TABELA 1 – RESOLUTIVIDADE ADMINISTRATIVA DO NATJUS EM 2015

<i>Consultas Administrativas por serviço 2015</i>				
Origem	Consultas administrativas	Processos judicializados	Resolutividade Administrativa	
<b>Defensoria Pública</b>	749	173	576	77%
<b>Ministério Público</b>	554	108	446	81%
<b>Total</b>	1303	281	1022	
	<b>100%</b>	<b>22%</b>	<b>78%</b>	

Fonte: Núcleo de Apoio Técnico – NATJUS

Segundo o Núcleo de Apoio Técnico estadual (2015), em muitos casos foi possível solucionar a demanda no âmbito extrajudicial, a partir da solicitação de informações técnicas junto ao ente pelos representantes do Ministério Público e Defensoria Pública. Esta medida possibilita uma orientação aos cidadãos quanto ao fluxo instituído na Rede de Atenção à Saúde, dando o devido encaminhamento quanto à solicitação e respondendo de forma efetiva quanto ao pedido.

TABELA 2 – RESOLUTIVIDADE ADMINISTRATIVA DO NATJUS EM 2016

<i>Consultas Administrativas por serviço 2016</i>				
Origem	Consultas administrativas	Processos judicializados	Resolutividade Administrativa	
<b>Defensoria Pública</b>	834	226	608	73%
<b>Ministério Público</b>	652	133	519	80%
<b>Total</b>	1486	359	1127	
	<b>100%</b>	<b>24%</b>	<b>76%</b>	

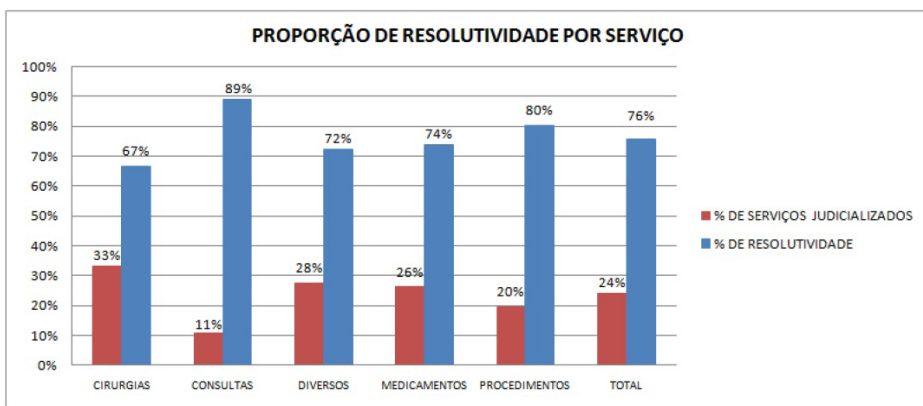
Fonte: Núcleo de Apoio Técnico – NATJUS

De igual modo, o relatório do ano de 2016 elucidou que em 76% dos casos em que o NAT foi consultado, os processos deixaram de ser ajuizados. A justificativa para essa resolutividade está no procedimento adotado pelo Núcleo, como mencionado anteriormente, pois assim que o Núcleo de Apoio recebe o pedido administrativo, tem a oportunidade de encaminhá-lo ao setor competente



e buscar a Resolução da demanda. A título de exemplo, no ano de 2016, a proporção de resolutividade do Núcleo em relação às demandas administrativas respondidas, por serviço, demonstrou que somente 11% das solicitações de consultas médicas foram ajuizadas; quanto aos procedimentos solicitados, 80% deles foram solucionados, sem a necessidade de entrar na via judicial. Nos casos de medicamentos, 74% dos pedidos foram solucionados na via administrativa, seguidos de 67% de resolutividade sem ajuizamentos, quando o objeto dos pedidos foram cirurgias.

**Gráfico 3 - Proporção de resolutividade do NAT em relação às demandas administrativas respondidas, por serviço, janeiro a dezembro de 2016 - Tocantins.**



Fonte: Núcleo de Apoio Técnico – NAT.

A pesquisa ressaltou que as demandas ajuizadas, ainda que tenham sido encaminhadas ao NAT e recebido as orientações pertinentes, devem-se em virtude da dificuldade da gestão em atender à solicitação. Desse modo, a tentativa de solucionar o caso na via administrativa foi frustrada, porque não houve resposta em tempo hábil ou pela falta de Resolução da situação pelo órgão competente.

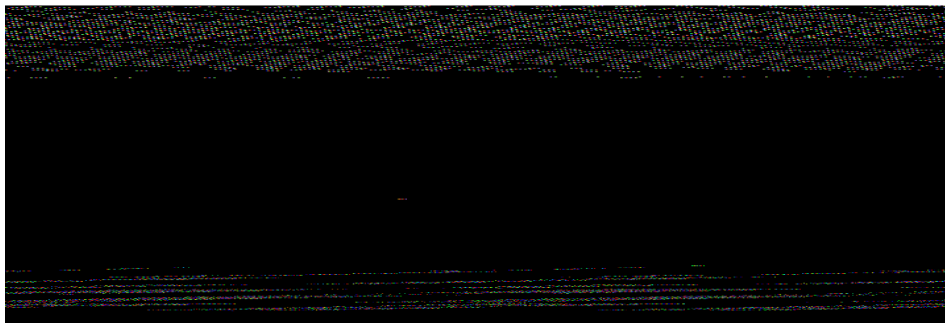
Outrossim, os documentos demonstraram que em 2016, das 834 consultas administrativas feitas pela Defensoria Pública, somente 226 foram ajuizadas, o que representa 73% de resolutividade na via administrativa. Em relação aos pedidos de subsídios solicitados pelo Ministério Público, a resolutividade foi ainda maior. Do quantitativo de 652 demandas, somente 133 chegaram ao Judiciário, o que representa um total de 80% de resolutividade extrajudicial. Ao final do ano, a

resolutividade do NAT na via administrativa alcançou um total de 76%, ou seja, 1.127 processos deixaram de ser ajuizados.

De igual modo, a análise da resolutividade extrajudicial, no ano seguinte, em 2017, demonstrou que das 911 solicitações encaminhadas pela Defensoria Pública ao NAT somente 197 processos foram ajuizados, o que representou 78% de resolutividade na via administrativa. Quanto às demandas encaminhadas ao Núcleo de Apoio pelo Ministério Público a resolutividade alcançou 88%. Isso porque, dos 493 processos encaminhados ao ente, somente 57 deles foram ajuizados. Ao final do ano, 82% dos processos que buscaram subsídios ao NAT deixaram de ingressar no Poder Judiciário.

### TABELA 3 – RESOLUTIVIDADE ADMINISTRATIVA DO NATJUS EM 2017

Fonte: Núcleo de Apoio Técnico – NATJUS



Fonte: Núcleo de Apoio Técnico – NATJUS


Merece anotar que os dados da pesquisa analisaram, igualmente, a resolutividade do NAT em relação às solicitações administrativas respondidas, no quesito que abrange serviços, consultas, diversos, medicamentos e procedimentos. A resolutividade extrajudicial nas solicitações de consultas médicas representou 90%, seguido de 88% de resolutividade nos casos de procedimentos, 83% nos pedidos de cirurgias e 77% de resolutividade na via administrativa tanto para as solicitações de medicamentos quanto para os pedidos diversos. A pesquisa apontou que a maioria dos serviços eram de competência estadual para fornecê-los.

Cumprе ressaltar que, apesar dos subsídios dispensados pelo Núcleo de Apoio serem comumente solicitados pelos representantes da Defensoria Pública e Ministério Público, no ano de 2017, observou-se que as comarcas de Palmas,

Araguaína e Gurupi buscaram informações junto ao NAT para processos já ajuizados. Isso demonstra a eficaz publicidade que a pareceria formada entre a CEMAS e SES-TO tem dado ao ente.

O último relatório publicado pelo Núcleo, referente ao ano de 2018, revela que foram encaminhadas ao órgão 1.283 demandas administrativas, das quais somente 357 chegaram a ser ajuizadas, demonstrando que 72% dos processos em que o Núcleo forneceu seus préstimos deixaram de ser ajuizados. Em números, o Poder Judiciário foi poupado de um montante de 926 processos somente em 2018. Naquele ano, o NAT emitiu 1.317 Notas Técnicas em processos extrajudiciais e 1.044 Pareceres Técnicos em processos já ajuizados. Sendo consultado, seja de ofício (fase pré-processual) ou por remessa interna no e-proc (fase judicial), em 2.241 processos.

TABELA 4 – RESOLUTIVIDADE ADMINISTRATIVA EM 2018

DEMANDAS ADMINISTRATIVAS CONSULTADAS AO NATJUS			
JANEIRO A DEZEMBRO 2018	DEMANDAS PRÉ-PROCESUAIS	DEMANDAS JUDICIALIZADAS	RESOLUTIVIDADE ADMINISTRATIVA DO NATJUS
TOTAL	1283 (100%)	357 (28%)	926
NÍVEL DE RESOLUTIVIDADE:			 <b>72%</b>

Quadro 1: nível de desjudicialização.

Fonte: Núcleo de Apoio Técnico – NATJUS

Desta feita, ao verificar os dados publicados nos relatórios anuais do Núcleo de Apoio Técnico estadual, é possível afirmar que o ente tem cumprido o princípio da eficiência. O que se observa é que a resolutividade do NAT ainda na via administrativa, ou seja, sem que os processos cheguem ao Poder Judiciário estão acima de 70%, desde o ano de 2015. Sendo que em 2017, a atuação do ente impediu que 1.150 processos referentes à assistência à saúde ingressassem na via judicial, o que representou 82% de resolutividade administrativa.

Da mesma forma, verifica-se que o NATJUS tem prestado apoio para nortear a tomada de decisões nos processos que já estão tramitando na via judicial. Nesse sentido, o documento técnico demonstrou que em 95% dos processos que tramitaram judicialmente e que consultaram ao Núcleo eram provenientes da

instância de 1º grau. Essa informação demonstra a consonância da prestação de serviço do Núcleo com a Recomendação nº 31/2011 do Conselho Nacional de Justiça.

Tem-se, portanto, que o Núcleo de Apoio Técnico está prestando subsídios aos magistrados e aos demais operadores de direito quanto à temática envolvendo a saúde, e sua atuação tem fortalecido o diálogo entre os poderes Executivo e Judiciário, as entidades essenciais à Justiça, sociedade Civil e as Instituições de Ensino, além de realizar estudos e fornecer informações à sociedade quanto à prestação de assistência à saúde.

Mediante essas informações, debates estão sendo estimulados, como é caso do presente trabalho e espaços estão sendo abertos para discussão de aprimoramento do ente, para melhoria da gestão dos recursos e redução do ajuizamento de ações no âmbito do Judiciário. Por fim, o NAT tem fomentado a desjudicialização da saúde, a partir dos subsídios fornecidos em suas Notas e Pareceres Técnicos, pois impediram que alguns milhares de processos referentes à saúde ingressem no Poder Judiciário, desde a sua implementação, ao priorizar tratamentos alternativos que solucionaram a lide ainda na fase pré-processual.

## Conclusão

Por intermédio deste trabalho, buscou-se demonstrar que o acesso à saúde, apesar de estar disposto na Carta Magna do Brasil como direito do cidadão, demonstra ser um desafio, não somente aos entes da administração pública (União, Estado e municípios) como ao Poder Judiciário, no que tange a sua efetivação. A busca desenfreada pela chancela do Judiciário para solucionar os conflitos referentes à assistência à saúde tem mobilizado uma atuação conjunta dos Tribunais, Conselho Nacional de Justiça, as entidades essenciais à justiça, sociedade Civil e instituições de ensino para enfrentar as consequências do aumento dessas demandas e, principalmente, encontrar meios para frear o ajuizamento de ações de baixa complexidade que podem ser dirimidas na fase administrativa.

Para isso, foi abordado inicialmente a respeito da história da saúde e sua inclusão na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, bem como as Leis consoantes ao texto constitucional que são responsáveis pela administração dos recursos e os meios para ofertar os insumos à saúde. Posteriormente, foi explanado, brevemente, acerca da Judicialização da saúde e a mobilização dos

entes judiciais para lidar com esse fenômeno.

Nesse ponto, o trabalho limitou-se a tratar, especificamente, das medidas que o Tribunal de Justiça do Tocantins, em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde, adotou para resolver os conflitos alusivos à saúde na fase pré-processual, empregando meios alternativos para evitar ao máximo o ajuizamento de ações que versem sobre assistência à saúde, de modo que efetivamente possam ser solucionadas na via administrativa. Por meio dessa parceria, foi publicada a portaria nº 337/2013, que instituiu o Núcleo de Apoio Técnico (NAT) para subsidiar os Magistrados, representantes do Ministério Público e Defensoria Pública na formação de juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas trazidas pelas partes e que são relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Por meio dos dados fornecidos pelo Núcleo de Apoio Técnico estadual do Tocantins, foi constatado que desde a implantação do ente, pelo menos 3.190 processos que versavam sobre pedidos de assistência à saúde deixaram de dar entrada na via judicial. Além disso, os relatórios demonstraram que desde o ano de 2015, as atividades do Núcleo têm obtido um aproveitamento superior a 72%, ou seja, mais de 70% das demandas que buscaram subsídios do Núcleo deixaram de ingressar no Poder Judiciário. Assim, mediante as balizas utilizadas para aferir o princípio da eficiência, verifica-se que as atividades desenvolvidas pelo Núcleo de Apoio Técnico do estado do Tocantins têm sido uma importante ferramenta na luta para diminuir o ajuizamento de ações.

Observou-se, de igual modo, que o NAT, em consonância com as competências que lhe foram delegadas, tem fomentado a desjudicialização de processos que versem sobre a matéria. Igualmente, a forma de atuação do Núcleo, ao contatar a Secretaria de Saúde, e a pesquisa realizada antes da emissão dos pareceres permitem que os processos que tramitam na via extrajudicial sejam analisados quanto a sua complexidade e se de fato há a necessidade de intervenção judicial. Nesse sentido, os pareceres técnicos encaminhados aos representantes do Ministério Público e Defensoria fornecem o subsídio necessário para solucionar o problema do indivíduo de forma mais célere e econômica. Assim, os cidadãos que necessitam dos insumos, serviços e medicamentos conseguem que seu direito à saúde seja efetivado sem que haja o abarrotamento na via judicial.

Outrossim, a atuação do Núcleo de Apoio Técnico não se limita aos processos não ajuizados, deste modo, para as ações que já estão tramitando na

via judicial a nota técnica oportuniza que os magistrados detenham informações científicas e técnicas acerca da temática, permitindo que as decisões proferidas sejam alicerçadas em dados claros e possam ser mais equânimes.

Por fim, a confecção desse trabalho objetivou, não somente, demonstrar que o NATJUS é um ente eficiente de Resolução de demandas extrajudiciais que versem sobre assistência à saúde, como é também um ente fomentador da desjudicialização da saúde ao buscar meios de Resolução dos conflitos na via administrativa, com pareceres pautados em informações técnicas e científicas, além de permitir que mais vias de diálogo sejam abertas entre as partes envolvidas, que passam a contar com essas informações.

## Referências

ANDRADE, Luanna Caetano. **Direito à saúde e judicialização**: estudo dos processos judiciais em saúde no município de Vitória da Conquista. Disponível em: < <https://bvssp.icict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=4998>> . Acesso em: 17 fev. 2020.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização**: O Ministério Público e a saúde no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 31, de 31 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atosnormativos?documento=877>>. Acesso em: 18 fev.2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 238, de 6 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e Resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atosnormativos?documento=173>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições

para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990. p. 018055.

CHAVES, Bruna Leticia Teixeira Ibiapira. **Desjudicialização da saúde a partir de diretrizes para os administradores públicos considerando o enunciado nº 03 da I Jornada de Direito da Saúde**. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2444/Dissertac%CC%A7a%CC%83o\\_Bruna%20Let%20C3%ADcia%20Teixeira%20Ibiapina%20Chaves\\_ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2444/Dissertac%CC%A7a%CC%83o_Bruna%20Let%20C3%ADcia%20Teixeira%20Ibiapina%20Chaves_ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. DP: 18 de mar. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. Ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wpcontent/uploads/wpforo/attachments/8812/951-Curso-de-Direito-Constitucional-Bernardo-Gonalves-2017.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

HENRIQUE, Milene de Carvalho; MENDONÇA, Mara Regina Leite; BRAGA, Elizangela Andrade. Natjus e Desjudicialização da saúde. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira Santos; LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea direito à saúde**: boas práticas e diálogos institucionais. Brasília (DF): CONASS, 2018.

HOSSEPIAN JR, Arnaldo; ROCHA, Rodrigo Silva. O judiciário e a questão da saúde: a busca de uma judicialização qualificada e de soluções negociadas - um projeto do Fórum da saúde do Conselho Nacional de Justiça. *In*: SANTOS, Alethele de Oliveira Santos; LOPES, Luciana Tolêdo. **Coletânea direito à saúde**: boas práticas e diálogos institucionais. Brasília (DF): CONASS, 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. **Desjudicialização da saúde, diálogos Interinstitucionais e participação social**: em busca de alternativas



para o sistema. Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, p. 774-796, 2018. Disponível em <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nfZ12W0AVEJ:https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

**NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO. Relatório Anual das consultas realizadas ao Núcleo de Apoio Técnico (NAT) em 2014.** Palmas; 2014. p. 1-8. Disponível em: <[http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/atas/relatorio\\_NAT\\_anual\\_2014.pdf](http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/atas/relatorio_NAT_anual_2014.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Relatório Anual - 2015.** Palmas; 2015. p. 1-23. Disponível em: <[http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio\\_anual\\_2015.pdf](http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio_anual_2015.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Relatório Anual - 2016.** Palmas; 2016. p. 1-21. Disponível em: <[http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio\\_anual\\_2016.pdf](http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio_anual_2016.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Relatório Anual - 2017.** Palmas; 2017. p. 1-22. Disponível em: <[http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio\\_anual\\_2017.pdf](http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio_anual_2017.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Relatório Anual - 2018.** Palmas; 2018. p. 1-24. Disponível em: <[http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio\\_natjus\\_2018.pdf](http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio_natjus_2018.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2020.

**ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

ORNELAS, Thaíse Siqueira. **A desjudicialização das demandas por medicamentos: uma análise sobre a efetividade do núcleo de apoio técnico – NAT após a sua instalação no município de Joinville.** Revista da Esmesc, v. 25, p. 13-40, 2018. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v25i31.p13>>. Acesso em: 01 mar 2020.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** I.14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. Disponível em: < <https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/direito->

constitucional-descomplicado-14c2aa-edic3a7c3a3o-2015.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

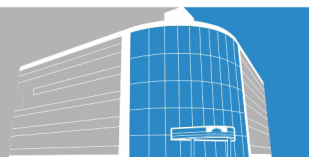
PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osorio de. VENTURA, Miriam. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Revista de Saúde Coletiva. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232010000500015&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232010000500015&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 14 mar. 2020.

SECRETARIA DE SAÚDE. Portaria nº. 337, de 02 de maio de 2013. **Diário oficial do Estado do Tocantins**, Palmas, TO, 13 mai, 2013. Disponível em: <[http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/Portaria\\_criacao\\_do\\_NAT\\_-\\_Estadual.pdf](http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/Portaria_criacao_do_NAT_-_Estadual.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2020.

SILVA, Guilherme Rodrigues da. **O SUS e a crise atual do setor público da saúde**. Saúde e soc. Vol. 4 n..1-2. São Paulo. 1995. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12901995000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901995000100004)>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SOUZA, Naiara Prato Cardoso de. **A 3ª conferência nacional de saúde (1963): antecedentes para um sistema nacional de saúde público e descentralizado**. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/iciet/18696/2/186.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Audiência Pública n.4**. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 17 fev. 2020.



## Os instrumentos processuais penais de consenso e o acordo de não persecução penal

The penal process instruments of consensus and the criminal prosecution agreement

Los instrumentos del proceso penal de consenso y el acuerdo de enjuiciamiento penal

Pedro Evandro de Vicente Rufato<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância dos instrumentos processuais penais de consenso no direito brasileiro, com especial destaque ao acordo de não persecução penal, inserido no ordenamento jurídico inicialmente pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e depois pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime). Ao lado da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, disciplinados pela Lei nº 9.099/95, o acordo de não persecução se constitui em instrumento de consenso ligado à ideia de desburocratização da justiça, agilidade processual, participação dos envolvidos na Resolução da lide e efetividade na aplicação das sanções, conferindo protagonismo ao

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público (2015/2020). Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Especialista em Ciências Criminais pela PUC de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). <http://lattes.cnpq.br/6341362468305155>.

Ministério Público na fase investigatória. São esses os principais pontos que serão objeto de abordagem detalhada ao longo do trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Acordo de não persecução penal. Ministério Público. Processo penal. Conciliação. Efetividade.*

## ABSTRACT

This text aims to demonstrate the importance of consensual criminal procedural instruments in Brazilian legislation, with special attention to the Non-Criminal Prosecution Agreement, inserted into the legal system by Resolution nº 181, 2017 of the National Council of Prosecution Services (*Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP*), from the beginning, and now by Law nº 13.964, 2019 (the Anti-Crime Act). The non-prosecution agreement constitutes a consensus instrument associated to the idea of reducing bureaucracy in the Courts, procedural agility, the participation of those involved in the resolution of the dispute and effectiveness in the application of sanctions, giving prominence to the Public Ministry Office in the investigative phase together with the civil composition of the damages, the criminal transaction and the conditional suspension of the process, governed by Law nº 9.099, 1995. Thus, these are the main points that will be the subject of a detailed approach throughout the work.

**KEYWORDS:** *Non-Criminal Prosecution Agreement. Public ministry. Criminal proceedings. Conciliation. Effectiveness*

## RESUMEN

Este texto busca demostrar la importancia de los instrumentos procesales penales consensuales en la legislación brasileña, con especial atención en el Acuerdo de Enjuiciamiento no Penal, insertado en el sistema legal por la Resolución nº 181 de 2017 del *Conselho Nacional do Ministério Público* (CNMP), de início, y ahora por la Ley nº 13.964 de 2019 (la Ley Anticrimen). El acuerdo de no enjuiciamiento constituye un instrumento de consenso vinculado a la idea de reducir la burocracia en los tribunales, la agilidad procesal, la participación de los involucrados en la resolución de la disputa y efectividad en la aplicación de sanciones, dando protagonismo al Ministerio Público en la fase investigativa junto a la composición civil de los daños, la transacción penal y la suspensión condicional del proceso, regida por la Ley

nº 9.099 de 1995. Al largo del texto estos fueron los puntos elegidos para reflexion.

**PALABRAS CLAVE:** *Acuerdo de Enjuiciamiento no Penal. Ministerio Público. Procesos penales. Conciliación. Efectividad*

## Introdução

A justiça penal consensual começou a ser idealizada no Brasil nas últimas décadas do século XX, a partir da constatação de que o processo penal clássico, burocrático e fustigado pela crescente criminalidade, já não mais atendia aos reclamos sociais de efetividade e celeridade. Era preciso refletir sobre novos modelos de justiça criminal, não para romper radicalmente com a justiça conflitiva, mas para buscar a implantação de instrumentos de consenso.

A Constituição Federal de 1988, com esse propósito, determinou, em seu artigo 98, inciso I, que a União e os Estados criassem os chamados juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.099/95, qual preconizou que o Juizado Especial Criminal deve se orientar por critérios de simplicidade, informalidade e celeridade, buscando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Definiu, ainda, a Lei nº 9.099/95, que são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, sujeitas a julgamento pelo rito do Juizado Especial Criminal, as contravenções penais e os crimes a que com pena máxima não superior a 02 (dois) anos (artigo 61, com a redação dada pela Lei nº 11.313/06),

Além disso, introduziu no ordenamento jurídico a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, instrumentos de consenso caracterizados pela concordância dos envolvidos quanto ao desfecho do conflito de interesses na seara processual penal, implantando, assim, um novo modelo de justiça criminal no Brasil, que rompeu com o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Nessa conjuntura, ao contrário do que se pode imaginar, o acordo de não persecução penal, enquanto instrumento de consenso, não é novidade na

legislação brasileira, encontrando paralelo em diversos outros institutos, vindo à luz para tornar o processo penal mais ágil, eficiente, resolutivo e humano.

O objetivo do presente artigo, organizado em três seções, é abordar, de forma reflexiva e a partir de base principiológica, as características dos principais institutos de consenso presentes no ordenamento jurídico brasileiro, com foco no acordo de não persecução penal.

## 1. Princípio da obrigatoriedade da ação penal

O princípio da obrigatoriedade da ação penal tem como fundamento a ideia de que o Ministério Público, diante de um fato típico, ilícito e culpável, deve promover a ação penal pública, não lhe sendo reservado qualquer juízo de discricionariedade ou liberdade de opção.

A obrigatoriedade da ação penal, todavia, não se traduz em imposição de oferecer denúncia a qualquer custo, mas apresenta uma ideia de *dever de atuação*, da qual se extrai que o Ministério Público sempre deve dar uma resposta aos fatos delituosos que lhe forem apresentados após a investigação.

Nas palavras de Cabral, “a ideia importante da obrigatoriedade é a de que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder” (CABRAL, 2020, p. 33).

Dessa forma, diante de um fato típico, ilícito e culpável, o Ministério Público tem o dever legal de agir, de adotar as providências processuais penais previstas em Lei para o caso concreto – e não necessariamente propor a ação penal –, entendimento que ganhou força após a vigência da Lei nº 9.099/95, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da transação penal.

Pelos ditames da Lei nº 9.099/95, estando diante de uma infração penal de menor potencial ofensivo, deve o Ministério Público propor ao autor do fato a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, de modo a resolver a lide criminal de forma consensual, conforme destaca Lima:

Em se tratado de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento de denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor a transação penal, com a aplicação imediata de

penas restritivas de direitos ou multa. Nessa hipótese, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, comumente chamada pela doutrina de discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada (LIMA, 2018, p. 246).

É o que Lopes Jr. qualifica como “relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada” (LOPES JUNIOR, 2015, p. 199), mesmo raciocínio que se aplica ao acordo de não persecução penal previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal<sup>2</sup>. Findas as investigações e convencendo-se o promotor de justiça de que a conduta do agente tem adequação típica em crime praticado sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, satisfeitos os demais requisitos legais, deve oportunizar ao investigado a celebração de acordo de não persecução penal, sem que isso venha a significar ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Tal qual na transação penal, ao não ajuizar a ação, o Ministério Público não deixa de agir e sim adota as providências preconizadas pela Lei para aquela situação concreta, no caso a Resolução do conflito penal pelo acordo de não persecução.

Antes mesmo da vigência do artigo 28-A do Código de Processo Penal, em tempos de regulamentação do acordo pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Lima e Suxberger já vislumbravam no instituto uma alternativa processual penal à disposição do Ministério Público:

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de

---

<sup>2</sup> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves (LIMA, 2018, p. 197).

Como veremos mais adiante, a peculiar hipótese de admissão do acordo de não persecução esvazia tanto a pretensão própria do campo extrapenal como também o interesse socialmente relevante que justificaria a incidência da resposta penal. Na medida em que o promove responsabilização do investigado por proposta diversa da pena privativa de liberdade e igualmente atende aos reclamos de satisfação da vítima (esta, pela reparação do dano) e da coletividade (por meio da renúncia a bens e direitos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação), não se vislumbra razão juridicamente relevante a reclamar o exercício da ação penal em juízo (SUXBERGER, 2018, p. 109).

Evidencia-se, assim, que a celebração de acordos de não persecução penal não ofusca o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ao contrário, em muitos casos vai representar a resposta estatal mais efetiva e célere aos delitos de média gravidade.

## 2. A justiça consensual e os instrumentos de consenso anteriores ao acordo de não persecução penal

O processo penal clássico – aquele que se inicia com a denúncia, passa por inúmeros atos processuais e termina com a sentença, com a possibilidade, ainda, de interposição de recursos aos tribunais superiores – é alvo de críticas há muito tempo, seja por não garantir aos envolvidos um tratamento condigno, seja em função de sua excessiva morosidade e ineficiência.

Receber a visita de um oficial de justiça, comparecer ao fórum e participar de audiências criminais é constrangedor e gera desgaste ao acusado e à vítima, estigmatizando-os em muitas ocasiões, de forma que, num primeiro momento, a justiça consensual resguarda o princípio da dignidade da pessoa humana, como esclarece Andrade:

Assim, a solução pactuada, construída na forma da Lei, de forma livre e consciente, sem constrangimentos, segundo os vetores da verdade e da justiça, goza de maior legitimidade por parte do acusado, além de prestigiar um dos atributos da dignidade humana, qual seja, o respeito à autonomia da vontade.

Por outro lado, o emprego de mecanismos de justiça consensual também



tem fundamento legitimador na necessidade da rápida e adequada proteção da dignidade da pessoa da vítima. O consenso penal evita o enfrentamento, pelo ofendido, do tortuoso caminho das instâncias formais de reação ao crime; agiliza a resposta do Estado ao comportamento delitivo, facilitando a reparação do dano e até a reconstrução de laços afetados pela prática infracional.

[...]

A vítima, que sofreu com a ação criminosa, sofre também com a reconstituição e a discussão dos fatos na esfera judicial, já que precisa novamente ser ouvida e tem de estar mais uma vez face a face com seu agressor. Essa exposição desgastante em juízo e a morosidade processual geram uma vitimização secundária, o que pode ser evitado pela via do acordo, preservando-se a dignidade do ofendido (ANDRADE, 2018, pp. 64/65).

Não bastasse isso, o processo penal clássico é demorado, o que pode ensejar a inutilidade do provimento jurisdicional. Muitas vezes, após uma longa tramitação processual, com a prática de inúmeros atos processuais, a sentença prolatada não atinge sua finalidade. Ou a pena imposta é fulminada pela prescrição ou é desprovida de qualquer eficácia do ponto de vista punitivo e ressocializador.

A justiça consensual evita esses desgastes e prejuízos. A uma, porque o litígio é solucionado em ambiente sereno e cordial, com possibilidade de participação ativa do acusado e da vítima, aos quais é propiciado um tratamento mais humano. A duas, porque abrevia a Resolução do litígio, solucionando-o com mais efetividade, já que a pena acordada pode ser cumprida de imediato, o que vai de encontro ao *princípio da razoável duração do processo*<sup>3</sup>.

Nas precisas palavras de Andrade, a justiça consensual “propicia um funcionamento mais eficiente e satisfatório do sistema penal, uma vez que os casos, mediante a adoção de procedimentos simplificados, passam a ser resolvidos de modo mais célere e facilitado, com a participação direta do acusado na construção da solução do conflito” (ANDRADE, 2018, p. 69).

Nesse contexto, nos idos da década de 90, a Lei nº 9.099/95, com amparo na Constituição Federal de 1988, implantou um novo modelo de justiça

<sup>3</sup> O princípio da razoável duração do processo, inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, está contemplado no art. 5º, inciso LXXVIII, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

criminal no Brasil, rompendo com a rigidez do princípio da obrigatoriedade da ação penal e permitindo, por intermédio da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, a conciliação em casos criminais de pequena gravidade.

Vladimir Aras bem reportou essa conjuntura:

É fora de dúvida que a Lei n. 9.099/1995 implantou no Brasil um novo sistema de justiça pactual, não conflitiva, de intervenção mínima, tendente a estabelecer o consenso para a composição dos litígios, sempre mediante o efetivo acordo entre as partes processuais, com mediação judicial. A nova Lei quebrou a rigidez do princípio da obrigatoriedade e estabeleceu uma política criminal que permite de logo a exclusão do processo e de suas agruras, em benefício do acusado, adotando também uma lógica de responsabilização e reintegração do agente do fato delituoso, mediante a composição civil ou acordos penais (ARAS, 2018, p. 294).

Atualmente, é inimaginável pensar que um crime de ameaça ou desacato, por exemplo, tidos como de menor potencial ofensivo, venham a ser processados de maneira anteriormente concebida como convencional, mediante o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, sem antes possibilitar aos envolvidos uma tentativa de conciliação.

Num momento posterior, veio à luz a colaboração premiada, outro instituto de consenso consolidado no ordenamento jurídico pela chamada Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/13), de forma que, gradualmente, a justiça consensual foi ganhando espaço no direito brasileiro, conforme esclarece Alves:

A justiça consensual vem, paulatinamente, ganhando espaço no Brasil. Nas últimas décadas, surgiram várias Leis contemplando institutos fundados no consenso entre as partes para a Resolução de conflitos penais.

Em diversas situações, permite-se que o réu abandone a posição tradicional de resistência frente a pretensão acusatória e ajuste com a parte adversa o cumprimento de algum tipo de sanção, ocorrendo a abreviação ou mesmo a exclusão do processo. É o que ocorre, por exemplo, na composição civil de danos, na transação penal e na suspensão condicional do processo (previstas na Lei 9.099/95), bem como na colaboração premiada, hoje contemplada em diversas leis

especiais (ALVES, 2018, p. 217).

Por fim, somando-se aos institutos acima, surgiu recentemente o prestigiado acordo de não persecução penal, o que permite afirmar que hoje já se tem um microsistema de consenso no processo penal brasileiro, que tem como características básicas a Resolução do conflito em ambiente mais harmônico – com a participação e cooperação de todos dos atores envolvidos – e a celeridade processual.

## 2.1 Composição civil dos danos

A composição civil dos danos, prevista no artigo 72 da Lei n.º 9.099/95<sup>4</sup>, constitui-se num acordo entabulado entre o autor do fato e a vítima nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Por intermédio do acordo, o autor do fato e a vítima, auxiliados pelo juiz ou por um conciliador, buscam a solução mais adequada para o conflito de interesses por eles vivenciados, compondo-se quanto aos danos de natureza civil decorrentes da prática da infração.

De acordo com Andrade, o instituto propicia o diálogo entre as partes, amplia a participação da vítima e cria condições para a reparação dos danos e para a reconciliação, “como forma de obtenção de justiça e de reconstrução do tecido social” (ANDRADE, 2018, p. 163).

O instituto orienta-se pelos critérios do consenso, da informalidade e da efetiva participação das partes na solução do conflito, mostrando-se benéfico tanto para a vítima, cujos interesses, não raramente, estão voltados à reparação dos danos e não à punição do infrator, como para o autor do fato, que não é processado criminalmente.

A vítima, historicamente relegada a segundo plano no processo penal clássico, vislumbra com a composição civil o rápido e eficaz ressarcimento dos danos sofridos, cumprindo registrar que o acordo homologado judicialmente tem natureza de título executivo judicial, conforme estabelece o artigo 74,

---

4 Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

*caput*, da Lei nº 9.099/95<sup>5</sup>.

O autor do fato, por sua vez, também é beneficiado, já que, em relação aos delitos de ação penal privada e pública condicionada à representação, a homologação do acordo acarreta a renúncia tácita ao direito de queixa ou representação (artigo 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95<sup>6</sup>).

O instituto é passível de aplicação em várias infrações penais de menor potencial ofensivo, valendo mencionar, a título ilustrativo, os delitos de lesão corporal leve, calúnia, difamação, injúria e ameaça.

Não obtida a composição civil dos danos, a vítima tem a chance, na mesma audiência, de oferecer representação em face do autor do fato – na verdade, a vítima ratifica a representação feita anteriormente, por ocasião do registro da ocorrência –, abrindo-se oportunidade para um outro acordo, o de transação penal, agora entre o autor do fato e o Ministério Público.

## 2.2 Transação penal

O instituto da transação penal, previsto no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, se constitui em acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do fato.

Nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público deve propor ao autor do fato a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, desde que satisfeitos os requisitos de ordem subjetiva, evitando-se o ajuizamento da ação penal.

A transação penal tem natureza jurídica de acordo de vontades, não sendo exigível que o autor do fato confesse ou reconheça a prática da infração penal. Não se discute mérito por ocasião da audiência de transação penal, sendo que a aceitação do benefício não enseja assunção de culpa por parte do autor do fato.

Sobre as nuances do instituto, destacam-se as palavras de Andrade:

É um mecanismo que se destina à Resolução simplificada de

<sup>5</sup> Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

<sup>6</sup> Art. 74. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

casos atinentes à infrações penais leves, ou seja, volta-se à pequena criminalidade. Nota-se que o acordo é firmado antes do oferecimento de denúncia, só havendo possibilidade de aplicação imediata de sanções alternativas à prisão. De um lado, o Ministério Público desiste da persecução penal em juízo e o autor do fato, de outro, aceita cumprir uma medida restritiva de direitos para logo se resolver o conflito criminal (ANDRADE, 2018, p. 165).

Aceita a proposta pelo autor do fato, o acordo deve ser homologado judicialmente e, em caso de cumprimento, extingue-se o procedimento. Não cumprido, abre-se ao Ministério Público a possibilidade de oferecer denúncia.

Inexiste a obrigatoriedade do autor do fato aceitar a proposta de transação penal. Caso não aceite, cabe ao Ministério Público oferecer denúncia. Todavia, devidamente orientado por advogado ou defensor público, deve o autor do fato sopesar as consequências da não aceitação do acordo, em especial a de ser processado criminalmente. Não deve aceitar a proposta somente se estiver seguro de que não cometeu a infração ou o fez amparado por alguma excludente. Caso contrário, é mais adequado aceitar e cumprir a proposta de transação penal, resolvendo o litígio pela alternativa consensual.

## 2.3 Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo se constitui em outro instrumento despenalizador de consenso regulamentado pela Lei nº 9.099/95, sendo aplicável às infrações penais cuja pena mínima não exceda 01 (um) ano de prisão e desde que o agente preencha requisitos subjetivos.

O artigo 89 da Lei nº 9.099/95 dispõe que nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Assim, ao analisar um inquérito policial, deve o promotor de justiça promover a adequação típica da conduta do investigado. Adequada a conduta a um tipo penal com pena mínima não superior a 01 (um) ano e satisfeitos os requisitos de ordem subjetiva, deve o promotor de justiça oferecer denúncia e,

de pronto, propor o benefício da suspensão condicional do processo.

Em sendo aceita a proposta em audiência especialmente designada para esse fim, o juiz deve receber a denúncia e suspender o processo pelo prazo de 02 (dois) a 04 (quatro) anos<sup>7</sup>, mediante o estabelecimento das seguintes condições a serem cumpridas pelo denunciado: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Segundo Vladimir Aras, a suspensão condicional do processo guarda alguma similitude com o acordo de não persecução penal, “pois, embora sem confissão do acusado, este assume o compromisso de cumprir certas condições que não são sanções penais e compromete-se a reparar o dano causado à vítima” (2018, p. 296).

O benefício tem aplicação em incontáveis infrações de média gravidade, bastante comuns no cotidiano do brasileiro, podendo ser mencionados como exemplos os delitos de furto simples (artigo 155, *caput*, do Código Penal), receptação simples (artigo 180, *caput*, do Código Penal), dano ao patrimônio público (artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal), estelionato (artigo 171, *caput*, do Código Penal), dentre outros.

Se o denunciado cumprir integralmente as condições propostas, deve ser declarada extinta a sua punibilidade. Se não cumprir ou se vier a ser processado por outra infração penal ao longo do período de suspensão do processo – chamado período de prova –, o benefício é revogado e o curso da ação penal é retomado.

O denunciado não é obrigado a aceitar a proposta de suspensão condicional do processo. Em caso de negativa, o processo prossegue em seus ulteriores termos, não se olvidando que a denúncia já fora oferecida.

Tal qual os demais instrumentos de consenso instituídos pela Lei nº 9.099/95, a suspensão condicional do processo contribuiu para a melhoria e desburocratização do sistema processual penal brasileiro, ajudando a descongestionar a máquina judiciária, permitindo uma rápida resposta

---

<sup>7</sup> De regra, na praxe forense, o processo é suspenso pelo prazo mínimo, qual seja, 02 (dois) anos.

estatal aos crimes de pequena e média gravidade e garantindo à vítima uma participação mais efetiva no processo penal.

## 2.4 Colaboração premiada

O acordo de colaboração premiada é considerado um negócio jurídico-processual – firmado entre o Ministério Público e o investigado ou acusado – e meio de obtenção de prova, que tem como objetivos elucidar um crime e sua autoria, bem como oferecer ao colaborador, em contrapartida, o perdão judicial, a redução da pena ou outros benefícios:

Por meio desse instituto, o coautor ou partícipe, visando a obtenção de algum prêmio (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), coopera com os órgãos responsáveis pela persecução criminal fornecendo informações privilegiadas e eficazes quanto à identidade dos sujeitos do crime e à materialidade das infrações penais por eles cometidas, além de outras consequências previstas em Lei (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 120).

Seus requisitos, objetivos e consequências estão disciplinados na Lei nº 12.850/13, que o consolidou no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, para as finalidades do presente estudo, o importante é apenas compreendê-lo como instrumento de consenso.

## 3. Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal foi inicialmente inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 07 de agosto de 2017.

O artigo 18, *caput*, da normativa, em sua redação original, estabelecia que “nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não”.

Tão logo editada, a Resolução foi alvo de muitas críticas, sendo que

a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)<sup>8</sup> e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)<sup>9</sup> ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) questionando vários de seus dispositivos.

Um dos argumentos levantados era o de que, ao não exigir homologação judicial, o acordo conferia superpoderes ao Ministério Público e estabelecia uma desigualdade entre o órgão acusador e o investigado, o que poderia, inclusive, dar prazo a possíveis questionamentos futuros. Outro era o de que não se poderia flexibilizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal por intermédio de Resolução, mas somente por Lei.

O argumento mais forte, no entanto, invocado nas ADINs e amplamente difundido nos debates doutrinários, era o de que o Conselho Nacional do Ministério Público extrapolou seu poder normativo e invadiu competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual penal (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal)<sup>10</sup>, sendo de bom alvitre registrar nesse sentido as palavras de Andrade:

A Constituição Federal não permite que o CNMP, por ato meramente administrativo, crie novo modelo de Resolução de conflitos penais, ou seja, que promova alterações no âmbito do Direito Processual Penal, ignorando a competência constitucional do Parlamento brasileiro. Não se sustenta a alegação de que não houve desrespeito ao texto constitucional pelo fato de a Resolução ter regulado um acordo pré-processual, uma vez que, embora celebrado durante a fase de investigação, versa sobre a solução consensual de conflitos penais e requer a intervenção do Poder Judiciário, na medida em que envolve a renúncia ou o exercício negativo de direitos fundamentais pelo acusado. O próprio CNMP, ao modificar a disciplina normativa original, incluindo a submissão do acordo ao controle judicial, acabou por reconhecer que o tema versa, sim, sobre processo penal e não podia ter sido tratado num ato regulamentar daquele órgão (ANDRADE, 2018, p. 275).

Em janeiro de 2018, após digerir parte das críticas, o Conselho Nacional do Ministério Público reformulou vários dispositivos da Resolução nº 181/2017, dispondo no artigo 18, *caput*, que “não sendo o caso de arquivamento, o

8 ADIN nº 5.793/DF.

9 ADIN nº 5.790/DF.

10 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.



Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente” (com a redação dada pela Resolução nº 183/2017).

Além disso, estabeleceu que o acordo de não persecução penal deve ser submetido à apreciação judicial, enfraquecendo, dessa forma, parte dos argumentos daqueles que questionavam a constitucionalidade do instituto.

Foi nessa toada que alguns membros do Ministério Público, embora timidamente, passaram a celebrar acordos de não persecução penal em várias comarcas do país, respaldados pela normativa do Conselho Nacional do Ministério Público e por resoluções internas editadas pelos Ministérios Públicos Estaduais.

A situação de instabilidade perdurou até janeiro de 2020, quando entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), que, ao incluir o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, deu *ares de legalidade* ao acordo de não persecução penal.

O artigo 28-A do Estatuto Processual Penal, com redação similar à normativa do Conselho Nacional do Ministério Público, estabelece que “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente”.

O acordo de não persecução penal está conectado às ideias de desburocratização da justiça, celeridade processual, efetividade e valorização da vítima, o que foi muito bem sintetizado por Cabral, um dos principais estudiosos do tema no Brasil:

A resposta célere e não privativa de liberdade, às vezes poucos dias depois dos fatos, pode significar o freio de arrumação necessário para colocar nos trilhos a vida de quem envolveu-se na prática dos crimes

pela primeira vez.

Um acordo tempestivo e adequado reforça a ideia de credibilidade e efetividade do sistema, o que torna mais fácil o fortalecimento dos vínculos de confiança entre os cidadãos e o Estado, incentivando a busca de justiça, dentro da legalidade e do sistema penal. Não há incentivo maior para que as pessoas possam confiar no Estado e em suas normas do que uma atuação efetiva e proporcional.

E não é só. Um modelo de acordo torna efetiva e palpável a ideia de reparação à vítima. Isso porque, com o acordo, este somente é cumprido com a efetiva reparação do dano à vítima, não bastando o mero reconhecimento formal desse dever.

Se não há o pagamento ou reparação efetiva à vítima, o acordo não surte efeitos. De tal maneira, uma vez mais, realiza-se a pretensão de justiça e aumenta-se a confiança e credibilidade do sistema penal. Assim, passa a valer a pena buscar socorro às instâncias formais de repressão à criminalidade.

Como se pode ver, um modelo de acordo oferece uma série de vantagens sociais ao país, agilizando as respostas e dando credibilidade ao Sistema de Justiça Criminal (CABRAL, 2020. pp. 48/49).

Na sequência serão abordados os principais aspectos legais do acordo de não persecução, muitos dos quais ainda pendentes de debates doutrinários, dada a recenticidade do instituto.

### 3.1 Cabimento do acordo

O artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece que o acordo de não persecução penal é cabível nas infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos.

A violência ou grave ameaça que impede a celebração do acordo é aquela praticada contra a pessoa e não contra a coisa. Assim, o acordo é admissível, por exemplo, em relação ao delito de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, que se perpetra mediante violência à coisa. O texto legal poderia ter sido mais expreso, tal qual era a disposição do artigo 18, *caput*, da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Quanto à pena, o limite inferior a 04 (quatro) anos não foi estabelecido por acaso. Levou-se em consideração o disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, segundo o qual as penas restritivas de direitos substituem

as privativas de liberdade quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ora, qual seria a utilidade do processo penal clássico, burocrático e moroso, se, de antemão, ao analisar os autos de investigação, o membro do Ministério Público constata que, em caso de uma hipotética condenação, a pena privativa de liberdade a ser aplicada fatalmente será substituída por restritiva de direitos? Em se vislumbrando tal cenário, não é muito mais prático e efetivo acordar com o investigado o cumprimento dessa “sanção” de forma antecipada, como condição do acordo de não persecução penal?

A resposta afirmativa parece óbvia, devendo o investigado, lógico, preencher os requisitos de ordem subjetiva, que dizem respeito a seus antecedentes, na dicção do artigo 28-A, § 2º, inciso II, do Código de Processo Penal<sup>11</sup>.

Ainda em relação à pena, o artigo 28-A, § 1º, do Código de Processo Penal estabelece que, para aferição da pena mínima cominada ao delito, devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, o que não se cuida de novidade, pois o mesmo raciocínio já era aplicado à suspensão condicional do processo, nos termos das súmulas 243 do Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup> e 723 do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>.

Uma outra condição imposta pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal para celebração do acordo de não persecução penal é a confissão do investigado, formal e circunstanciadamente, o que confere maior segurança ao promotor de justiça na negociação.

O texto legal fala ainda que o acordo somente deve ser proposto se necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, daí se inferindo

11 Art. 28-A. § 2º. O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: inciso II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

12 Súmula 243 STJ. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

13 Súmula 723 STF. Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

que não se trata de direito subjetivo do investigado, mas de faculdade do Ministério Público, a quem cabe, na condição de titular exclusivo da ação penal, avaliar se é caso ou não de Resolução da lide de forma consensual.

Sob outro enfoque, o legislador processual penal consignou a expressão “não sendo caso de arquivamento” como condicionante para o Ministério Público buscar a celebração do acordo. Ora, se após análise do inquérito ou de outro procedimento investigatório, convencer-se o promotor de justiça que não há lastro probatório mínimo para início da persecução criminal, evidente que deve promover o arquivamento, nos moldes do artigo 28 do Código de Processo Penal.

O acordo de não persecução penal exige justa causa e lastro probatório mínimo a respeito da autoria e da materialidade do delito, ou seja, as mesmas condições impostas para o oferecimento da denúncia. Convicto disso, no lugar de ajuizar a ação penal, deve o promotor optar pelo instrumento de consenso.

### 3.2 Condições do acordo

Preenchidos os requisitos para a celebração do acordo, deve o promotor de justiça designar uma audiência, a ser realizada na sede do Ministério Público, notificando-se o investigado, com a advertência de que deve comparecer ao ato acompanhado de advogado, sob pena de assistência por defensor público.

O acordo demanda que o investigado tenha tido prévia orientação jurídica (defesa técnica), sendo imprescindível, por imperativo legal<sup>14</sup>, a presença de advogado na audiência extrajudicial, o que confere ainda mais credibilidade à conciliação.

Na audiência extrajudicial, confessada a prática da infração penal, devem ser ajustadas as condições do acordo – a serem cumpridas pelo investigado –, que, a teor do disposto no § 1º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, podem ser as seguintes: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois

<sup>14</sup> Art. 28-A. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; d) pagar prestação pecuniária entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Merece especial destaque o item *a*, acima transcrito, que versa sobre a reparação do dano ou a restituição da coisa, a demonstrar a preocupação do legislador processal penal com a vítima. Por tal razão, é muito conveniente a notificação da vítima para comparecer à audiência extrajudicial para discussão das cláusulas do acordo.

O acordo deve ser dialogado e ajustado na sede da Promotoria de Justiça e não no Fórum. Ora, é o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, quem deve tomar a iniciativa para celebrar ou não o acordo e quem, de fato, deve aferir o cumprimento ou não dos requisitos para tanto.

Ademais, a homologação do acordo requer a designação de uma *audiência judicial*, da qual devem participar o investigado e seu defensor, ocasião em que cabe ao juiz avaliar aspectos de legalidade e voluntariedade (artigo 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal<sup>15</sup>).

Fosse a intenção que, para além dos aspectos de legalidade e voluntariedade, nessa audiência judicial também se discutissem as cláusulas e condições do acordo, o legislador teria sido específico nesse sentido. Se não fez, parece claro que o foro adequado para tanto é mesmo a Promotoria de Justiça.

### 3.3 Celebração do acordo na audiência de custódia

O artigo 18, § 7º, da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público estabelecia que o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado na mesma oportunidade da *audiência de custódia*.

Não houve reprodução de normativa similar no Código de Processo Penal, no que acertou o legislador. A uma, porque a finalidade da audiência de custódia é verificar a legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de sua conversão

---

15 Art. 28-A. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

em preventiva, não tendo sido concebida para abrigar soluções simplificadas e céleres na esfera penal, ainda que consensuais. A duas, porque o acordo deve ser ofertado ao investigado apenas quando o inquérito policial estiver instruído com elementos suficientes para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, o que, via de regra, não ocorre por ocasião da audiência de custódia, que é realizada ainda no início das investigações, logo após a prisão em flagrante.

Ainda à época da Resolução nº 181/217 do Conselho Nacional do Ministério Público, Barros e Romaniuc, embora não vislumbrassem óbice, alertavam que “dada à celeridade da audiência de custódia e o tempo que pode levar para que os Membros do Ministério Público possam averiguar os fatos permissivos e impeditivos do acordo de não-persecução penal, na prática, nem sempre será possível ofertar a proposta na mencionada audiência” (2018, p. 54).

Assim, é prudente aguardar a conclusão das investigações para análise do cabimento ou não do acordo de não persecução penal, sendo prematura sua celebração na audiência de custódia.

### 3.4 Inadmissibilidade do acordo

As hipóteses de inadmissibilidade do acordo de não persecução penal estão previstas no § 2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

A primeira se dá em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal, em relação às quais devem ser aplicados os institutos de consenso previstos na Lei nº 9.099/95, quais sejam, a composição civil dos danos e a transação penal. O acordo foi pensado para ser aplicado às infrações de média gravidade.

A segunda hipótese leva em consideração aspectos subjetivos do investigado, quais sejam, seus antecedentes. É inadmissível o acordo em caso de reincidência ou quando houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, análise que deve ficar a cargo do Ministério Público. Não se verifica novidade na vedação, que, em linhas gerais, já era aplicada à transação penal e à suspensão condicional do processo.

A terceira hipótese de inaplicabilidade ocorre quando, no período de 05 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, o investigado tiver sido beneficiado em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão

condicional do processo, o que remete para a necessidade de um controle nacional dos benefícios concedidos.

Por último, o acordo é inadmissível nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor, cuja apuração e procedimento são regulados por Lei específica (Lei nº 11.340/06), que, como sabido, tem peculiaridades próprias.

### 3.5 Execução, cumprimento e descumprimento do acordo

Nos termos do § 6º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, “homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal”.

Se a normativa do Conselho Nacional do Ministério Público deixava entrevisto que a fiscalização das cláusulas e condições do acordo deveria ficar a cargo do Ministério Público, a Lei nº 13.964/19 não deixou dúvidas. Cabe ao Poder Judiciário, por intermédio do juízo de execução penal, esse *mister*.

A disposição legal merece aplausos, na medida em que cala as vozes que vislumbravam na fiscalização realizada pelo Ministério Público possível ofensa ao princípio da isonomia.

O único inconveniente foi a atribuição de competência ao juízo de execução. Do ponto de vista prático, seria mais adequado e produtor que o próprio juízo de conhecimento, responsável pela homologação do acordo, fiscalizasse suas cláusulas, o que evitaria idas e vindas processuais. Tudo ficaria adstrito a um único juízo, com mais praticidade e agilidade.

O § 13 do artigo 28-A do Código de Processo Penal preceitua que “cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

De sua parte, o § 10 do mesmo artigo dispõe que “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”.

A dúvida diz respeito ao juízo competente para decretar a extinção

da punibilidade ou para rescindir o acordo? O juízo de conhecimento, que homologou o acordo, ou o juízo de execução, que fiscalizou suas cláusulas?

Se cabe ao juízo de execução apenas fiscalizar o cumprimento das cláusulas e condições do acordo, o lógico parece ser que a competência para decretar a extinção da punibilidade (em caso de cumprimento) ou rescindir (em caso de descumprimento) é do juízo de conhecimento (que homologou o acordo).

**No entanto, prevalece o entendimento que cabe ao juízo da execução decretar a extinção da punibilidade ou rescindir o acordo, decisão que deve ser comunicada ao juízo de conhecimento, seja para o arquivamento dos autos de investigação em que celebrado o acordo (em caso de cumprimento), seja para possibilitar ao Ministério Público o oferecimento de denúncia (em caso de descumprimento).**

No mais, o descumprimento do acordo de não persecução penal poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (artigo 28-A, § 11, do Código de Processo Penal).

### 3.6 Controle do Procurador-Geral de Justiça

O artigo 28-A, § 14, do Estatuto Processual Penal, estabeleceu que “no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”<sup>16</sup>.

O Poder Judiciário não pode substituir-se ao Ministério Público na propositura do acordo de não persecução penal. Se, no entendimento do juiz, estão preenchidos os requisitos para propositura do acordo e o promotor de justiça se recusa a fazê-lo, a questão deve ser decidida no âmbito interno do Ministério Público (pelo Procurador-Geral de Justiça), que é o titular exclusivo da ação penal, e não pelo Poder Judiciário.

Souza e Dower bem abordaram o assunto:

Ora, a privatividade da ação penal pelo Ministério Público impede

<sup>16</sup> O órgão superior do Ministério Público, na esfera estadual, continua sendo o Procurador-Geral de Justiça, conforme redação original do artigo 28 do Código de Processo Penal, isso porque, por intermédio de decisão liminar de lavra do Ministro Luiz Fux, proferida na ADIN nº 6.298/DF, o artigo 28, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19, teve sua vigência suspensa.



sua substituição pelo Magistrado, de modo que ainda que o investigado preencha os requisitos estabelecidos, não poderá obter, inexoravelmente, a proposta. Vale dizer, a negativa de celebração do acordo não permite que o Judiciário o conceda substitutivamente à atuação ministerial, pena de afronta a estrutura acusatória do processo penal. Nos casos em que o Judiciário entende cabível, mas o membro do Ministério Público não oferecer o acordo, a dissonância desafia a providência revisional contida no art. 28 do CPP (SOUZA; DOWER, 2018, p. 137).

A normativa garante o protagonismo do Ministério Público na fase investigatória, além de reafirmar o princípio constitucional do *processo acusatório*, que tem como fundamento inexorável a ideia de separação das funções de acusar, defender e julgar.

## Conclusão

O acordo de não persecução penal, projetado pelo Conselho Nacional do Ministério Público no ano de 2017, se tornou realidade no cenário jurídico nacional e, apesar das críticas pontuais que ainda sofre da doutrina mais conservadora, veio para ficar e modernizar o sistema processual penal brasileiro.

O instrumento confere racionalidade ao sistema, pois permite ao Ministério Público e ao Poder Judiciário a priorização, pelo processo penal clássico, dos delitos mais graves, possibilitando, ainda, por intermédio do consenso, resposta mais rápida e eficiente aos crimes de média gravidade, tornando mais palpável a ideia de reparação dos danos.

Ao contrário do que muitos podem imaginar, o acordo de não persecução não é sinônimo de impunidade, tampouco viola o princípio da proteção deficiente do cidadão. Cuida, na verdade, de instituto ligado à eficiência, simplicidade e consensualidade, que visa desburocratizar a máquina judicial e permitir, por intermédio do consenso e da ativa participação dos envolvidos, a Resolução do litígio penal de forma ágil e dialogada.

Num futuro breve, os operadores do direito não vão conseguir imaginar o processo penal sem o acordo de não persecução penal. Tenham certeza disso!

## Referências

ALVES, Jamil Chaim. Justiça consensual e *plea bargaining*. In **Acordo de não persecução penal**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvum, 2018.

ANDRADE, Flávio da Silva Andrade. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPodvum, 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In **Acordo de não persecução penal**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvum, 2018.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal. In **Acordo de não persecução penal**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvum, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodvum, 2020.

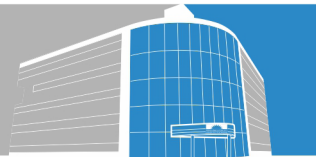
LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 6. ed., Salvador: Editora JusPodvum, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 3. ed., São Paulo, Editora Método, 2017.

SOUZA, Renne do Ó Souza; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas propostas sobre o acordo de não persecução penal. In **Acordo de não persecução penal**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvum, 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In **Acordo de não persecução penal**. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvum, 2018.



## Os riscos ao estado democrático de direito causados pela pandemia de covid19

Risks of Covid-19 pandemic on Democratic State of Law

Riegos de la pandemia del Covid-19 para el Estado Democrático de Derecho

Benedicto de Oliveira Guedes Neto<sup>1</sup>

Rogério Rodrigo Ferreira Mota<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo visa analisar como a situação de emergência nacional, em função da grave crise em saúde pública causada pela pandemia de Covid-19, trouxe a edição de atos normativos pelos diversos entes federados que violam as regras de competência conforme previstas na Constituição, exacerbando o poder regulamentar. Analisa-se também o fato de que tais normas, limitadoras de direitos fundamentais, não podem, seja sob o prisma de legalidade formal ou material, ser utilizadas para a tipificação de condutas penais, vez que o direito penal, calcado

1 Promotor de Justiça. Titular da 10ª Promotoria de Justiça de Palmas/TO. Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público. Graduado em Direito (Universidade Tiradentes), pós-graduado em Processo Civil pela UNISUL/SC. E-mail: benedictoneto@mpto.mp.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6970907186064210>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5837-93388>.

2 Promotor de Justiça. Titular da 2ª Promotoria de Justiça de Colmeia/TO. Membro do Núcleo do Tribunal do Júri do Ministério Público do Estado do Tocantins, pós-graduado em Criminologia e em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (Esmat). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: rogeriomota@mpto.mp.to. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0114545401959141>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7705-8508>

nos princípios da legalidade, tipicidade fechada e excepcionalidade, não pode servir a atos normativos que desafiam a segurança jurídica e o estado democrático de direito. Ao fim da análise, se verificou a necessidade premente de tais atos serem atacados pelos instrumentos jurídicos e constitucionais disponíveis, a fim de evitar uma crise na salvaguarda dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Pandemia. Estados de exceção. Competência. Decretos autônomos. Normas penais em branco.*

## ABSTRACT

This article aims to analyze how the national emergency situation due to the serious crises in public health, generated by the pandemic Covid-19, caused the edition of normative acts by the different federative entities that violate the rules of competence as foreseen in the Constitution, exacerbating the regulatory power. It also analyzes how these norms, which limit fundamental rights, cannot be used under the prism of formal or material legality, for the classification of criminal conducts, since criminal law, based on the principles of legality, closed typicality and exceptionality, cannot serve normative acts that challenge legal security and the democratic state of law. At the end of the analysis, it is concluded that there is an urgent need for such acts to be attacked by the available legal and constitutional instruments, in order to avoid a crises in safeguarding fundamental rights.

**KEYWORDS:** *Pandemic Covid-19. States of Exception. Competence. Acts. Blank criminal rules.*

## RESUMEN

Este artículo busca analizar desde la situación de emergencia nacional causada por la pandemia Covid-19 y de la crisis aguda en salud pública, las leyes e instrumentos legales elaborados por diferentes entidades federativas que violan las normas de competencia previstas en la Constitución Federal de 1988, con exarcebación del poder regulatorio. También se analiza el hecho de que dichas normas, que limitan los derechos fundamentales, no pueden utilizarse, bajo el prisma de la legalidad formal o material, para la clasificación de conductas delictivas, puesto que el derecho penal, basado en los principios de la legalidad, tipicidad cerrada y de excepcionalidad no pueden servir actos normativos que desafíen la seguridad jurídica y el estado de derecho democrático. Por fin, el texto direccionase para a urgente necesidad de que tales actos fueran atacados por los instrumentos legales

y constitucionales disponibles, para evitar una crisis en la salvaguarda de los derechos fundamentales.

*PALABRAS CLAVE: Pandemia. Estados de excepción. Competencia. Decretos autonómicos. Normas penales en blanco.*

## Introdução

A Organização Mundial de Saúde – OMS declarou, em 30 de janeiro de 2020, a emergência em saúde pública de importância internacional (ESPII) frente o novo coronavírus (SARS-Cov-2). A declaração foi agregada ao grande repertório de dados e informações nas pautas das agências de notícias e estudos de pesquisadores sobre a pandemia em expansão.

A doença causada pelo coronavírus também chamada de Covid-19 e SARS-Cov-2 possui uma sintomatologia variável, desde infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. De acordo com as informações técnicas da OMS, disponibilizadas no endereço <<http://coronavirus.saude.gov.br>>, a maioria dos pacientes com Covid-19, em torno redor de 80%, pode ser assintomática e cerca de 20% dos casos pode requerer atendimento hospitalar por apresentar dificuldade respiratória.

Com fulcro em tal situação, no Brasil foi editada a Portaria nº 188, de 03/02/2020, na qual o Ministério da Saúde declarou a situação de emergência em saúde pública de importância nacional, considerando entender que a situação demanda o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, bem como exige resposta coordenada das ações de saúde de competência da vigilância e atenção à saúde, entre as três esferas da gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. Em concomitância, foi promulgada a Lei Federal n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, publicada no DOU de 07.02.2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública.

Observou-se que os entes federativos manifestaram resistência e conflito à esfera executiva federal, na criação de propostas de microsistemas normativos independentes para lidar com a problemática, que inclusive preveem medidas administrativas e criminais com reflexos diversos e nefastos na vida da sociedade.

Medidas sanitárias de combate efetivo à disseminação de vírus são e sempre serão importantes para a proteção da saúde dos cidadãos. No entanto, vale também

observar que os esforços públicos não devem significar a flexibilização temerária de normas constitucionais que vigoram desde a Constituição Federal de 1988 com o nítido propósito de resguardar a segurança jurídica e o processo legislativo, imprescindíveis para a proteção da manutenção do Estado Democrático de Direito.

O presente artigo buscou refletir sobre os possíveis riscos que a edição de tais atos normativos e tomada de medidas administrativas apresentam sob a ótica constitucional, sem a pretensão de divagar pelo mérito das medidas sanitárias adotadas pela União, Estados e Municípios.

Para tanto, fez-se necessário analisar regras de competência legislativa previstas na Constituição Federal, bem como os limites do poder regulamentador do Poder Executivo, e a análise da normatização que se afasta das regras constitucionais, podendo conduzir a uma criminalização indiscriminada de condutas em diferentes localidades do nosso país, situação destoante do que se espera de um estado democrático de direito.

## 1. Competência legislativa e poder regulamentador

Vale recordar a delimitação de Novelino (2014, p. 734) sobre a importância da competência num contexto constitucional dado, isto é, na capacidade jurídica de ação “atribuída aos entes estatais, seja para editar normas primárias capazes de inovar o ordenamento jurídico, seja para executar atividades de conteúdo individual e concreto, previstas na Lei”. Tais competências podem ser não legislativas, exercidas no campo das funções governamentais e administrativas, e legislativas, ou seja, com objetivo de produção de Leis. Em ambos os casos, porém, existem competências exclusivas de cada ente federativo e concorrentes entre eles.

No que se refere às competências da União, as competências não legislativas exclusivas estão previstas no art. 21, ao passo que as legislativas estão previstas no art. 22, ambos da Carta Magna. Já as matérias de competência concorrente entre os entes federativos têm sua previsão no art. 23 (não legislativas) e art. 24 (legislativas), também do texto maior.

### 2.1. Competência Concorrente: Artigo 24 da Constituição Federal

Neste prisma, para a análise do tema posto em discussão, de suma importância realizar uma interpretação do artigo 24 da Constituição Federal, que define as hipóteses de competência concorrente a ser distribuída entre União,

Estados e Distrito Federal, ou seja, competência que se exerce simultaneamente sobre a mesma matéria por mais de uma autoridade ou órgão.

CF, art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII- previdência social, *proteção e defesa da saúde*.

Ademais, necessária a análise conjugada do art. 30, I e II da Constituição, vez que também versam sobre a competência legislativa residual dos municípios.

O primeiro caminho a ser galgado é estabelecer a forma como essa competência deve ser distribuída entre os entes federativos. Nessa linha, ressalta-se que, malgrado não exista uma hierarquia propriamente dita entre Leis federais, estaduais, distritais e municipais, o constituinte originário delimitou regras expressas de âmbitos de atuação, visando preservar a harmonia do sistema legiferante, e evitar normas contraditórias e que ameacem a segurança jurídica.

No tocante à relação da competência concorrente entre União e Estados e Distrito Federal, o referido artigo 24 da Carta Magna aduz que nos temas em que há competência legislativa concorrente, a União limitar-se-á a estabelecer as normas gerais sobre a matéria (§ 1º), sendo que tal competência não excluirá a competência suplementar dos Estados e Distrito Federal (§ 2º)<sup>3</sup>.

No que tange aos Municípios, o artigo 30, II, do texto constitucional expressa que aqueles não estão autorizados a legislar em matéria de competência concorrente, mas tão somente de forma suplementar.

Por certo que a Constituição Federal não traz específicas conceituações do que seriam *normas gerais e competência suplementar dos estados e municípios*, sendo necessário buscar tais definições em outras fontes. De acordo com Paulo e Alexandrino (2011),

A atuação da União, fixando normas gerais, não exclui a atuação suplementar dos estados e do Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º). Assim, fixadas as normas gerais pela União, caberá aos Estados e ao Distrito Federal complementar a legislação federal, tendo em vista as peculiaridades regionais, por meio

---

3 Art. 24 [...]

§ 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º. A Competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados

de expedição de normas específicas estaduais e distritais. É a chamada competência suplementar dos estados-membros e do Distrito Federal.

É importante observar que há uma relação de subordinação entre a atuação da União na edição de normas gerais e a dos estados e do Distrito Federal na complementação mediante normas específicas, porquanto estas não poderão contrariar aquelas (PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p. 152).

Assim, como regra decorrente do próprio texto constitucional, tem-se que o exercício da competência suplementar pelos Estados, Distrito Federal e Municípios não pode, sob nenhuma hipótese, contrariar o que fora previamente determinado na legislação federal nas matérias previstas no artigo 24 da Constituição.

Interpretação diversa significaria admitir a ampliação de poderes aos Estados, Distrito Federal e Municípios que não lhe foram conferidos pelo texto constitucional, subvertendo, dessa forma, a organização política administrativa imposta pela Constituição Federal.

A título de raciocínio, colacione-se que nas situações nas quais o legislador constituinte permite a atuação autônoma dos entes federativos, assim o faz de maneira expressa e indubitável, como, por exemplo, no supracitado artigo 30 da Constituição Federal, que estabelece competências privativas dos municípios.

Aliás, essa interpretação é facilmente extraída do próprio artigo 24, § 3º, que estabelece não haver a possibilidade dos Estados legislarem de forma autônoma sobre as matérias definidas no referido dispositivo, mesmo no contexto de suas peculiaridades, a não ser que haja omissão da União<sup>4</sup>. Ressalte-se, por oportuno, que mesmo nessas hipóteses, em havendo superveniência de Lei federal sobre normas gerais, fica suspensa a eficácia da Lei estadual, *no que lhe for contrária*.

Fica patente que o constituinte, no que se refere às matérias definidas no artigo 24 da Constituição, pretendeu claramente restringir a atividade legislativa autônoma dos estados e municípios, reservando a estes entes federativos uma atuação subsidiária e subordinada às regras federais definidas na legislação pertinente.

Após essas ponderações preliminares, retorna-se à análise dos efeitos jurídicos da pandemia no Brasil, notando-se não haver nenhuma omissão da União quanto à disciplina da matéria, pois, em 06 de fevereiro de 2020, promulgou-se a já citada Lei n.º 13.979, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento

<sup>4</sup> Art. 24, §3º, CF. Inexistindo Lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas possibilidades.



da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Essa legislação estabelece, em seu artigo 3º, diversas medidas que podem ser adotadas pelas autoridades, *no âmbito de suas competências*, como forma de conter a disseminação do vírus, dentre elas, *o isolamento e a quarentena*:

Art. 3º. Para enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena

A norma, porém, não se limita a apontar essas medidas como possíveis condutas sanitárias a serem adotadas. Em seu artigo 2º as conceitua-as expressamente:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Diante de conceitos expressos previstos pela legislação federal, bem como ausência de omissão legiferante da União, autoridades não poderiam ampliar, no âmbito de suas competências constitucionais, os limites conceituais das medidas previstas na norma geral que norteiam a atuação da União, Estados, Municípios e Distrito Federal por meio de suas normatizações locais, seja por decretos, seja por portarias e ou regulamentos.

Forçoso reconhecer que a imposição de isolamento e/ou quarentena a cidadãos que não estão doentes ou não apresentam suspeitas de contaminação configura uma atuação normativa de competência plena não pretendida pela Constituição Federal, em patentes vícios de ordem constitucional e legal.

A bem da verdade, tais conclusões são robustecidas pelas regras de interpretação constitucional que, dentre várias possibilidades, estabelecem

alguns princípios muito bem elucidados por Alexandre Moraes (2005), isto é, os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário.

Em qualquer cenário, não é possível ser conferida autonomia plena a Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar, em matérias atinentes à competência concorrente, em desacordo com a legislação federal que define as normas gerais, sob pena de flagrante subversão do esquema organizatório-funcional.

Entendimento contrário seria o conivente com a criação de vários microssistemas dentro do território nacional, inclusive na esfera criminal, como adiante será demonstrado, em prejuízo claro da segurança jurídica e do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

Exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros e, entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais (MORAES, 2005, p. 11).

Neste viés, não seria possível o sacrifício total de direito/garantia fundamental, como o direito de ir e vir, fora das hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal (art. 139, inciso I, da CF), principalmente por meio de expedição de atos administrativos autônomos e secundários que não são submetidos a qualquer controle prévio de legalidade/constitucionalidade. E por fim:

Deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade (máxima efetividade das normas constitucionais) (MORAES, 2005, p.11).

Com efeito, ao se permitir que Estados, Distrito Federal e Municípios legislem, em matéria de competência concorrente, de forma autônoma e independente, faz-se tábula rasa dos parágrafos 1º e 3º do art. 24 da Constituição Federal, tornando sem qualquer efeito a previsão de edição de normas gerais estabelecidas constitucionalmente e mitigando a relação de subordinação dos Estados e Municípios às diretrizes gerais fixadas em nível federal.

Válido ressaltar que a situação que se observa no país nos dias atuais é ainda mais gravosa considerando-se as regras constitucionais acima referidas,

pois todas as limitações exaustivamente expostas destinam-se, primordialmente, ao poder legislativo.

Assim, se as regras de competência concorrente legislativa, tal como previsto na carta magna, dispõem que as Leis locais, que se submetem a rígido processo legislativo constitucional até sua aprovação, não podem contrariar as normas editadas pela união, como admitir que atos normativos editados pelos poderes executivos (decretos e portarias) vilipendiam o mesmo comando?

Os decretos, tal como será elucidado a seguir, quando contrários às disposições da Lei federal que regula a matéria, ferem de forma ainda mais concisa o sistema constitucional normativo e, por consequência, o estado democrático de direito.

## 2.2. Decretos regulamentares e decretos autônomos

Antes de se analisar a possibilidade de decretos determinarem medidas de restrição a direitos e garantias individuais, faz-se necessário apontar a natureza jurídica de tal instituto, a fim de definir o alcance das regras nele estabelecidas.

Conforme classificação de Paulo e Alexandrino (2011), os decretos são atos administrativos normativos, que:

Possuem conteúdo análogo ao das Leis – são “Lei em sentido material”. A principal diferença – além do aspecto formal – é que os atos administrativos normativos **não podem inovar** o ordenamento jurídico, criando para os administrados direitos ou obrigações que não se encontrem previamente estabelecidos em uma Lei (PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p.507).

Não diverge de tais contornos a definição de Meirelles (2001, p. 171), na qual “decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito pela legislação”.

Frente a isso, pode-se extrair que o decreto é um ato administrativo secundário, localizado abaixo da Lei, e que não pode confrontar a Constituição Federal, tendo como fonte norteadora de regulamentação a própria Lei. Assim, por se tratar de ato administrativo secundário e dependente da norma que fundamenta sua existência, não lhe é permitido promover a sua ampliação (*ultra legem*) ou a

sua restrição (*citra legem*).

Imperioso ressaltar que com a Emenda Constitucional nº 32/2001, inaugurou-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de edição dos chamados decretos autônomos, que não dependem de Lei e decorrem diretamente do texto constitucional.

Estes, no entanto, possuem estreito rol de matérias que podem regulamentar, disposto no art. 84, VI da Constituição Federal, quais sejam: a) organização e funcionamento da administração federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e b) extinção de funções e cargos públicos, quando vagos.

Dessa forma, qualquer possibilidade de expedição de decreto autônomo sem observância à regra constitucional acima disposta ofende mortalmente o processo legislativo constitucional e padece de vício insanável para sua convalidação.

Este é o principal ponto da reflexão proposta, pois em razão da pandemia, estão sendo editados e publicados inúmeros decretos estaduais e municipais que, ao pretexto de regulamentar a situação de emergência em saúde pública, estabelecem normas restritivas ao cidadão, elastecendo os conceitos de *isolamento* e *quarentena* previstos na Lei Federal n.º 13.979/2020 e, por via de consequência, restringindo direitos fundamentais como o direito de ir e vir e de reunião.

Tais decretos, ao disporem sobre matérias que exacerbam o direito material previsto pelo legislador ordinário, assumem natureza de atos administrativos autônomos e padecem de vícios de legalidade e constitucionalidade, pois, diante da teratologia apresentada, conseguem a um só tempo ofender diretamente as normas previstas na Lei Federal sobre o tema - como já exaustivamente exposto acima - e as normas da Constituição Federal ao restringir, sem qualquer controle prévio, direitos fundamentais.

A vigência dessas espécies autônomas de atos administrativos, além de sobrepor o processo legislativo vigente, como já dito, confere e concentra no Chefe do Executivo, de qualquer esfera, poderes legislativos que não lhe foram conferidos pela Constituição Federal, o que se afigura como potencial e gravíssima possibilidade de subversão da ordem constitucional e se apresenta como ameaça concreta ao Estado Democrático de Direito, remontando a tempos sombrios onde havia concentração da atividade legislativa e executiva em uma só pessoa.

### 3. ESTADOS DE LIMITAÇÃO DE DIREITOS: Distinção entre Estado de Calamidade, Estado de Defesa e Estado de Sítio

É indubitável que a situação atualmente vivenciada no Brasil e no mundo justifica a decretação de um estado emergencial, a fim de flexibilizar algumas normas e permitir a adoção de medidas mais céleres por parte das autoridades, com a finalidade precípua de conter a disseminação da Covid-19.

Todavia, em relação aos estados de exceção, é de suma importância entender suas diferenciações, especialmente no que tange à aplicabilidade e às restrições que podem ser impostas na vigência de cada um deles.

No Brasil, vários entes federativos decretaram *estado de calamidade*. Embora seja evidente que não vivemos uma situação de normalidade, certo também é que esse estado, embora excepcional, não autoriza a restrição substancial de direitos e garantias fundamentais.

Primeiramente, apesar de haver menção à expressão *calamidade* em alguns dispositivos da Constituição Federal, não existe disciplina sobre um estado de calamidade, até mesmo porque seria impossível descrever todas as hipóteses de maneira taxativa, ficando reservada à legislação infraconstitucional disciplinar, não as hipóteses de calamidade pública que são inúmeras, mas sim definir as exceções à normalidade possíveis, desde que em harmonia com a Lei Maior.

Como exemplo, a Lei Complementar nº 101/2000 e o Decreto nº 7.257/2010 permitem uma certa flexibilização relativa a questões fiscais, orçamentárias e de contratação pelo ente público, não trazendo qualquer limitação a direitos e garantias individuais em casos de calamidade pública, pois, certamente, estaria em absoluto confronto com a Carta Magna.

Ocorre que a suspensão ou limitação de direitos fundamentais é de tamanha sensibilidade que a Constituição Federal, quando as permite, disciplina expressamente as regras que devem ser inexoravelmente respeitadas para que tal desiderato se concretize. Neste viés, como únicos estados de exceção atualmente possíveis de decretação no Brasil, temos os previstos nos artigos 136 e 137 do texto constitucional, quais sejam, respectivamente, o Estado de Defesa e Estado de Sítio, senão vejamos. Nas lições de Moraes:

é o chamado sistema constitucional das crises, consistente em um conjunto

de normas constitucionais que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional (MORAES, 2016, p.1276).

O Estado de Defesa, mais brando que o Estado de Sítio, pode ser decretado pelo Presidente da República, sem necessidade de autorização prévia do Poder Legislativo. Não obstante, após a sua decretação, deve ser submetido, em vinte e quatro horas, ao Congresso Nacional, que decidirá sobre sua manutenção por maioria absoluta. O Estado de Defesa, ainda, terá duração não superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma única vez se persistirem os motivos (art. 136, §2º, CF)<sup>5</sup>.

Na vigência do Estado de Defesa, pode haver restrições aos direitos de

---

5 Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da Lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, tudo nos termos do art. 136, §1º, I e II, da Constituição Federal.

Já o Estado de Sítio corresponde à suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, sem dúvidas com maior gravidade e força de imposição que o Estado de Defesa, somente podendo ser decretado com autorização prévia dos membros da Câmara e Senado.

Tem previsão constitucional de ocorrência nas hipóteses de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, e de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Note-se, neste ponto, que somente em situações de extrema gravidade prevê a Constituição regras de suspensão de garantias individuais fundamentais. Neste ponto, colacione-se que nos termos de seu art. 139:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da Lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Com efeito, clara a gravidade das situações nas quais a Lei Maior permite a restrição de direitos fundamentais, reservando em seu texto a possibilidade de

---

§ 6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

tomada de tais medidas drásticas somente em casos de decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio, ambos de competência exclusiva do Presidente da República.

Assim, caso a realidade fática seja alheia a estas hipóteses, ainda que em situação emergencial de calamidade pública, é flagrantemente inconstitucional qualquer disciplina legal ou infralegal que pretenda suprimir ou suspender o exercício de direitos e garantias fundamentais.

A situação se apresenta ainda mais grave num atual estágio em que vivenciamos Estados, Municípios e Distrito Federal expedindo decretos autônomos restringindo liberdades fundamentais do cidadão brasileiro, sem qualquer controle prévio de legalidade e/ou constitucionalidade.

A intenção do legislador constituinte foi buscar restringir ao máximo a mitigação dos direitos fundamentais mesmo em estados críticos de emergência. Ora, se mesmo para a decretação do Estado de Defesa e Estado de Sítio, mais graves que a calamidade pública, faz-se imprescindível ouvir previamente os Conselhos da República e da Defesa Nacional. Deve-se, ainda, submeter a situação à aprovação do Congresso Nacional, não existindo caminho possível para se permitir essa restrição despótica por chefes dos executivos estaduais e municipais mediante a edição de atos administrativos secundários e autônomos.

É por estas razões que a reflexão foca-se nesse questionamento sobre a existência do abuso da liberdade normativa por parte dos gestores das diversas unidades da federação, sob o tentador e comovente argumento da necessidade por ocasião da crise na saúde pública, o que pode trazer consequências nefastas para o estado democrático de direito, com a abertura para mitigações e supressões indevidas de direitos inscritos no núcleo rígido da Constituição.

#### 4. Das consequências dos decretos autônomos de calamidade pública em época de pandemia

A situação vivida pelos brasileiros hoje é atípica e, diante da indevida conferência de poder autônomo a cada estado e município, corremos o risco de vigência de um microssistema penal em cada unidade distinta da federação. Atos normativos, permeados por fundamentos jurídicos, podem impingir graves



consequências às pessoas na privação da liberdade individual.

Sob o manto da calamidade pública decretada, diuturnamente, acompanhamos notícias de que cidadãos brasileiros estão sendo arrastados das ruas pelas forças policiais, com algemas ornando seus punhos e com condução a fórceps até a Delegacia de Polícia para a lavratura dos procedimentos criminais cabíveis, tudo sob a falácia de que o desrespeito à determinação de isolamento social poderia caracterizar delitos previstos na legislação penal.

Como exemplo da teratologia normativa que se vivencia nos dias atuais, colacione-se o exemplo de advertências por parte das autoridades públicas no sentido de que o desrespeito às determinações de isolamento social poderia, independente de aferição acerca da contaminação, caracterizar a prática do delito previsto no art. 268 do Código Penal<sup>6</sup>.

Como aferir o dolo decorrente da conduta do cidadão em questão, caso ele tenha “regulando” suas obrigações três instrumentos legais vigentes: uma Lei Federal, um decreto estadual e um decreto municipal, que disciplinam uma mesma matéria de maneira absolutamente divergente?

Apenas essa situação já seria mais do que suficiente para afastar a tipicidade de qualquer delito pela ausência de elemento inerente ao fato típico, qual seja, o dolo da conduta.

A título de breve exercício reflexivo, trazem-se as questões: como proceder no caso de cidades contíguas e demais conglomerados urbanos, nos quais-repetidas vezes o cidadão, no trajeto de casa para o trabalho, passa por duas ou três cidades distintas? Estaria, pois, submetido a diferentes sistemas penais e dele seria exigido conhecer a todos eles? Nesse trajeto, na cidade “X” poderia ser permitido descer de seu veículo para comprar uma garrafa de água em determinada loja de conveniências, enquanto na cidade imediatamente vizinha tal conduta poderia, caso houvesse o já descrito exacerbo da competência normativa, ser utilizada como complemento para a tipicidade material de um delito?

O sistema penal não pode jamais coexistir com esse tipo de insegurança jurídica. Essa volatilidade infralegal não se coaduna com a exigência principiológica

<sup>6</sup> Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

da tipicidade fechada, taxatividade e legalidade do sistema penal. Afinal, não há crime sem Lei anterior que o defina. Essa tarefa jamais poderia ser relegada a um ato administrativo secundário e autônomo, com todos os vícios de legalidade e constitucionalidade abordados anteriormente.

Argumentações simplistas poderiam apresentar que a tipificação penal, nesses casos, seria perfeitamente possível porque o artigo 268 do Código Penal é norma penal em branco heterogênea e, por isso, deve ser complementado por outra norma infralegal. Tal argumento é falacioso, na medida em que é cristalino que para a delimitação de complemento de normas penais é necessária segurança jurídica, o que, como se demonstrou, é violado caso existam microssistemas jurídicos diversos a depender do município em que se busque aplicar a Lei criminal.

Ademais, na mesma linha de violação às competências normativas previstas na Constituição, de se reconhecer que se o decreto (municipal, distrital ou estadual) viola as regras de edições de normas e por tal razão é ilegítimo do ponto de vista formal, não pode de maneira alguma alimentar a Lei penal no auxílio de caracterização de condutas delituosas.

A título comparativo, debruçemo-nos na análise da infração penal prevista no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Nota-se que o vocábulo “drogas”, essencial para a caracterização do tipo penal, não abarca e nem descreve quais seriam as substâncias que podem nele estar inseridas, deixando o legislador portanto a tarefa de complementar a norma a outro órgão, qual seja a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Tal complementação é realizada por intermédio da Portaria ANVISA nº 344/98, que destrincha todas as substâncias que podem ser inseridas em um contexto criminoso de traficância. Diante estamos, como se vê, de uma norma penal em branco (que necessita de complemento) heterogênea (cujo complemento

concretiza-se em outra fonte normativa).

Note-se, portanto, que para a complementação do que poderia significar para fins penais o vocábulo “droga” (elementar do tipo), determinou-se que autoridade específica, com competência normativa para estipular regras uniformes em todo o território nacional, assim o fizesse. Tal sistemática permite a salvaguarda da segurança jurídica e, como consequência imediata, não viola o sistema normativo constitucionalmente previsto.

Não é o caso dos decretos múltiplos e autônomos que se contesta no presente estudo. Estes, criados com violações formais e materiais da Constituição Federal, não podem jamais servir de supedâneo para a supressão de direitos fundamentais, e muito menos para a caracterização de condutas como passíveis de punição na seara penal.

## Conclusão

Sempre é importante salientar para todos aqueles que são operadores do direito sobre o zelo, em quaisquer circunstâncias, pela garantia de um estado de normalização democrática, cuidando para que as normas constitucionais sejam respeitadas, especialmente no que tange àquelas estabelecidas como forma de robustecer o Estado Democrático de Direito.

A situação emergencial excepcional não pode servir, de forma casuística, para afastar direitos e garantias fundamentais, ao talante do chefe do executivo, de qualquer esfera, por meio de atividade legiferante autônoma, despótica e inconstitucional, sob pena de se criarem perigosos precedentes incompatíveis com as liberdades individuais.

Desde o exacerbo dos conceitos previstos na legislação de regência que deveriam os decretos regulamentar, passando pela possível e autoritária utilização de decretos como normas de complementação da legislação penal, em total violação à segurança jurídica nacional, tais situações devem ser combatidas pelos ocupantes das diversas funções públicas responsáveis pelo controle de constitucionalidade, bem como pelo cidadão, responsável maior pelo exercício da soberania popular.

Em tempos de excepcionalidade, é de suma importância o zelo pela correta aplicação das normas constitucionais, a fim de fortalecer o regime democrático, evitando-se posturas casuísticas que possam servir de perigosos precedentes para a fragilização dos direitos e garantias fundamentais.

## Referências

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

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES. Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Jurídico-Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Jurídico-Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.



## REALIZAÇÃO

Escola Superior do  
Ministério Público  
CESAF - ESMP



ISSN 1984-168X

