

SÉRIE TEORIA POLÍTICA E SISTEMAS DE JUSTIÇA

VOLUME 1

**CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI**  
**ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER**  
**VALENA JACOB CHAVES MESQUITA**  
ORGANIZADORES

# ensaios críticos

*Do político ao jurídico*





SÉRIE TEORIA POLÍTICA E SISTEMAS DE JUSTIÇA

VOLUME 1

**CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI**

**ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER**

**VALENA JACOB CHAVES MESQUITA**

ORGANIZADORES

# ensaios críticos

*Do político ao jurídico*

Campos dos Goytacazes - RJ  
2016



Copyright © 2016 Brasil Multicultural Editora

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização do autor.

**Diretor editorial**

Décio Nascimento Guimarães

**Diretora adjunta**

Milena Ferreira Hygino Nunes

**Coordenadoria científica**

Gisèle Pessin

Fernanda Castro Manhães

**Design**

Fernando Dias

Ilustração capa: Harryarts / Freepik

**Assistente editorial**

Samara Moço Azevedo

**Gestão logística**

Nataniel Carvalho Fortunato

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

---

E59      Ensaios críticos : do político ao jurídico / organizadores Cássius Guimarães  
1. ed      Chai, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Valena Jacob Chaves  
Mesquita. – 1. ed. - Campos dos Goytacazes, RJ : Brasil Multicultural,  
2016.  
184 p. – (Série Teoria política e sistemas de justiça ; v. 1).

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-85-5635-023-7

1. PODER JURÍDICO DEMOCRÁTICO 2. CRIME SEXUAL 3. TRABALHO ESCRAVO  
4. DIREITO INTERNACIONAL 5. DIREITO CONSTITUCIONAL I. Chai, Cássius  
Guimarães (org.) II. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo (org.) III. Mesquita, Valena  
Jacob Chaves (org.) IV. Título.

CDD 340

---

As normas aplicadas nos textos em idioma estrangeiro seguem as regras de seus respectivos países.

Os autores são responsáveis pela revisão ortográfica e pelo inteiro teor das ideias dispostas em seus respectivos textos, sendo, quanto ao conteúdo, de sua inteira e exclusiva responsabilidade.



Instituto Brasil Multicultural de Educação e Pesquisa - IBRAMEP  
Av. Alberto Torres, 371 - Sala 1101 - Centro  
Campos dos Goytacazes - RJ  
28035-581 - Tel: (22) 2030-7746  
Email: contato@brasilmulticultural.com.br

## **Comitê científico/editorial**

Prof. Dr. Antonio Hernández Fernández - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Casimiro M. Marques Balsa – UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA (PORTUGAL)

Prof. Dr. Daniel González - UNIVERSIDAD DE GRANADA – UGR (ESPAÑA)

Prof. Dr. Douglas Christian Ferrari de Melo – UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Ediclea Mascarenhas Fernandes – UERJ (BRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Shimoda – UCAM (BRASIL)

Prof. Dr. Fabrício Moraes de Almeida - UNIR (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Antonio Pereira Fialho - UFSC (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Elias Simão Merçon - FAFIA (BRASIL)

Prof. Dr. Helio Ferreira Orrico - UNESP (BRASIL)

Prof. Dr. Javier Vergara Núñez - UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA (CHILE)

Prof. Dr. José Antonio Torres González - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Profa. Dra. Margareth Vetis Zaganelli – UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Martha Vergara Fregoso – UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

Profa. Dra. Patrícia Teles Alvaro – IFRJ (BRASIL)

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho – UFF (BRASIL)

# Apresentação

A presente obra “Ensaio crítico: do político ao jurídico”, integrante da série *Teoria Política e Sistemas de Justiça*, marcada pelo viés internacionalista dos direitos humanos, tem por principal objetivo descortinar novas perspectivas para controvertidos problemas, que por vezes são indiscriminadamente colonizados judicialmente, tanto como por outras são relegados a incompreensões do senso comum.

Nascida da correlação de forças institucionais entre os Grupos de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (PPGDIR/UFMA), Trabalho Escravo Contemporâneo (PPGDIR/UFPA) e Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (PPGDIR/FDV), e com a participação de pesquisadores nacionais e estrangeiros, a obra propõe abordagens dialógicas e críticas sobre o fazer o Direito, a Justiça, a Democracia em busca da paz social e do respeito a dignidade do ser humano.

O mestre Eligio Resta em sua nota de abertura deixa inequívoca asserção e advertência que: “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que não engane, não cubra e não dissimule este estado de exceção enquanto regra; apenas quando pararmos de nos iludir, teremos a consciência do verdadeiro problema da exceção”.

Os últimos episódios políticos nacionais, a falta de perplexidade com conflitos internacionais em lugares esquecidos ou nada atrativos turisticamente, perdem seu lugar de estranhamento e passam naturalizados à cotidiana violência. Violência institucional, violência politizada, violência desumanizadora.

Reformas e posições políticas que se constroem ao largo de processos plurais e comunicativamente estruturados.

A academia tem que assumir intransigentemente seu papel, para além de pedagógico, de reordenar o pensamento com uma crítica transformadora, atual e engajada na consolidação das identidades constitucionais sem concorrer para processos que fragilizam os recursos democratizantes e democratizadores da cidadania e das conquistas sociais fundamentais.

Pensar o Direito com ações!

Os textos trazidos ao público convergem para as linhas teóricas dos programas de pós-graduação, cujos coordenadores da série integram, e, alinham-se em discussões trameadas no cenário discursivo do Direito, os Sistemas de Justiça nas preocupações da validade e eficácia das Garantias Constitucionais e da própria densificação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.

Sigamos!

Combatamos o bom combate!

Cássius Guimarães Chai, PhD (UFMA)

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, PhD (FDV)

Valena Jacob Chaves Mesquita, PhD (UFPA)

## Sumário

<b>1</b>		
<b>A guerra e a festa</b>		<b>12</b>
Eligio Resta		
Tradução: Antonio Coêlho Soares Junior		
<b>2</b>		
<b>O Ministério Público Federal do Pará e o combate ao crime de redução a condição análoga à de escravo</b>		<b>33</b>
Valena Jacob Chaves		
Cássius Guimarães Chai		
<b>3</b>		
<b>Mutação constitucional e integração com o consenso internacional</b>		<b>60</b>
Adriano Sant'Ana Pedra		
<b>4</b>		
<b>O aborto e o exame de corpo de delito em casos de violência sexual: análise do Projeto de Lei nº 5.069/2013 num viés do direito internacional</b>		<b>78</b>
Cristina Grobério Pazó		
<b>5</b>		
<b>O controle difuso de convencionalidade no Brasil: soluções para seu aprimoramento</b>		<b>106</b>
Breno Baía Magalhães		
<b>6</b>		
<b>Mecanismos de participación popular en el derecho constitucional comparado latinoamericano: reflexiones sobre democracia y gobierno</b>		<b>130</b>
Alberto Manuel Poletti Adorno		
<b>7</b>		
<b>Poder Judiciário Democrático: uma tarefa pendente (e urgente) para o Brasil</b>		<b>140</b>
Vanessa Oliveira Batista Berner		
Manuel Eugenio Gandara Carballido		
<b>8</b>		
<b>Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: a argumentação jurídica e o determinismo social no inquérito nº 2.131 do STF</b>		<b>168</b>
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury		
Valena Jacob Chaves		

# 1

## A guerra e a festa

Eligio Resta<sup>1</sup>

Tradução: Antonio Coêlho Soares Junior<sup>2</sup>

*Uma manhã, três mil damas e cavalheiros do Kurfürsterdamm são presos, sem uma palavra, em suas camas, e mantidos detidos por vinte e quatro horas. Por volta da meia-noite distribui-se nas celas um questionário sobre a pena de morte e solicita-se aos signatários indicar qual a espécie de execução eles, eventualmente, escolheriam. [...]*

*Antes do amanhecer, sagrado pela tradição, mas que aqui é dedicado ao carrasco, seria esclarecida a questão da pena de morte.*

*WALTER BENJAMIN, Rua de Mão Única*

Outro texto de Walter Benjamin, com toda a sua inquietação, também nos questiona e nos desafia, como nunca antes, sobre o hoje, sobre nós. Um “nós” que ainda vai ser um espectador da crueldade violenta que cada pena de morte, em qualquer parte, por qualquer método, vai manter em seu coração secreto. Não é coincidência que este texto trata do maravilhamento, que é o sentimento que surge do olhar de um espectador.

Trata-se da oitava *Tesi di filosofia della storia*<sup>3</sup>. A história começa com a “tradição dos oprimidos”, e não na opressão em abstrato, mas dos oprimidos

- 
1. Professor Ordinário de Filosofia do Direito da Università di Roma Tre. Facoltà di Giurisprudenza. Via Ostiense 161, 00154, Roma, Itália.
  2. Promotor de Justiça no Estado do Maranhão e Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão.
  3. W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia*, in *Angelus Novus*, trad. it. a cura di S. Solmi, Einaudi, Torino 1981, p. 79.

em carne e osso, e, assim, de cada oprimido, que, em um determinado momento, é objeto de uma prepotência. Violência, diz ele, é uma relação que liga um prepotente e um oprimido, e tem muitas formas, diferentes, invisíveis, inesperadas. É uma relação sempre odiosa, seja quando realizada na intimidade secreta ou quando ocorre em público, quando vive no silêncio das assimetrias escondidas ou, com o espetáculo que cada representação exige, é apresentada como um ato de autoridade, mais ou menos legitimada pela soberania de “todos”. Desse “todos”, paradoxalmente, também fazem parte os oprimidos.

Assim, a tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que não engane, não cubra e não dissimule este estado de exceção enquanto regra; apenas quando pararmos de nos iludir, teremos a consciência do verdadeiro problema da exceção; e isso, acrescenta ele, melhorará a nossa posição na luta contra o fascismo. Este considerado em abstrato, geralmente presente em todas as espécies de violência autoritária que vivem da prepotência contra os oprimidos. É justamente a desconsideração do estado de exceção que nos leva perceber a violência como um resíduo dos “primórdios” que teimosamente resistem à lei histórica de um progresso iluminista irrefreável. A frase “destinos magníficos e progressivos”<sup>4</sup> acabaria com qualquer resíduo de uma ideia, puramente ingênua, de *Fortschritt*.

O texto, importante, termina com a crítica do maravilhamento. A única coisa que merece maravilhamento é o próprio maravilhamento. O maravilhamento (*thauma*) não está na origem de qualquer consciência filosófica, porque as coisas que vivemos “ainda” são possíveis no “século XX”. Ele não revela nada filosoficamente, a não ser, diz Benjamin, que a ideia de história de onde provém não é sustentável.

A passagem é um desses lugares de pensamento filosófico mais denso e cheio de significado. Há, obviamente, muitas outras coisas, mas ainda nos provoca a refletir, de forma decisiva, que, no século XX, a típica violência institucional a qual se materializa na pena de morte, continua a ser objeto de

---

4. N. do T.: a frase é cunhada da poesia “La ginestra o il fiore del deserto”, que integra a obra *Canti*, de Giacomo Leopardi (1798-1837), um dos maiores poetas italianos.

maravilhamento. Questionamos se esta é a exceção que o progresso do direito (e/ou da política) apagará, ou se, ao contrário, não esconde uma antropologia para olhos menos ingênuos. Uma grande preocupação para a sua sobrevivência, sugere Benjamin, talvez deva passar por uma consciência mais profunda que vasculhe nas pregas ocultas e que não se satisfaça com respostas fáceis.

As formas que podem explicar são conhecidas: desde a “justificação” de todos os tipos de pena de morte à tolerância de um resíduo anacrônico, até a recusa categórica de cada tipo. Cada olhar que acompanha estas atitudes precisa ser levado a sério e ser analisado com profundidade; sem maravilhamento, mesmo!

Percorreremos apenas alguns passos do discurso público sobre a pena de morte que a vasta literatura tem isolado, sabendo que as soluções, todas, têm a ver com uma dimensão complexa que nenhum decreto poderá remover de repente. Ainda hoje, em um momento em que na esfera pública global se conseguiu obter estrategicamente, embora não seja pouco, simples moratórias.

## Muito ar de festa!

*Traité sur la tolerance à l'occasion de la mort de Jean Calas* (1763): o título original do ensaio breve e intenso de Voltaire, conhecido simplesmente como *Trattato sulla tolleranza*<sup>5</sup>, é muito mais significativo. É a história de uma morte, da morte de um homem, este homem responde pelo nome de Jean Calas. Há um efeito metonímico oculto nesta que, ontem, definimos como “micro-história”.

“O assassinato de Jean Calas, praticado em Toulouse, em 9 de março de 1762, com a espada da justiça”: este é o início do ensaio de Voltaire. O Neorrealismo poderia encontrar inspiração. Se a guerra sugere imagens de morte em que “a inevitável fatalidade da guerra” atenua o espanto e

---

5. Voltaire, *Trattato sulla tolleranza*, prefazione di G. Marramao. Editori Riuniti, Roma 1994.

a piedade, uma sentença que impõe matar, por sua vez, é o verdadeiro *scandalo*. O termo é precisamente este, mesmo com todas as suas ambivalências, e é para Voltaire, *l'occasion*, verdadeira, de raciocinar com lógica rigorosa sobre a intolerância e os seus efeitos na vida pública.

Portanto, uma verdadeira execução, justificada apenas pela intolerância que se esconde nas pregas dos argumentos jurídicos. Claro, Calas é inocente, e isto coloca mais a faca na ferida, porém sabemos que as coisas não mudam em caso de culpabilidade; o problema não é a culpa e a responsabilidade, mas a intolerância, a incapacidade de “compreender e perdoar uns aos outros”, diz Voltaire. A cena da morte é “occasione”, um evento que, na sua exemplaridade fornece ao filósofo tópicos visíveis para a reflexão sobre a intolerância.

No mesmo ano, é sabido, Cesare Beccaria descreverá o *spectaculum* que acompanha a pena: “espetáculo para a maioria” e “objeto de piedade mesclado com indignação”, a pena de morte é *representação* teatral capaz de excitar a mente do espectador; nada além de sua vã futilidade e de sua impressionante crueldade. O espetáculo é encenado para o espectador e não para o réu, diz Beccaria.<sup>6</sup> Ele o chama de “guerra da nação contra um cidadão” que, como toda guerra, visa à “destruição do seu ser”.<sup>7</sup>

Espetáculo público, ocasião, evento “social”, a pena de morte é sempre alguma coisa: é a representação por excelência que coagula histórias mais complexas. Mascara e contém antropologias que condensam histórias de olhares, relações ambíguas entre governantes e súditos, jogos de poder, investimentos na infelicidade coletiva.

A cena é recorrente; é encontrada em muitos lugares e sua representação desliza do jogo da intolerância que expressa, aos mecanismos sutis de práticas “disciplinares” em que os poderes investem. Para Michel Foucault, a história do nascimento da prisão começa a partir da descrição detalhada, na “Gazzetta di Amsterdam”, em 1º de abril de 1757, do

---

6. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 1965, p. 64.

7. Idem, p. 62.

“esquartejamento” do corpo de Robert Damiens, parricida, conduzido ao patíbulo “em uma carroça, desnudo, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras.” Os detalhes são típicos de uma bela e boa representação: “atenazado nos mamilos” e puxado por lados opostos por dois cavalos. No final, em cumprimento da sentença (a “espada da justiça”, de Voltaire), seu corpo foi reduzido a cinzas e espalhado ao vento.

A ocasião para discursos sobre a intolerância, a crueldade, a disciplina, é, portanto, sempre oferecida por uma pena capital, por um suplício. De qualquer forma, é uma incorporação, pela justiça, do mal que ela diz combater. Basta lembrar a passagem de Beccaria, e Foucault faz isso pontualmente, quando fala de um assassinato, crime definido como horrendo (um dos “crimes em si”, diriam os penalistas), cometido com frieza e cálculo, “sem remorsos”.<sup>8</sup> Uma vez que a representação acontece em um *theatrum publicum*, teatro por si mesmo, devemos dizer que se trata, como sugeriu Antonin Artaud, de “impossibilidade do teatro” em ser mais do que reproduzidor da vida.

Entre Voltaire e Beccaria, de um lado, e Foucault, de outro, o jogo da representação continua a tecer um único fio condutor; a pena, e a pena de morte mais ostensivamente, coloca em evidência um corpo sobre o qual os poderes investem de maneira espetacular, diante de uma plateia sem a qual nada disso teria sentido. Que o excesso, a *dépense*, a sobra do espetáculo, o desperdício inútil e prejudicial sejam progressivamente corroídos ou troquem de alvo, é outra questão. O ponto em comum continua a ser a representação. Não é por acaso que, decompondo-se todo o Iluminismo, é Friedrich Nietzsche que retorna mais uma vez à dimensão representativa.

Deixando de lado por um momento a preocupação “moral” com a genealogia da culpa, o texto de Nietzsche, um dos mais inquietantes e significativos, confronta-nos com uma conclusão de sentido inesperado: a crueldade desliza lentamente para dentro da festa e a festa descobre no seu coração secreto a crueldade.

---

8. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, trad. it. a cura di A. Tarchetti, Einaudi, Torino 1976, pp. 5-11.

A parte da *Genealogia della morale*<sup>9</sup> dedicada à *Culpa, má consciência e coisas afins* coloca-nos diante do sentido profundo daquele jogo trágico que se consuma em cada pena: “Sem crueldade não há festa: é o que nos ensina a mais antiga e a mais longa história do homem – e no castigo também há muito ar de festa!”. Mímica da guerra e da festa, dirá um pouco mais adiante; como a recordar uma alegria singular pela inimizade que no castigo, em cada castigo, se esconde. Se é um acusado ou um tirano executado em público, pouco muda.

Esse mundo da humanidade antiga, cheio de “preocupação com o espectador”, era “um mundo essencialmente público, essencialmente manifesto, que não sabia imaginar felicidade sem espectadores e festas.” Justificá-la através da ira dos deuses ou da violação do contrato social é argumento posterior, que não desloca uma vírgula toda a problemática: “O castigo não é outra coisa [...] senão a reprodução, o *mimus* do comportamento normal perante o inimigo odiado, indefeso, prostrado, que perdeu não só qualquer direito e proteção, mas também qualquer esperança de graça; ou seja, é o direito de guerra e de celebração do *Vae victis!* E, acrescenta, na guerra estão todas as formas sob as quais o castigo aparece na história.

Novamente aqui a completa antropologia da pena de morte; nada afeta o motivo da sua “aparente” ausência de opiniões, como a sua hipócrita regulamentação. O texto de Nietzsche nos inquieta, mais uma vez; inquieta-nos mais ainda quando buscamos construir argumentos razoáveis, antes que racionais, com o objetivo de reduzir a arbitrariedade e o espetáculo silencioso que cada pena de morte carrega dentro de si. Quem leia, contudo, um texto normativo que a ela se refira, com todos os seus apelos à decência civil, não pode deixar de refletir sobre passagens mencionadas.

O texto final entregue para deliberações das instituições da esfera pública global, a *Resolução* da Assembleia Geral das Nações Unidas acerca a moratória sobre a pena de morte, prescreve a sua proibição porque, sinteticamente, contrária à “dignidade” do homem, do condenado enquanto

---

9. F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, trad. it. a cura di F. Masini, Adelphi, Milano 1984, p. 55.

homem ou do homem enquanto condenado. Forma jurídica complexa que deve prescrever a sua vedação, em nome da dignidade. O espetáculo do qual nos fala Nietzsche reside todo na negação da dignidade do condenado: nunca, como no presente caso, a tragédia está “na superfície”, pode-se dizer. Aquilo que se prescreve é aquilo que se interdita e aquilo que se interdita é o que se prescreve. Além da inanidade da “lei” (tecnicamente, “ineficiência”), que é um problema desde sempre conhecido, é no sentido de *inimizade* da pena de morte que se precisa ir mais fundo. A ideia “do inimigo indefeso e odiado”, que a festa e a guerra cultivam, vai além de uma questão de técnica jurídica: é claro que há também isso, mas não somente.

Voltemos a uma página de Nietzsche. Em *La nascita della tragedia*,<sup>10</sup> falando do crime de Prometeu, ele já alertava que a verdadeira face niilista do direito moderno estava na incorporação de códigos duplos: no mundo existe o justo e o injusto mas ambos são igualmente justificados. *L'erranza delle radici* que caracteriza o direito moderno, a “fome” que o faz vagar à procura de fundamentos, gera uma equivalência de justificação. Não podendo mais fundar, e fundar-se sobre, o justo, vê deslizar toda a sua “história”, agora desprovida de absolutamente qualquer *epicidade*, na justificação.

“Justificar” é algo que antecede o justo; e também sua profunda revogação. Atribui, cria, produz, “faz”, exatamente porque dele não só não se tem qualquer auto evidência, mas porque ele mesmo se torna um espaço de disputa estratégico, inclusive na vida. Na noção de vida, boa ou ruim, não se elimina a disputa pelo justo. Assim, a justificação, como qualquer outra técnica, revela a sua face ambígua. Pode-se aplicar a tudo: o auto posicionamento do direito moderno coloca-se no interior da equivalência (esta sim) niilista de cada “produção” da justiça.

Poder-se-ia refazer os caminhos longos e profundos deste processo que Nietzsche condensa na crista da modernidade, e tais caminhos, sugeridos por seus próprios textos, nos fariam voltar para o único lugar no qual é possível encontrar juntos “o arco e a lira”, qual seja, o mundo grego. O

---

10. F. Nietzsche, *La nascita della tragedia*, trad. it. a cura di G. Colli e M. Montinari, Adelphi, Milano 1977, p. 71.

*Ditado* de Anaximandro, com a inclinação mútua de *dike* e *adikìa*, e a definição heraclitiana da justiça como “disputa”, são a fonte<sup>11</sup> e continuam a estender a sua sombra sobre o moderno, sobre a atualidade, sobre o hoje.

É exatamente a pena de morte, com suas representações, que sugere a Nietzsche as faces de significações de um “prazer da crueldade” público. A pena de morte “representa” o prazer cínico, é sua causa mas também o efeito. Lembra em todo o seu absurdo: “O que exatamente revolta no sofrimento não é o sofrimento em si, mas a falta de sentido”<sup>12</sup> que, de tempos em tempos, queria nomear, salvação, reparação, compensação. “Para que a dor oculta, desconhecida, sem testemunhas, pudesse ser removida do mundo [...], foi então forçada a inventar deuses..., algo que enxergue mesmo na escuridão e [...] não deixa escapar um interessante espetáculo doloroso.” Com uma linguagem diferente, diríamos que os sistemas sociais colocaram em prática um processo de autoimunização do seu sofrimento criando transcendências; pouco muda, dirá mais adiante, quer se trate de um deus ou de um contrato social. “Graças a essas invenções, a vida se mostra, de fato, um astuto estratagema, que sempre foi inteligente para se justificar, para justificar o ‘mal’ que provoca; [...] (a vida como enigma, a vida como problema de conhecimento).”

Assim soa a lógica do sentimento que surge também dentro da “nossa humanização europeia”. Não é apenas o primordial: os deuses são pensados como amigos do cruel espetáculo, no qual a alegria para oferecer é a crueldade. O sacrifício e o heroísmo guerreiro representam somente um pequena parte, como nos diria mais tarde Simone Weil<sup>13</sup> e Jean-Pierre Vernant.<sup>14</sup> Em conclusão, Nietzsche adverte, “todo mal se justifica quando o espetáculo é edificante para um deus”. A crueldade era concebida como “espetáculo de festa” para os deuses, ou para transcendências equivalentes: como a virtude;

---

11. E. Resta, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008.

12. F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, cit., p. 57.

13. S. Weil, *L'Iliade o il poema della forza*, in *La Grecia e le intuizioni precristiane*, Rusconi, Milano 1974.

14. J. -P. Vernant, *La morte negli occhi*, il Mulino, Bologna 1987.

mas sofrimento sem testemunhas era algo impensável. Assim “toda a antiga humanidade é cheia de sensíveis preocupações com o ‘espectador’, sendo um mundo essencialmente público, essencialmente manifesto que não podiam imaginar a felicidade sem espectadores e festas ... Em um grande castigo há muito ar de festa.”

Pouco importa a justificação, tanto lógica quanto moral do *exemplum*: legitimação do direito de punir *ex parte principis*, dissuasão *ex parte populi* e, como veremos, o olhar do espectador não poderá mais do que reproduzir a ambiguidade da violência.

A mudança radical do cenário arquitetônico produzido pelo direito moderno (processos *públicos* e penas *secretas* contra penas *públicas* e processos *secretos*) não altera em nada a leitura de Nietzsche. A “crueldade” da pena (de morte) continua lá, autoevidente, não como exceção que o “progresso” deverá superar, como o texto de Benjamin havia nos mostrado, mas como alguma coisa que, dita com linguagem freudiana, está enraizada em um complexo desconforto da civilização.

No centro do palco, então, o espetáculo: ocasião da guerra e da festa contra o “inimigo”. Qualquer pessoa que deseje encontrar hoje fundamentos teóricos para a questão do “direito penal do inimigo” deve retornar a essas reflexões tão densas que Nietzsche nos oferece.<sup>15</sup>

Aquelas páginas não enveredam pelo “fundamento” da pena que ele utiliza no jogo de dívida e crédito (a “dívida infinita”), mas pelo “nihilismo” da justificação: daí a ambivalência do crime (Prometeu) ser a chave que faz com que o castigo retorne ao jogo de Anaximandro. A contabilidade do *didònai diken tes adikias* revela-se na secularização moderna como “tudo tem o seu preço,” não é por acaso que o pagamento da pena seja *retributio*. A consequência é simples: fazer pagar com a morte significa *disprezzare*, não atribuir qualquer valor à “vida”, apenas aquele valor simbólico do espetáculo, de oferecer primeiro aos deuses e depois ao público.

---

15. Cfr. E. Resta, *il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2008.

Mais tarde Georg Rusche e Otto Kirchheimer compreenderam todo o ciclo da pena no diferente valor de uso e no valor simbólico de troca do “corpo” do condenado. Os diversos modelos de penas devem ser medidos pela necessidade ou pelo excesso de força de trabalho.<sup>16</sup>

Por esta razão, sobretudo, estas páginas remetem ao centro uma antropologia do olhar cujo ponto principal é o corpo (é aí que coagula o sentido da “vida nua” do qual Benjamin vai falar primeiro e depois Foucault). As preocupações com o espectador explicam, assim, muito mais sobre as “funções” da pena que são enumeradas (em sua neutra equivalência) e que sempre vão continuar a atormentar inutilmente os penalistas. Que é mecanismo do olhar está evidenciado pela proximidade entre a teoria do sacrifício religioso, que coagula a violência em um ponto e em um momento, e a ideia do culpado executado, que cura apenas o paradoxo da culpa.

A violência de tudo é imunizada pela culpa do indivíduo; a crueldade perpetrada pelos deuses equivale à crueldade oferecida aos deuses. Transcendência divina mostra o quão complexo é o caminho para a autodescrição dos sistemas sociais como o lugar “comum” que gera o problema e é, ao mesmo tempo, a aparente solução (uma ecologia real da pena). A humanização da pena, nesse aspecto, mostra um credor por ora satisfeito, que, por um momento, acaba sendo menos ambicioso: assim o direito penal deverá ceder lugar à “graça”, até que, acrescenta, o começo, sempre que possível, não reapareça. Hoje, a persistência da pena de morte continua a descrever a periferia.

## Olhares duplos

O olhar de Nietzsche sobre a “representação” da pena não é periférico, nem denuncia um desvio do problema. A “preocupação para com o espectador” constitui a cena fundamental da guerra e da festa. É aqui que Nietzsche antecipa pelo menos dois elementos que, no debate contemporâneo, encontraram visível condensação.

---

16. G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e estrutura sociale*, il Mulino, Bologna 1978.

O primeiro é o *corpo* que é o elemento em torno do qual se realiza a representação trágica da festa. O corpo é objeto do poder de uso e de troca, do mundo antigo do direito, da *vitae necisque potestas*, à *manus iniectio*, à *mancipatio*.<sup>17</sup> E, mais tarde, o jogo de dívida e crédito não nos libera mesmo quando a subjetividade moderna (“capacidade de promessa”) está ancorada no domínio da vontade.

O corpo do condenado, dócil, a ser marcado, vencido, está à mercê de um jogo de sujeições em que a *compensatio* pela culpa chegar a eliminar a vida. Além disso, a centralidade do corpo é um dispositivo explícito de Nietzsche: é o fio condutor que marcará toda a era moderna. Agora, no nosso presente, o corpo retorna em toda a sua materialidade, quanto mais parece sublimar-se em dimensões puramente abstratas (corpo eletrônico, arquivo de informações, processo de decomposição de suas partes). E isto é para melhor ou para pior: exemplo trágico é o retorno perturbador da tortura, para registrar uma cena infelizmente difusa em escala planetária.

O segundo elemento é, mais técnico, exatamente o que diz respeito à efetivação do mecanismo de “representação”; Jean Baudrillard forneceu uma descrição detalhada e convincente quando falou das mensagens simbólicas que terminaram por tomar o lugar da realidade.<sup>18</sup> Isso se aplica a todo o universo de vitimização, cujos direitos seriam parte, e mesmo ainda para a vida e a morte, reduzidas a expropriação constante. A “clínica dos direitos” (conforme Baudrillard), faz com que se desloque a atenção da vida para o “direito à vida”, com um processo de sacrifício que não se preocupa nem mesmo em mascarar-se.

Apenas estes dois pontos nos levam de volta ao centro da pena de morte, com a centralidade do corpo e sua representação. Tecnologia sofisticada, até paradoxos como a exigência da presença de uma médico para aliviar o sofrimento, as mortes tecnologicamente suaves, porém infalíveis,

---

17. Y. Thomas, *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, École française de Rome, Roma 1984, pp. 499-548.

18. J. Baudrillard, *Il delitto perfetto*, Raffaello Cortina, Milano 1996.

descrições do olhar dos espectadores não mais aglomerados na praça pública do “patíbulo”, mas escondidos atrás de meios de comunicação de massa, reproduzem a cena originária da qual nos fala Nietzsche e da qual Voltaire e Beccaria, por um lado, e Foucault, de outro, nos tem contado.

Será que muda alguma coisa quando o jogo da representação se faz mais discreto, mudo, quando a “preocupação com o espectador” é mais modesta? A resposta, a única possível, é absolutamente negativa. Não muda nada; de fato, agudizou-se. E a leitura de um “guardião das metamorfoses” como Elias Canetti que nos dá uma visão analítica importante.<sup>19</sup> As “massas do patíbulo” uma vez se reuniram nas ruas para a “festa” do suplício dentro de uma arquitetura maneirista que girava cuidadosamente sobre dois espaços de interferência entre o “lugar do rei” e o “local público”. Constitutivamente sempre espaços duplos: o público estava lá para gozar a festa cujo corpo e a vida da vítima são, voltairianamente, a ocasião.

O olhar do público “testemunha” o poder do soberano de vingar os seus súditos de um “inimigo” (direito da espada, a espada da justiça). Como toda testemunha (*martyros*, in greco), o público do suplício está em uma condição ambígua: como o “mártir *da* fé” e o “mártir *pela* fé”. Legítima com a sua presença o poder de punir, mas é ao mesmo tempo o destinatário da advertência (*dissuasão*): a ambiguidade do código reproduz exatamente o código binário de toda violência e de toda guerra que divide o mundo em amigos e inimigos. Se são amigos do soberano porque inimigos da vítima que é inimiga do soberano; mas ao mesmo tempo podem ser inimigos do soberano porque, destinatários da mensagem, podem ser potencialmente vítimas da sua “vingança”. O jogo se inverte e pode ser representado como amigos da vítima e assim inimigos do soberano.

A inversão não exime o rei; ele não está imune, não é imune. Deve sempre usar a violência na presença de amigos contra os inimigos. Mas a violência que ele garante contra o inimigo a favor dos seus súditos, e como ameaça para com eles, pode inverter. A violência que usa pode ser

---

19. E. Canetti, *Massa e potere*, Adelphi. Milano 1981, p. 62.

usada contra ele. A melancolia do “drama barroco” da soberania é contada de maneira exemplar, tanto na “conspiração” palaciana quanto na esfera pública (“a melancolia mora em palácios!”, escreve Benjamin). Afinal, não foi, e não continua ainda hoje a ser este o destino de toda “decapitação do rei”?

Da revolução francesa, que não liberta o código “fraterno” do assassinato fundador e carrega a culpa no seu interior, às recentes decapitações dos modernos tiranos apresentadas ao vivo. O problema que se coloca é se o nascimento da democracia (direito fraterno) é capaz de libertar-se da violência e da culpa de um assassinato fundador. É questão, de fato, da democracia que, até agora, como vamos ver, sempre trouxe o paradoxo do *sacrifício* e que continua, em vários aspectos, a indagar hoje.

Assim, a hipocrisia da cena atravessa os olhos do espectador e coloca uma luz ambígua na “representação”. A questão é que o “corpo” do espectador poderá diluir-se, dissolver-se na sua compacidade, individualizar-se para depois reconstruir-se na massa invisível de quem, comodamente, sentado na sua poltrona, assiste a um espetáculo televisivo que reproduza uma sentença capital ou que se detém a olhar uma reportagem nos seus jornais.

O público da violência, exatamente como a massa do patíbulo, terá um olhar duplo: destinatário e autor, objeto e sujeito da violência. Assim produz medo e ameaça ao mesmo tempo. A direção da mensagem violenta pode ir do rei ao povo, bem como, invertendo a rota, do povo ao rei. Rua de mão única, do soberano ao seus súditos, enquanto houver continuidade entre o primeiro e os outros: os nomes usados pela ciência política são representação e legitimação. Mas logo que se quebra a linha da continuidade e o Iluminismo condensa a memória, a direção da violência muda de sentido. Tudo isto é ainda mais verdadeiro para este uso particular da violência que se exprime através do “dar a morte”. Tanatopolítica por excelência e sem rodeios; sempre e em toda parte os tanatopoderes, de toda ordem, estão expostos institucionalmente à sua própria morte.

A massa do patíbulo é reconstruída em milhares de formas, conservando um olhar ambíguo sobre a violência que se duplica entre o carrasco e a

vítima; ao mesmo tempo e com a mesma intensidade. “Festa” e “guerra” são o lugar da indiferenciação, onde a perda da diferença significa *confusão* entre os polos opostos.<sup>20</sup> Amigo e inimigo tornam-se cúmplices e rivais ao mesmo tempo; Descobrem-se equivalentes funcionais, exatamente como na descrição que Carl Schmitt faz da guerra civil.

### ***Nessuno arrota meglio di me!***

Olhares duplos, dizia-se, envolvem atores e espectadores; duplicam-se, invertem-se e alimentam-se uns aos outros. As figuras da representação articulam-se sobre o mesmo plano e com a mesma intensidade: carrasco e vítima, soberano e povo, ator e espectador oscilam vertiginosamente de um polo a outro, prontos a se inverterem.

É um dos “pensadores terríveis” que nos fala de uma das figuras exemplares da cena, na qual esplendores e misérias dos suplícios confundem-se e constituem *histórias universais da infâmia* (Jorge Luis Borges), os crimes e as penas, e nunca um sem o outro.

Mesmo depois de algumas décadas, o caso de Jean Calas continuava a suscitar debate. No *Primo Colloquio* de *Le serate di Pietroburgo* de Joseph de Maistre,<sup>21</sup> o Conde, um dos personagens, propõe como um dos temas do início do salão filosófico o século dezenove. O debate é, obviamente, sobre Voltaire e o seu ensaio sobre a intolerância, não sem algum tom de polêmica teórico política.

Tudo é naturalmente descolorido, e aquilo de que se fala é exatamente o erro judiciário: “Não há bom cavalo, dizia-se, que às vezes não tropece” e, em seguida, como hoje, a resposta soa mais ou menos assim “um cavalo sim, mas um estábulo inteiro! [...]”. Já havia começado para uma parte aquela prática “midiática” que expropriava corpos, inteiras dimensões da vida e da morte, transferindo tudo no jogo da “representação”.

---

20. R. Girard, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano 1980.

21. J. de Maistre, *Primo Colloquio* de *Le serate di Pietroburgo*, Rusconi, Milano 1971. p. 36.

Por isso, a morte de Jean Calas não foi a morte de Jean Calas: na melhor das hipóteses foi a “ocasião” para falar da intolerância, da justiça, da infâmia de todos os tipos. Não é menos para de Maistre que aos erros individuais contrapõem-se uma racionalidade mística que se realiza nas punições, inclusive na pena de morte. Alguma exceção existirá, mas “em geral [...] existe sobre a terra uma ordem universal e visível para a punição temporal dos delitos”, de modo que é a mão da Providência que condena um inocente. Se isso acontece é porque certamente será culpado de algum outro crime grave que não veio à tona.

No fundo, com argumentos muito mais refinados, Hegel, nos *Lineamenti di filosofia del diritto*<sup>22</sup>, tinha justificado a racionalidade interna da punição transferindo tudo da Providência para a universal “vontade de um ser racional”. Contra Beccaria, que menciona explicitamente, Hegel sustenta que a pena de morte é um “direito” do réu, que cai na “racionalidade em *si* e por *si*” do conceito de delito. Assim, a alegação de que não se pode, nem se deve, presumir que o indivíduo, com o contrato social, dá ao soberano o consentimento de ser morto, vem liquidada por Hegel com a ideia de que a pena é “honra” ao livre arbítrio do delinquente: “A aniquilação do crime é *taglione* [...] esta identidade [...] é *igualdade* que é *em si*”.<sup>23</sup>

Naturalmente, da racionalidade providencialista à hegeliana é um grande salto, mesmo que seja em ambos os casos colocar a pena de morte em “destinos” equivalentes. Assim, sem meias palavras, de Maistre fala do providencialismo que se manifesta no âmbito temporal: “Uma lei divina e visível [...] pune o crime [...] desde a origem das coisas”.<sup>24</sup> A “espada da justiça não tem bainha” e, pergunta, “a que são destinados os chicotes, os patíbulos, as rodas, as fogueiras” se não ao crime? Não se trata de coisas ocultas desde a criação do mundo nem de uma “mão invisível”, mas de

---

22. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. a cura di F. Messineo, Laterza, Roma-Bari 1974, p. 109.

23. Idem, § 101, p. 110.

24. J. de Maistre, *Primo Colloquio de Le serate di Pietroburgo*, cit., p. 35.

uma ordem divina e visível, uma “providência imanente” que preside a ordem das penas: “Deus, autor da soberania, e também do castigo; entre estes dois polos colocou nossa terra”.

O lugar da tanatopolítica? Em nenhuma outra parte, a não ser na ordem divina! E, como prova de que “deus está nos detalhes”, esta infalível mão divina arma não os grandes inquisidores à Dostoiévski, mas simplesmente o *carrasco*.

O pleno vínculo que de Maistre identifica como natureza originária está aqui a se coagular em uma “microfísica” entre *o carrasco e a sua vítima*. Na linguagem da teoria dos sistemas, diz-se *Entparadoxierung* para indicar o movimento comunicativo do paradoxo no lugar menos prejudicial, porém mais trágico, das relações de poder. A *grande Szene* do teatro condensa tudo lá, esquecendo prólogos, cenários, decorações, coagulando-se tudo nessas relações fatais. Na linguagem de Foucault, trata-se de técnicas de *partage* que identificam a decomposição microfísica, precisamente, das complexas relações “epistêmicas” do poder. Todo *instrumento* de castigo gira, para de Maistre, em torno desse “ser inexplicável [...] que de todos os ofícios [...] preferiu atormentar e matar os próprios semelhantes”,<sup>25</sup> apesar de ser essa preferência toda individual parte de um plano divino já escrito.

A terrível prerrogativa dos soberanos, eis a questão, exige “a necessária existência de um homem”, de carne e osso, destinado a acionar a espada da justiça. Este homem está em toda parte “sem que se possa de alguma forma explicar o motivo”; não existe razão capaz de explicar “a escolha de tal profissão”, a não ser a existência de algum projeto oculto. Não se trata, no entanto, de figuras iconográficas de carrascos encapuzados, subtraído ao duplo olhar da vítima e do espectador: ainda hoje, nas mais escondidas práticas de execuções, de tecnologias aparentemente discretas, o velho carrasco retorna. Em vez do cutelo aciona um botão.

A questão de de Maistre não é imotivada: mas o carrasco é um homem como qualquer outro, tem uma cabeça e um coração como nós? O coração

---

25. Idem, p. 33.

bate, sim, mas de alegria, quando se regozija com a sua arte: “Ninguém afia melhor que eu!”. A cena do suplício de Calas retorna em todos os seus detalhes. Trata-se de um homem de grande competência técnica, um “profissional”, diríamos hoje, talvez funcionário público, que vive como qualquer outra pessoa, “aceito por deus em seus templos”. Mata como um criminoso, mesmo que não seja publicamente; e ainda assim, continua de Maistre, toda a grandeza, todo o poder, toda a subordinação se baseiam no carrasco. Ele representa “o horror e o elo da associação humana”.

A imagem sombria do carrasco assume em de Maistre uma posição ambigualmente incerta entre a presença mística e a justificação racional; não é por acaso que Canetti o coloca entre os pensadores terríveis. Mas é seu caráter antropomórfico que deve mais uma vez despertar curiosidade: há em seu discurso uma consciência paradoxal, que ele tem “misticamente”, mas que lhe devolve à sua dureza total. É dentro da própria humanidade que encontramos o problema e a aparente solução, o crime da transgressão e o crime da punição, o remédio do mal como mal do remédio. Há uma evidência “ecológica” (não consigo encontrar melhor termo) mais substancial que encontrar, no mesmo lugar comum (humanidade), o jogo duplo da violência que, como vimos, se repete e se amplia nos olhares duplos.

Tudo isso, aliás, ajuda a compreender o caráter paradoxal da nossa linguagem pública: os *crimes contra a humanidade* só podem ser perpetrados dentro da própria humanidade, de modo que a humanidade se revele o lugar no qual se ameaça e se proteja de si mesmo. Válido para o *Menschenfeind* o mesmo paradoxo que de Kant a Freud se encontra no *Menschenfreund*: quem é o amigo (ou o inimigo) da humanidade quando a humanidade se revela dividida no seu interior em amigos e inimigos<sup>26</sup>? A consciência do caráter ecológico evita, pelo menos, a “retórica” que se esconde nas advertências da humanidade e nos leva a não afastar o problema; e não é pouca coisa encontrar o “senso e o lugar comum” onde a questão se coloca. Encontra-se assim diante de uma responsabilidade

---

26. E. Resta, *Il diritto fraterno*, cit., p. 24.

“comum”: o carrasco, nos diz de Maistre, não está fora da sociedade, talvez seja um dos símbolos da ambivalência que a constitui. Como de Maistre nos fala, ele une as dimensões ocultas, o *horror* e o *elo*.

## Um galo para Esculápio

Matar para evitar morrer: A justificação arrogante da tanatopolítica leva à realização mais trágica o jogo da relação entre direito e violência, que se apresenta sempre sob as vestes do “remédio do mal”. “Se você quer a paz, prepare-se para a guerra”, “usar a violência para evitar a violência”, têm sempre acompanhado a história do direito mesmo quando se omitiu todo o épico do moderno e todas as raízes possíveis.

Embora, não conscientemente, a história da punição mergulhou no mecanismo das oscilações que a sua ambivalência sempre projetou. Do discurso platônico sobre a lei, a violência e a escrita dividem a oscilação entre as dimensões “cúmplices e rivais”, assim o mal e o seu remédio refletem-se e imitam-se. A *violência* que diz curar é a mesma violência que adocece e a violência que afirma ser o remédio é o próprio mal. A *lei* que prescreve é a que proíbe e vice-versa, como a *escrita*, que é instrumento para recordar e é usada para esquecer. Veneno e antídoto compartilham a mesma natureza. O remédio do mal e o mal do remédio são polos de uma vertiginosa oscilação: a pena é o exemplo mais evidente. Toda a sua história é uma tentativa de aliviar e suportar este jogo de ambivalência: a sabedoria da “dose” que transforma veneno em antídoto é o grande desafio da diferença do direito.<sup>27</sup> A aposta, como na pena de morte, é que o antídoto seja simplesmente o veneno: não é por acaso que o termo platônico fosse *pharmakon*, o mesmo veneno que, na dose certa, se transforma em antídoto.

Há épocas em que, de forma mais visível, se sente uma excessiva cumplicidade da pena como remédio para a violência, e é nesses momentos

---

27. E. Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari 2007.

que se percebe mais claramente uma mudança de paradigma. A reflexão de Beccaria sobre a pena de morte é um exemplo lúcido de como se coloca o problema e se sugerem soluções “ecológicas”. O esplendor dos suplícios, com a sua economia política de corpos para “marcar” e mostrar, com o seu espetacular excesso de festa, com a intensidade e a brevidade do “tempo” de execução, revela, mais do que desumanidade, ineficiência: portanto, é “inútil”.

O “não é punir *menos* mas punir *melhor*” é também prescrição de novas doses de *pharmakon*; “a inútil prodigalidade de suplícios,” diz Beccaria, “[...] que jamais melhorou os homens”.<sup>28</sup> Eles nunca foram nem justos nem úteis, e os argumentos referem-se tanto à injustiça quanto à inutilidade. Não há, de fato, nenhum fundamento no direito de matar que alguns homens se atribuem em face dos outros. Não há qualquer racionalidade (contra Hegel, se poderia dizer) em um contrato social (*pactum subjectivum*) no qual se atribua aos outros o direito de privar-se da vida. A justiça de uma pena está portanto apenas no “grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime”; não há vantagem no crime que leve a um verdadeiro remédio, não a morte, mas a prisão, que tem uma economia do corpo e do tempo totalmente diferente.

O verdadeiro antídoto deve ser útil e necessário, e buscado alhures: não há remissão na morte. O remédio está na eficácia da privação da liberdade, na obediência dos corpos; prevenir o crescimento das paixões, diz, é dever de praças iluminadas, de códigos “che girino tra le mani di tutti”, de persuasão e de exemplaridade pública. Pode-se até falar de “esfera público comunicativa” em relação a tudo, menos, porém, quanto à pena de morte. As leis e as penas devem assim reajustar as doses do fármaco com uma sabedoria, especificamente, farmacológica que seja capaz de encontrar eficácia e utilidade. Por isso, a pena de morte é só veneno sem antídoto. Vale o argumento utilitarístico quanto a isto, se não mais, o da justificação da justiça racional: *pharmakon*, de verdade. Leis que punem o homicídio autorizam por outro lado. A ilusão subjacente à “morte legal” está em um

---

28. Idem, p. 62.

único mecanismo paranoico “que, para afastar as pessoas do assassinato” ordena e comete outro.<sup>29</sup>

Como é sabido, este é o velho sentimento de inveja (doença do olhar), pelo qual, se praticado pelo rival é ruim, e se praticado por nós é bom. O vínculo, que tanto Beccaria quanto Nietzsche identificam entre a pena, a festa e a guerra, converge neste sentido.

A este se refere um outro que nos remete à antropomorfia do carrasco e da sua vítima. Muda de gênero e de acentuação e torna-se *pharmakòs*: com o mesmo mecanismo de ambivalência que designa, ao mesmo tempo e com a mesma proporção de veneno e antídoto, dois elementos “cúmplices e rivais”. Ele designa tanto o carrasco quanto a sua vítima.

Talvez uma onomatopeia que lembra o sussurrar do galho com o qual ritualmente se golpeava meninos e meninas, alimentados, educados, cuidados para serem sacrificados, o *pharmakòs*, o coração do jogo da ambivalência. Na Atenas do século V, esta ainda era a prática para afastar males e desordens da cidade. Eram vítimas predestinadas ao sacrifício, que, nessa qualidade, pela sua própria presença, condenavam a cidade. Não se trata da exoneração *da e a partir da* violência que, ao contrário, encontramos nas XII Tábuas (o *sacer esto*), mas da mais completa incorporação da vítima na figura do carrasco e do carrasco na figura da vítima. É o que sugere Platão quando fala de Sócrates (*Fedone*, 118a), condenado à morte pela cidade, que, encaminhando-se para o local onde tomará o *pharmakon*, lembra a Críton que “devemos um galo a Esculápio”.

A morte do corpo prescrita pela cidade é aquela que “salva”; a salvação pela morte é aquela que transforma a vítima em justiceira dos males da cidade. Morre o corpo, mas a alma sobrevive; sofrer injustiça é o que permite a possibilidade da justiça. Sofrer um mal ao invés de cometê-lo, indica que a vida boa é possível contra os males da cidade; não fugir ou pedir a compaixão dos juízes, não negociar ou recorrer à sofística significa ir ao encontro da morte. Mas somente a injustiça sofrida pode transformar-se em justiça.

---

29. M. Flores, *Storia dei diritti umani*, il Mulino, Bologna 2008, p. 52.

“Juízes, não homens!” é o pedido de Sócrates (*Apologia di Socrate*, 23-24). Comover os juízes a aceitar a verdade da acusação feita contra ele. Assim precisa aceitar inclusive ser vítima, porque somente assim se pode julgar a cidade; somente a morte pode salvar a vida da comunidade.

O primeiro grande processo “midiático” que nos fala de uma pena de morte é aquele que Atenas move contra Sócrates: conclui-se com uma pena capital cuja morte do corpo se transforma na salvação da alma, a injustiça sofrida na justiça da cidade, o carrasco se torna vítima e a vítima carrasco, de fato *pharmakòs*.

Só se escapa da ambivalência “enganando” a violência; muitas vezes tive de repetir, mas se trata de um jogo sério enganar a violência. Quem não levar a sério o engano, verá retornar a violência. O direito que proíbe a morte concentra ainda o difícil desafio de enganar a sua própria violência.

Por isso, não devemos nos maravilhar com a violência.

## O Ministério Público Federal do Pará e o combate ao crime de redução a condição análoga à de escravo

Valena Jacob Chaves<sup>1</sup>

Cássius Guimarães Chai<sup>2</sup>

### Considerações iniciais

Apesar de o Ministério Público Federal - MPF, mesmo antes da definição da competência federal para o processamento e julgamento do crime de redução a condição análoga à de escravo, combater a prática desse delito por meio do ajuizamento de ações penais, havia notícias que grande parte das decisões do judiciário federal adotava teses que favoreciam a manutenção dessa prática criminosa por fazendeiros.

- 
1. Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da UFPA; Mestre e Doutora em Direito pela UFPA. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA. e-mail: valena\_jacob@yahoo.com.br. Diretora da Revista Científica da ABRAT e Diretora da JUTRA.
  2. Professor da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito e Sistema de Justiça – Universidade Federal do Maranhão. Mestre e Doutor em Direito Constitucional com estudos pós-doutorais na Central European University (Hungria), European University Institute (Itália), The Hague Academy of International Law (Holanda), Universidad de Salamanca (Espanha). Professor Visitante na Jiaotong Shanghai University School of Law, da The Northwest University of Xian, e da Chinese Academy of Social Sciences – Law Institute. Professor de Hermeneutica Jurídica, Teoria do Direito e Filosofia Política na Normal University of Shanghai (2016/2019). Professor Visitante Central European University e Universidad Colombia del Paraguay. Membro da European Society of International Law, International Association of Constitutional Law e da International Association of Prosecutors. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. Professor da Escola do Ministério Público do Estado do Maranhão e da Escola Nacional do Ministério Público. Editor-Chefe da Revista da Escola Nacional do Ministério Público. chai@ufma.br

Conforme entrevista<sup>3</sup> realizada pela Rádio Nacional AM de Brasília, no programa Revista Brasil, o então procurador geral do Trabalho, Luís Antônio Camargo, afirmou que cerca de 40 mil trabalhadores haviam sido libertados aos longos dos últimos anos de situações análogas à escravidão, entretanto, ainda existia uma grande dificuldade na punição desse crime, *in verbis*:

Não conseguimos eliminar esta situação. Nós reprimimos, nós avançamos, mas ainda temos dificuldade. Especialmente na esfera criminal, não temos o mesmo sucesso que na esfera cível trabalhista. Então, fica parecendo que há uma impunidade. Se você aliar essa lucratividade e [o fato de] os criminosos ficarem impunes, parece que é interessante praticar esse crime.

Nesse sentido, objetivando investigar essa realidade iremos averiguar neste trabalho como tem sido a atuação do Órgão Ministerial no combate ao crime de redução a condição análoga à de escravo, por meio da utilização do método de análise quanti-qualitativo, empregando as técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais e a realização de entrevistas semi-estruturadas com os membros<sup>4</sup> do Ministério Público Federal paraense, nas quais se objetivou identificar a atuação institucional do órgão no combate ao referido crime; o posicionamento de seus membros sobre os fundamentos jurídicos por eles utilizados na sustentação das denúncias e apelações.

Além disso, iremos analisar as informações obtidas em pesquisa de campo realizada em tese de doutorado com todos os processos envolvendo o crime tipificado no art. 149 do CPB, ajuizados ou acompanhados pelo *Parquet* federal na Seção Judiciária Federal paraense, até o término

---

3. Entrevista realizada em 28/01/2013, disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-01-28/lucro-e-impunidade-impulsionam-trabalho-escravo-no-pais-diz-procurador>. Acesso em 26/07/2015.

4. Foram entrevistados a Procuradora da República Maria Clara Noletto, coordenadora do Grupo de Trabalho sobre Escravidão Contemporânea do MPF, no dia 14/04/2014, 1 CD *player* (45 min) e o Procurador da República Ubiratan Cazetta no dia 15/04/2014, 1 CD *player* (50 min).

do ano de 2013, objetivando investigar quais os principais óbices existentes na persecução penal que vêm dificultando o efetivo combate ao crime e consequentemente, a punição dos escravocratas contemporâneos.

## **A missão institucional do Ministério Público Federal no combate ao crime de redução a condição análoga à de escravo no Brasil**

Com a definição da competência federal no processamento e julgamento dos crimes de redução a condição análoga à de escravo pelo STF<sup>5</sup>, em 30 de novembro de 2006, por meio do julgamento do recurso extraordinário nº 398041-6<sup>6</sup>, restou pacificado que o MPF é o órgão responsável pelo oferecimento das denúncias e acompanhamento dos processos, quando configurado o crime do art. 149, perante a Justiça Federal.

É válido ressaltar que o recurso extraordinário nº 398041-6 foi oriundo da ação penal nº 90.00.02136-7<sup>7</sup>, ajuizada no ano de 1992, pelo MPF paraense, o qual postulava a condenação do réu pela prática do crime de redução a condição análoga à de escravo, sustentando a tese da competência federal para o processamento e julgamento deste delito. Isso demonstra que o Ministério Público Federal Paraense, desde a década de 1990, vem defendendo a tese da competência federal, o que é constatado pela análise dos processos pesquisados, nos quais, em que pese existirem inúmeras

- 
5. O Recurso Extraordinário nº 398041/PA foi interposto pela Procuradoria Regional da República contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que se havia decidido pela competência da Justiça Estadual. O STF por maioria dos votos entendeu que o trabalho análogo ao de escravo apesar de classificado como crime contra a liberdade individual, pelo fato de violar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, passa a ser tratado pela Suprema Corte como crime contra a coletividade dos trabalhadores, e portanto, crime contra a organização do trabalho, de competência do judiciário federal, nos termos do artigo 109, VI da CF.
  6. BRASIL. STF. Acórdão no RE nº 398041/PA. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJe nº 241 de 19 de dezembro de 2008.
  7. BRASIL. TFR 1ª Região. Seção Judiciária Pará/ Marabá. Sentença Criminal nº 90.00.02136-7. Juiz: Ricardo Beckerath da Silva Leitão. Publicado no e-DJF1 de 26 de junho de 1998.

decisões declinatórias de competência ainda em 1ª instância, o Parquet Federal, insistentemente, impetrava recurso em sentido estrito para o TRF-1, contestando a competência estadual e jamais deixou de ajuizar novas denúncias criminais<sup>8</sup>.

Atualmente, segundo informação obtida pela Nota Técnica n. 03/2013 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal<sup>9</sup>, de 21 de janeiro de 2014, nos anos de 2010 a 2013, o *parquet* ajuizou 469 (quatrocentos e sessenta e nove) ações penais envolvendo o crime de redução a condição análoga à de escravo em todo território nacional, confirmando, assim, a missão assumida pela Instituição de combater a incidência deste crime no Brasil. No âmbito do Ministério Público Federal, a 2ª Câmara, ou Câmara Criminal<sup>10</sup>, como é comumente denominada, é o órgão responsável por coordenar a atuação do *Parquet* no combate ao trabalho escravo e punir todos os crimes que conduzem a qualquer prática de escravidão contemporânea.

No ano de 2012, objetivando o efetivo combate do crime de redução a condição análoga à de escravo, a referida Câmara criou o Grupo de Trabalho – GT sobre Escravidão Contemporânea, por meio da Portaria nº 56, de 06 de novembro de 2012<sup>11</sup>, com o objetivo de assessorá-la na definição da política criminal de combate ao referido crime.

---

8. CAZETTA, Ubiratan. Entrevista livre concedida à autora, no dia 15/04/2014, 1 CD *player* (50 min).

9. BRASIL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Nota Técnica nº 03 (atualizada) de 21 de janeiro de 2014 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/imagens/nota\\_tecnica\\_03\\_2013.pdf](http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/imagens/nota_tecnica_03_2013.pdf). Acesso em: 20/02/2015.

10. A competência da Câmara Criminal está prevista nos artigos 58 a 62 da Lei Complementar nº 75/1993; art. 6º do Regimento Interno do MPF e nas Resoluções nº 6/1993 e 40/1998, do Conselho Superior do MPF.

11. BRASIL. Ministério Público Federal. *Portaria 2ª Câmara nº 56*, de 06 de novembro de 2012. Cria o Grupo de Trabalho sobre Escravidão Contemporânea na 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e nomeia os seus integrantes. Disponível em: [http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidao-contemporanea/composicao-atual/Portaria\\_56\\_GT%20Escravidao%20Contemporanea.pdf](http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidao-contemporanea/composicao-atual/Portaria_56_GT%20Escravidao%20Contemporanea.pdf). Acesso em: 16/03/2015.

O grupo é composto por Procuradores da República de diversos estados da Federação e possui como objetivo principal aperfeiçoar a persecução penal do crime tipificado no artigo 149 do Código Penal, por meio do estabelecimento de políticas de atuação, da melhora da estrutura e eficiência dos órgãos responsáveis, bem como do aperfeiçoamento da comunicação e do relacionamento com a sociedade.

Dentre as principais atividades realizadas pelo Grupo de Trabalho - GT, destaca-se a realização do I ENCONTRO TEMÁTICO SOBRE ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA, seminário de alcance nacional ocorrido no mês de outubro de 2013, em Brasília, com a participação de membros do Ministério Público Federal, Poder Judiciário e Executivo.

No Seminário, foram apresentados os trabalhos desenvolvidos pelo GT desde a sua criação; dados estatísticos a respeito do tema; palestra com as discussões mais atuais sobre o trabalho escravo; debates com trocas de experiências visando tornar mais efetiva a persecução penal do crime, bem como o lançamento do novo manual de atuação na repressão ao trabalho escravo para os membros do Ministério Público Federal<sup>12</sup>.

Além disso, foi deliberado durante o Encontro Nacional, a necessidade dos membros do MPF acompanharem as fiscalizações dos Grupos Móveis de Fiscalização do MTE, face ao primordial auxílio na identificação das provas no local do crime, visando à melhor instrução dos Relatórios de fiscalização e das futuras ações penais. Isso porque, um relatório de fiscalização bem instruído é primordial para a instrução probatória, em face da dificuldade de interpretação dos conceitos considerados “abertos” no artigo 149 do Código Penal pelo judiciário federal.

Dessa feita, o Grupo de Trabalho apresentou a referida proposta à Câmara Criminal por meio da criação de um grupo nacional composto

---

12. Esse manual visa fornecer subsídios teóricos para formulação da política criminal sobre o trabalho escravo e auxiliar os membros do MPF no combate ao referido crime. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidao-contemporanea/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/notas-tecnicas-planos-e-oficinas>. Acesso em: 10/05/2015.

por 35 Procuradores da República e, elaborou o edital de convocação dos membros interessados<sup>13</sup>. A partir de então, os Procuradores da República, de forma revezada, começaram a participar de algumas fiscalizações dos grupos móveis de forma integrada com o Ministério do Trabalho e Emprego que remete previamente ao grupo, as datas e locais das fiscalizações agendadas.<sup>14</sup>

Ainda com a finalidade de orientar e sensibilizar os membros do Ministério Público Federal sobre o tema, o Grupo de Trabalho solicitou um espaço na página da internet da 2ª Câmara Criminal para disponibilizar informações, peças processuais (especialmente denúncias), ofícios e documentos diversos envolvendo o crime de redução a condição análoga à de escravo e correlatos<sup>15</sup>, bem como, elaborou e disponibilizou um questionário<sup>16</sup> para os membros com atuação criminal, visando obter um diagnóstico a respeito da posição individual deles a respeito da atuação institucional ante a fatos relacionados ao crime do art. 149 e correlatos do Código Penal.

Isso porque, baseado na análise dos recursos de apelação que tramitaram ou que estão em trâmite no TRF-1, os Procuradores Regionais da República, que atuam perante o referido Tribunal, vêm proferindo pareceres

---

13. O edital n. 01/2014 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão está disponível no site: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidaoo-contemporanea/grupos-de-fiscalizacao-movel/EDITAL%20PARTICIPACAO%20GRUPO%20FISCALIZACAO%20MOVEL%202014.pdf/view?searchterm=participa%C3%A7%C3%A3o+no+Grupo+de+Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o+M%C3%B3vel+%E2%80%93+2014%E2%80%9D>. Acesso em: 25/04/2015.

14. É válido ressaltar que em decorrência da crise econômica do país, com o corte orçamentário implementado no final do ano de 2015 pelo Governo Federal, a Procuradoria da República diminuiu em muito sua participação nas fiscalizações, em razão da não liberação de diárias e passagens para os referidos membros acompanharem as fiscalizações. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/governo-oficializa-corte-de-26-bilhoes-no-orcamento-de-2016-17963013>.

15. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidaoo-contemporanea>. Acesso em: 20/04/2015.

16. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidaoo-contemporanea/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/notas-tecnicas-planos-e-oficinas>. Acesso em: 22/04/2015.

contrários<sup>17</sup> ao provimento de várias apelações interpostas pelos procuradores da república nos processos oriundos da Seção Judiciária Paraense, bem como não estão interpondo recursos especiais contra as decisões absolutórias do TRF-1<sup>18</sup>, fazendo-nos assim questionar a missão institucional do Ministério Público Federal no combate ao crime de redução a condição análoga à de escravo.<sup>19</sup>

Segundo Cazetta,<sup>20</sup> em que pese o Ministério Público Federal, enquanto instituição possua como bandeira, em nível nacional, o combate ao crime de redução a condição análoga à de escravo, existem problemas de

---

17. Conforme constatado nos seguintes acórdãos: apelação nº 2008.39.01.000082-0 (BRASIL. TRF da 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20083901000082-0. Relator: Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. Publicado no e-DJF1, de 28 de novembro de 2011); apelação nº 2008.39.01.000450-2 (BRASIL. TRF da 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20083901000450-2. Relator: Fernando Castro Tourinho Neto. Publicado no e-DJF1 de 29 de novembro de 2010); apelação nº 2007.39.01.001175-8 (BRASIL. TRF da 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20073901001175-8. Relator: Fernando Castro Tourinho Neto. Publicado no e-DJF1 de 07 de dezembro de 2012); apelação nº 2004.39.00.01.0340-5 (BRASIL. TFR 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20043900010340-5. Relator: Hilton Queiroz. Publicado no e-DJF1 de 16 de setembro de 2011), apelação nº 2007.39.01.000642-7 (BRASIL. TFR 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20073901000642-7. Relator: Cândido Ribeiro. Publicado no e-DJF1 de 26/07/2013), apelação nº 2007.39.01.001164-1 (BRASIL. TFR 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20073901001164-1. Relator: Fernando Castro Tourinho Neto. Publicado no e-DJF1 de 17 de fevereiro de 2012); apelação nº 2008.39.01.000185-3 (BRASIL. TFR 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20083901000185-3. Relator: Mário César Ribeiro. Publicado no e-DJF1 de 23 de janeiro de 2012) e a apelação nº 2008.39.01.000432-4 (BRASIL. TFR 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 20083901000432-4. Relator: Mário César Ribeiro. Publicado no e-DJF1 de 03 de abril de 2012).

18. Conforme pesquisa realizada em tese de doutorado, dos 17 acórdãos com decisões absolutórias, constatou-se a interposição de apenas 2 (dois) recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça pelos Procuradores Regionais da República, referente às apelações nº 2004.39.01.000352-3 e n. 2007.39.01.000561-7.

19. Ressalta-se que muito embora os recursos especiais interpostos pelo MPF nas Apelações n. 2004.39.01.000352-3 (BRASIL. TFR 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 2004.39.01.000352-3. Relator: Hilton Queiroz. Publicado no e-DJF-1 de 06 de maio de 2011) e n. 2007.39.01.000561-7 (BRASIL. TFR 1ª Região. *Acórdão na Apelação* nº 2007.39.01.000561-7. Relator: Hilton Queiroz. Publicado no e-DJF-1 de 11 de janeiro de 2013) não terem sido conhecidos pela presidência do TRF sob a invocação da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”; o MPF interpôs agravo de decisão denegatória de recurso especial ao STJ, que ainda estão pendentes de julgamentos.

20. Cf. CAZETTA, 2014, nota 7.

convencimento de alguns membros do *parquet* no tocante aos elementos caracterizadores do referido crime, que se utilizam do argumento da independência e autonomia funcional para emitirem pareceres contrários nas apelações interpostas dos casos constatados no Pará. Para o Procurador:

[...] esse problema de convencimento de alguns membros do Ministério Público Federal perpassa por uma dificuldade cultural de se enxergar o trabalho escravo, que vai além do aspecto processual. É raro a pessoa assumir isso dizendo que o trabalho escravo não existe, mas ele acredita que ele de fato não existe, e usa questões formais do tipo, faltou provar tal coisa, para não assumir o seu discurso. A luta cultural é mais difícil no processo.

No que diz respeito à diminuta quantidade de recursos especiais interpostos pelos Procuradores Regionais da República contra as decisões absolutórias proferidas pelo TRF-1, Cazetta<sup>21</sup> assevera que um dos argumentos muito utilizados por seus colegas são as limitações impostas pelos recursos extraordinários que, por sua vez, não admitem discussão de matéria fática.

No entendimento do Procurador da República<sup>22</sup>, a grande maioria das decisões absolutórias do TRF-1 não nega a existência do fato, ou seja, que determinados trabalhadores estivessem sido submetidos às condições de trabalhos descritas nas denúncias, e sim afirmam que essas condições de trabalho descritas nas peças acusatórias e comprovadas na instrução probatória, apesar de não serem adequadas, não configuram o tipo penal descrito no artigo 149 do CPB.

Dessa feita, para Cazetta<sup>23</sup> o recurso especial seria plenamente viável na maioria das decisões absolutórias proferidas pelo TRF-1, oriundas da Seção Judiciária Paraense, tendo em vista que o STJ não teria que revolver

---

21. Cf. CAZETTA, 2014, nota 7.

22. *Idem*.

23. *Idem*.

as provas, ou fazer novas provas, mas, tão somente, analisar as já assumidas desde a 1ª instância e valorá-las.

Diante dessa realidade, Noleto<sup>24</sup> afirma que o Grupo de Trabalho requereu à Corregedoria do Ministério Público Federal, por meio da 2ª Câmara Criminal, a aferição dos trabalhos realizados pelos integrantes da carreira que tenham por objeto o delito do artigo 149 do Código Penal e crimes correlatos, bem como elaborou uma proposta de Resolução ao Conselho Superior do Ministério Público Federal, solicitando a criação de prioridade nos procedimentos investigatórios e nos processos cíveis e criminais, a ser observada por todos os membros do MPF, em todas as instâncias.

Ainda segundo Noleto<sup>25</sup>, o Grupo de Trabalho do MPF verificou a existência de grande discrepância entre o número de trabalhadores resgatados e a quantidade de ações penais ajuizadas, e um dos motivos apontados pelo GT foi a falta de articulação entre os órgãos governamentais, aliada a ausência de melhor infraestrutura, uma vez que não existe prioridade orçamentária para o combate do trabalho escravo, o que acaba refletindo na eficiência das persecuções penais.

Assim, visando buscar uma aproximação com os demais agentes envolvidos na persecução penal do crime de redução a condição análoga à de escravo, o GT vêm realizando diversas reuniões estratégicas com os representantes do Departamento de Polícia Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego, objetivando a promoção de ações conjuntas.

Além disso, para minimizar a problemática da coleta de provas, o GT, por meio da 2ª Câmara Criminal, elaborou um roteiro de atuação contra a escravidão contemporânea<sup>26</sup> para ser utilizado como um guia pelas equipes de fiscalização dos grupos móveis do Ministério do Trabalho e Emprego,

---

24. Cf. NOLETO, 2014, nota 3.

25. Idem.

26. Ministério Público Federal – 2ª Câmara de Coordenação E Revisão. *Roteiro de atuação contra a escravidão contemporânea*. Brasília: MPF / 2ª CCR, 2012.

contendo o entendimento doutrinário da caracterização atual do crime, bem como modelos de entrevistas com trabalhadores, intermediadores e instrução para feitura do auto de constatação e registro fotográfico.

Ademais, ainda se prontificou a orientar os auditores fiscais do trabalho, arrolados como testemunhas nas audiências penais, de modo a auxiliar a demonstração da materialidade e autoria do crime, visando impedir a efetividade dos artifícios usados pelos advogados de defesa nos processos criminais. Por fim, o Procurador-Geral da República, mediante proposição do GT, requereu ao Conselho Nacional de Justiça<sup>27</sup>, a criação de meta para o julgamento prioritário dos processos que envolvam o crime de redução a condição análoga à de escravo e crimes conexos, ajuizados entre janeiro de 2010 e dezembro de 2013.

O CNJ<sup>28</sup>, em resposta ao pedido feito pelo procurador-geral da República, aprovou no VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário como meta específica para o judiciário federal alcançar no ano de 2015, a identificação e julgamento de pelo menos 70% das ações penais e recursos relacionados ao crime de redução à condição análoga à de escravo, distribuídas até 31/12/2013.<sup>29</sup>

O Grupo de Trabalho do MPF, também foi responsável pela elaboração da minuta do Protocolo de ação conjunta celebrado pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego e Departamento de Polícia Federal, visando cumprir as 9 (nove) recomendações

---

27. Por meio do Ofício GAB/PGR/Nº 100/2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28597-cnj-avalia-politica-para-agilizar-julgamento-de-aco-es-sobre-trabalho-escravo>. Acesso em: 26/05/2015.

28. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2015>. Acesso em: 28/02/2015.

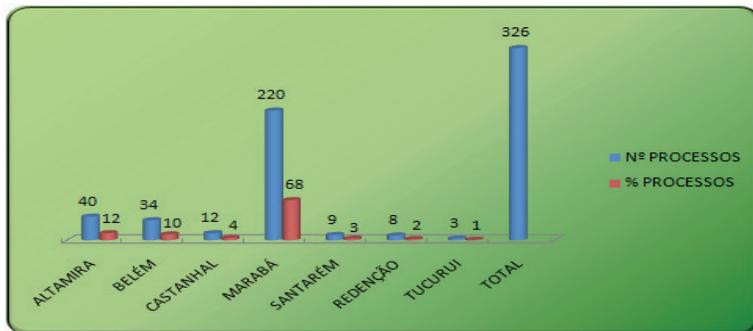
29. É válido mencionar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou, em dezembro do ano passado, por meio da Resolução n. 212/2015, o Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas Relacionadas à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (Fontet), com o objetivo de aperfeiçoar as estratégias de enfrentamento aos dois crimes no Poder Judiciário. (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82193-cnj-servico-conheca-as-punicoes-para-o-trabalho-escravo>).

impostas à União, no parágrafo 265 do Relatório de Mérito nº 169/11, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no “Caso Fazenda Brasil Verde”, aprovado pela comissão em 3 de novembro de 2011.<sup>30</sup>

## A atuação do Ministério Público Federal paraense nos ajuizamentos e tramitações das ações penais no judiciário federal

No que diz respeito à análise dos processos pesquisados em tese de doutorado defendido por esta autora<sup>31</sup>, constatou-se que, até o final do ano de 2013, o Ministério Público Federal Paraense ajuizou 326 (trezentas e vinte e seis) ações penais envolvendo o crime de redução a condição análoga à de escravo, distribuídas nas subseções judiciárias de Altamira, Belém, Castanhal, Santarém, Redenção e Tucuruí, conforme gráfico abaixo:

**GRÁFICO 1 – Número e Percentual de Ações Penais ajuizadas por Subseção Judiciária Paraense.**



Fonte: Ministério Público Federal/Pará, 2014.

30. Cf nota 24.

31. MESQUITA, Valena Jacob Chaves. A sujeição do trabalhador a condição análoga à de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, dez/2014.

Desses processos, até a última atualização feita em dezembro de 2014, já haviam sido sentenciados em 1ª instância, 133 (cento e trinta e dois) processos, encontrando-se ainda em tramitação 193 (cento e noventa e três) denúncias criminais.

Dos processos já sentenciados, 114 (cento e quatorze) tiveram sentenças julgando o mérito da causa, sendo 52 (cinquenta e duas) condenatórias, 54 (cinquenta e quatro) absolutórias e 8 (oito) mistas<sup>32</sup> (condenatória e absolutória), conforme demonstrado no gráfico abaixo, em termos e percentuais:

Por sua vez, 19 (dezenove) processos foram extintos sem resolução de mérito, sendo 8 (oito) em razão da morte do acusado, 6 (seis) pela prescrição da pretensão punitiva e 5 (cinco) por litispendência.

Das sentenças absolutórias, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação perante o TRF da 1ª região em 36 processos, sendo que um dos principais argumentos que vêm sendo utilizado pelo judiciário federal local para justificar essas absolvições é a ausência de provas suficientes à condenação, sob o fundamento do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.<sup>33</sup>

Isso se deve ao fato de que uma das grandes dificuldades encontradas na instrução processual que vêm possibilitando a absolvição dos acusados, ainda em primeira instância de julgamento, diz respeito à necessidade de se ratificar a prova colhida pelo grupo móvel de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego em juízo, tendo em vista que, no processo penal, por melhor que seja a prova coletada na fase investigativa, a mesma terá que ser ratificada em juízo, à luz do que dispõe o artigo 155 do CPP.

---

32. Utilizamos a expressão sentença mista para fazer referência à decisão que possui mais de um réu e que por sua vez, condena um (uns) réu (s) e absolve outro (s). A título de exemplo, citamos o Processo criminal nº 2007.39.01.000625-2, cuja sentença meritória condenou a ré Joyce Anne Ramalho, pela prática do crime de redução a condição análoga de escravo e absolveu o co-réu Reinaldo Paulo Pereira Júnior pelo mesmo crime. (BRASIL. TFR 1ª Região. Seção Judiciária Pará/ Marabá. *Sentença Criminal* nº 2007.39.01.000625-2. Juiz: Ricardo Beckerath da Silva Leitão. Publicado no e-DJF1: 09 de março de 2009).

33. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Publicado: D.O.U. de 13/10/1941 e retificado em 24/10/1941.

Na grande maioria dos casos, entretanto, a sazonalidade é característica das principais atividades onde a mão de obra escrava é utilizada, sendo frequente a migração desses trabalhadores que, por sua vez, não possuem endereços fixos. Assim, no momento seguinte em que aquela realidade fática se desfaz, com o término da fiscalização e com a “libertação” dos trabalhadores, os mesmos se separam e, com eles, a prova se esvai, inviabilizando, assim, a repetição dos depoimentos dos ofendidos e testemunhas em juízo, em grande parte das ações penais.

É o que se observa com frequência na tramitação dos processos pesquisados, onde diversos são os despachos solicitando ao Ministério Público Federal o fornecimento de novo endereço das vítimas e testemunhas arroladas, em face da dificuldade de sua localização. Diante desta impossibilidade, o parquet, sem outra alternativa, em vários processos acaba por desistir da produção desta prova testemunhal em juízo.

A título de exemplo, citamos o processo nº 2007.39.04.000868-0<sup>34</sup>, de grande repercussão na mídia nacional, cujos denunciados são os proprietários da fazenda PAGRISA. Nele, constatou-se que, das 1064 vítimas (trabalhadores libertos pela fiscalização do Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho – GEFM), somente foi localizado e ouvido em juízo uma vítima, o trabalhador Cristiano Costa Martins, tendo o Ministério Público solicitado a desistência em relação às demais, em face da dificuldade de localização.

Assim, em que pese os Relatórios de Fiscalizações estarem bem embasados e munidos de fotografias, depoimentos dos trabalhadores em áudio e até em vídeo, a ausência da sua ratificação em juízo vêm possibilitando a absolvição dos acusados, sob o argumento de respeito aos princípios do contraditório e da presunção de inocência, conforme

---

34. BRASIL. TFR 1ª Região. Seção Judiciária Pará/ Marabá. Ação Penal nº 2007.39.04.000868-0. Partes: Ministério Público Federal x Murilo Villela Zancaner, Marcos Villela Zancaner e Fernao Villela Zancaner. Data da Instauração: 25/09/2007. Disponível em: [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200739040008680&secao=CAH&pg=1&trf1\\_captcha\\_id=128bdd2b3807f6fdd7da81fa3f9291db&trf1\\_captcha=v3t2&enviar=Pesquisar](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200739040008680&secao=CAH&pg=1&trf1_captcha_id=128bdd2b3807f6fdd7da81fa3f9291db&trf1_captcha=v3t2&enviar=Pesquisar) Acesso em: 18/04/2015.

se observa no trecho da sentença de 1º grau referente ao processo nº 2007.39.04.001121-1<sup>35</sup>, *in verbis*:

Ante a fatal inovação que ocorreria na situação fática encontrada por ocasião do flagrante, e sabendo-se que, em razão da migração de mão de obra que marca a atividade, seria naturalmente difícil repetir em Juízo os depoimentos dos supostos ofendidos, tal providência era de fundamental importância para a formação do convencimento do magistrado, que, como visto, haverá de ser baseado na livre apreciação da prova, produzida sob contraditório judicial. Ao negligenciar a esse respeito, a acusação acabou por inviabilizar um juízo mais preciso sobre a qualidade da água consumida pelos obreiros, assim como sobre as condições de trabalho, de habitação, de salubridade e de segurança então praticadas.

Desta feita, é frequente encontrarmos nessas decisões absolutórias, argumentos de que a condenação do réu importaria em ofensa ao princípio da presunção de inocência que, por sua vez, além de objetivar garantir à acusação e não a defesa, o ônus da prova, determina prevalecer o entendimento do estado de inocência do réu, em caso de dúvidas<sup>36</sup>.

Diante dessa dificuldade, constatou-se que muitos Procuradores da República estão requerendo a produção antecipada de provas em juízo, entretanto, o judiciário, na maioria das vezes, não as vêm acolhendo por não entenderem que a questão do deslocamento e a falta de residência fixa das testemunhas e vítimas sejam fatores de perecimento da prova judicial.

Isso porque para o processo penal, a antecipação de provas não é obrigatória e deve ser exceção e jamais automática, sendo apenas permitida nos casos considerados urgentes, ou seja, naqueles em que há o risco das

---

35. BRASIL. TFR 1ª Região. Seção Judiciária Pará/ Castanhal. *Sentença Criminal* nº. 2007.39.04.001121-1. Juiz: Omar Bellotti Ferreira. Publicado no e-DJF1 de 13 de março de 2014.

36. NUCCI. Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

provas não serem produzidas mais tarde no processo, conforme dispõe o artigo 225 do CPP.

Além disso, aduz Cazetta<sup>37</sup> que o problema da produção antecipada de provas nos casos envolvendo o trabalho análogo ao de escravo é que a mesma somente seria inquestionável judicialmente se, no momento da sua produção, ainda por ocasião do flagrante, fosse garantida a presença de defensores públicos ou dativos para os supostos acusados.

Desta feita, seria então necessário levar junto com o grupo móvel de fiscalização, um conjunto de defensores públicos ou dativos para possibilitar o contraditório dos possíveis acusados na coleta antecipada das provas. E, mesmo assim, não se estaria isento de questionamento judicial, visto que, no processo penal, a atuação do defensor público somente se dá na impossibilidade do acusado constituir advogado particular, sob pena de ser declarada a nulidade do ato processual, em razão do disposto no artigo 263 do CPP.<sup>38</sup>

As jurisprudências tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal também são pacíficas nesse sentido, importando inclusive em nulidade processual em face da ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.<sup>39</sup>

Sobre a matéria, Noletto<sup>40</sup> argumenta que a antecipação de provas no sistema processual penal brasileiro é muito rara de ser aplicada, mesmo em outras situações, uma vez que o início da prova contraditória somente se dá após o recebimento da denúncia pelo juízo e, geralmente, o judiciário somente as concede nas hipóteses em que a testemunha está em vias de morrer ou quando o testemunho é precível. Nos casos envolvendo o

---

37. Cf. CAZETTA, 2014, nota 7.

38. NUCCI. Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 9a ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

39. Nesse sentido ver: BRASIL. STJ. Acórdão no Habeas Corpus nº 278.193/SC. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicado no DJe de 27/02/2014 e BRASIL. STF. *Acórdão no Habeas Corpus* nº 92091/SP. Relator: Ministro Celso de Melo. Publicado no DJe nº 169 de 28.08.2012.

40. Cf. NOLETO, 2014, nota 3.

crime de redução a condição análoga à de escravo, no entanto, a prova é produzida na fase pré-processual por meio do Relatório do Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho, que se desfaz logo após o término da fiscalização pelo auditores fiscais do trabalho, não sendo possível revalidá-las sob o crivo do contraditório na fase processual.

Diante desse cenário, o MPF vem defendendo, em seus recursos, a tese de que, em decorrência da impossibilidade de se revalidar, na fase processual as provas produzidas pelo Relatório do Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho, que o Judiciário as valide mediante a análise da qualidade técnica dos Relatórios, bem como pelo cumprimento das normas legais a ele pertinentes, tendo em vista que os relatórios são elaborados por auditores fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego que são servidores públicos qualificados para auferirem as condições de trabalho e salubridade do ambiente de trabalho e que produzem os relatórios/laudos, obedecendo as diversas normas regulamentares expedidas pelo próprio Ministério.

Referida tese encontra amparo na doutrina de Pacelli de Oliveira<sup>41</sup>, segundo o qual, em razão da natureza cautelar de determinadas provas, faz-se imprescindível sua imediata produção, mesmo que ainda no curso da fase investigativa e, diante da impossibilidade de repeti-las em juízo, defende sua perfeita validade na esfera judicial, ainda que elas tenham sido produzidas sem a participação da defesa do réu.

Desta feita, segundo o doutrinador<sup>42</sup>, mesmo que o laudo pericial tenha sido produzido na fase investigativa, sem o devido contraditório pelo réu, não deverá ser invalidado, pois o Código de Processo Penal<sup>43</sup>, além de somente autorizar o contraditório da prova pericial perante a jurisdição, também limita sua atuação ao exame da idoneidade dos peritos e das conclusões por ele alcançadas.

---

41. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pg. 378.

42. Cf. OLIVEIRA, 2009, nota 38, p. 377.

43. A esse respeito, consultar o disposto no art. 159, § 4º e § 5º, CPP.

É válido asseverar, também, que é nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça vem pautando sua jurisprudência, aceitando a prova elaborada na fase de investigações, quando inviável sua repetição na fase judicial.<sup>44</sup>

Constatou-se, ainda, nas sentenças absolutórias, a dificuldade de se compreender o trabalho em condições degradantes, mesmo diante de robustas provas documentais existentes nos autos e, em que pese admitirem a submissão dos trabalhadores a ambientes de trabalhos desprovidos de condições adequadas de higiene e salubridade, afirmam que tais condições apenas burlam as normas de medicina e segurança do trabalho.<sup>45</sup>

As teses defendidas nessas decisões meritórias apoiam-se no argumento de que, para o Direito penal, nem todo trabalho degradante pode ser considerado relevante, mas tão somente se dele resultar a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo e, para tal, se utilizam da doutrina de Wilson Ramos Filho<sup>46</sup>, que por sua vez, diferencia o **trabalho em condições degradantes** como aquele que é vedado pelas leis trabalhista e penal, do **trabalho degradante**, que é tolerado pela legislação trabalhista.

Segundo o referido autor<sup>47</sup>, o fato de as leis trabalhistas assegurarem aos empregadores o direito de exigir trabalho em condições de risco à saúde ou à vida, mediante o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, acaba por permitir o trabalho degradante. Desta feita, conclui o citado autor que o trabalho degradante não importará em crime se for garantido ao trabalhador, o recebimento dos adicionais suplementares

---

44. Consultar em: BRASIL. STJ. *Acórdão no Habeas Corpus* nº 130.945/PI. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Publicado no DJe em: 25 de abril de 2011 e BRASIL. STJ. *Acórdão no Habeas Corpus* nº 113.976/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Publicado no DJe em: 09 de agosto de 2010.

45. BRASIL. TFR 1ª Região. Seção Judiciária Pará/ Castanhal. Sentença Criminal nº 2007.39.04.001121-1. Juiz: Omar Bellotti Ferreira. Publicado no e-DJF1 nº 50 de 13 de março de 2014.

46. RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho Degradante e Jornadas Exaustivas: Crime e Castigo nas Relações de Trabalho Neo-escravistas. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.cpm.br/index.php/rdfd/artide/view/169/151>. Acesso em 07/05/2015.

47. *Idem*.

previstos nas leis trabalhistas, além disso, aduz que: “o trabalho degradante é, inclusive, legitimado pela legislação trabalhista; pois crime é submeter uma pessoa a trabalho degradante sem o pagamento dos adicionais respectivos”.

Diante disso, referidas decisões absolutórias vêm asseverando que o trabalho em condições degradantes, previsto como crime pela lei penal, é aquele envolvido em um contexto de total desrespeito à dignidade do trabalhador, evidenciando a intenção do empregador de subjugar e suprimir os direitos humanos mais fundamentais dos trabalhadores.

Para Cazetta, entretanto, é um equívoco se querer exigir uma subjugação do trabalhador que nem no tempo da escravidão negra no Brasil se tinha, *in verbis*:

A rigor, no tempo da escravidão negra não estavam todos os escravos submetidos aos grilhões o tempo todo. Eles eram propriedades de um senhor de escravo, mas tinham liberdade de se locomover dentro da fazenda, tinham um conjunto de direitos, às vezes você tinha a ideia que eles viviam acorrentados, mas não era prisão – a escravidão nunca foi necessariamente um sinônimo de prisão, e sim, uma restrição de direitos acima de qualquer razoabilidade.<sup>48</sup>

Outra tese constatada nas sentenças absolutórias refere-se à ausência do elemento subjetivo necessário para a configuração do tipo penal de redução a condição análoga à de escravo, a saber: “o dolo”, que por sua vez, impossibilita o enquadramento do autor do fato do delito sob o argumento de ausência de atuação direta no crime, fazendo com que a responsabilização penal recaia, apenas, sobre o intermediário, conhecido vulgarmente como “gato”, pessoa contratada para arremeter os trabalhadores e orientar suas tarefas e atividades, ou, ainda, sobre o gerente do empreendimento.

---

48. Cf. CAZETTA, 2014, nota 7.

Pela leitura da redação do artigo 18, inciso I do Código Penal<sup>49</sup>, constata-se, entretanto, que o nosso diploma legal adota as teorias da vontade<sup>50</sup> e do assentimento<sup>51</sup> que estabelecem, respectivamente, que age com dolo é aquele que, diretamente, quis o resultado, bem como aquele que, mesmo não desejando de forma direta, assume o risco de produzi-lo.

Isso porque o crime de redução a condição análoga à de escravo é caracterizado como um tipo penal doloso genérico, ou seja, ele não exige para sua configuração, um especial fim de agir na conduta do agente<sup>52</sup>. Assim, para a sua configuração basta que o dolo do agente alcance, alternativamente, um dos elementos do tipo, a saber: 1) submissão a trabalhos forçados; 2) submissão à jornada exaustiva; 3) sujeição a condições degradantes trabalho; 4) restrição à locomoção do trabalhador em razão de dívidas contraídas com o empregador ou preposto. Esse entendimento é oriundo da adoção equivocada da teoria objetiva-formal (também chamada de restritiva) para a definição da autoria penal, a qual restringe a qualidade de autor apenas à pessoa que realiza o verbo nuclear do tipo. No entanto, o MPF em defesa vem postulando a aplicação da teoria do domínio do fato, fundamentado no artigo 29 do Código Penal Brasileiro, que assim dispõe: “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.<sup>53</sup>

---

49. Art. 18. Diz-se o crime: I- Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. (Cf. BRASIL, *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado: D.O.U. de 31/12/1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 12/02/2015.)

50. Segundo a teoria da vontade, dolo seria tão-somente a vontade livre e consciente de querer praticar o crime. (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 15. ed. Niterói: Editora Impetus, 2013, p. 186).

51. Para essa teoria, atua com dolo, aquele que antevendo o resultado lesivo com a prática da sua conduta, mesmo não querendo de forma direta, não se importa com a sua ocorrência e assume o risco de vir a produzi-lo. (Cf. GRECO, 2013, p 186, nota 47).

52. Citamos como exemplo de crime que exige um dolo específico na conduta do agente, o tipo previsto no art. 159 do CPB, que assim dispõe: Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. (Cf. BRASIL, *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940).

53. BRASIL, *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado: D.O.U. de 31/12/1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 12/02/2015.

Segundo essa teoria, também é considerado como autor do crime, aquele que possui o controle sobre o domínio final do fato, ou seja, que detém o poder de decisão sobre ele, planejando, organizando, controlando e com capacidade de fazê-lo cessar a qualquer tempo. Dessa feita, o conceito de autoria é ampliado permitindo que não apenas o executor do núcleo do tipo seja responsabilizado criminalmente, mas também o seu mentor intelectual.<sup>54</sup>

No caso específico do crime em estudo, é o fazendeiro quem decide contratar pessoas para trabalharem em seu nome e na sua propriedade, sendo dele a responsabilidade de prover condições dignas de moradia, segurança, higiene, alimentação, água e transporte para esses trabalhadores, uma vez que somente ele é quem detém o poder para viabilizar tais condições, e se assim não o faz, é porque visa se beneficiar e se locupletar desse tipo de trabalho menos oneroso.

Desta feita, dispensável é a exigência de o empregador manter contato direto e frequente com os trabalhadores escravizados, para a sua responsabilização penal, conforme entendimento do Tribunal Regional da 1ª Região que, por sua vez, reconhece que a responsabilidade penal do proprietário da fazenda não pode ser alijada pelo fato dele não ter agido pessoalmente na submissão dos trabalhadores às condições desumanas, reconhecendo ser este o modus operandi do crime prescrito no art. 149 do Código Penal.<sup>55</sup>

E, nesse sentido, foi também o voto do Ministro Cezar Peluso no acórdão que recebeu a denúncia originária do Inquérito nº. 3412/AL, no qual, ao aplicar a teoria do domínio do fato para definir a autoria do crime do art. 149 do Código Penal, considerou que os réus não podiam alegar

---

54. BITENCOURT, Cezar Roberto. *A teoria do domínio do fato e a autoria colateral*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em: 18/06/2015.

55. Consultar em: BRASIL. TFR 1ª Região. Habeas Corpus nº 2008.01.00.009278-7. Relator: Des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma. Publicado no e- DJF1 do dia 18 de agosto de 2008 e BRASIL. TFR 1ª Região. *Habeas Corpus* nº 2005.01.00.029275-3. Relator: Des. Olindo Menezes, Terceira Turma. Publicado no e- DJF1 do dia 18 de maio de 2007.

ignorância sobre as condições a que os trabalhadores eram submetidos, eis que tinham o domínio dos fatos, condição esta que os qualificava como autores do delito.<sup>56</sup>

No tocante aos processos em tramitação na Seção Judiciária Federal Paraense que ainda não tiveram sentença em 1ª instância de julgamento, conforme já mencionado, constata-se que eles representam 59,20% dos processos ajuizados pelo MPF, sendo que a maioria está em tramitação há mais de 4 (quatro) anos.

Analisando a tramitação dos referidos processos, observou-se que a grande causa da demora processual refere-se ao cumprimento das cartas precatórias expedidas, tendo em vista que a quase totalidade dos atos de citação, interrogatório dos réus e oitiva de testemunhas e vítimas desses processos são realizados por meio desse instrumento judicial.

Na grande maioria das vezes, constatou-se que a dificuldade está na localização principalmente das vítimas e testemunhas arrolada pelo Ministério Público Federal, em virtude da característica migratória dessas pessoas, conforme já mencionado ao norte deste capítulo.

Restou comprovada também, a inércia de alguns juízes deprecados, principalmente da justiça estadual paraense, sendo comuns os despachos requisitando a expedição de ofícios à Corregedoria da Justiça Estadual Paraense<sup>57</sup>, solicitando providências no cumprimento das cartas precatórias. Isso porque muitos juízes estaduais entendem que pelo fato das Varas Federais possuírem competência sobre todos os municípios do Estado, eles não poderiam realizar a precatória. Essa dificuldade já foi inclusive levada ao Conselho Nacional de Justiça que por sua vez determinou o cumprimento da precatória pelo juízo estadual.

---

56. BRASIL, STF. *Acórdão no Inquérito nº 3.412/AL*. Relatora: Min. Rosa Weber. Publicado no DJe nº 222 de 12 de novembro de 2012, p. 18.

57. A título de exemplo citamos os processos nº 2005.39.00.010165-9 da Comarca de Belém e nº 2008.39.03.000216-4 da Comarca de Altamira, constantes no Banco de dados da presente tese.

Todavia, o artigo 42 da Lei nº 5.010/1996<sup>58</sup>, determina, expressamente, que os atos e diligências da Justiça Federal podem ser praticados em qualquer comarca do estado ou território pelos juízes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular, desde que seja a forma mais econômica e desembaraçada para a realização do ato ou diligência.

Noletto<sup>59</sup> assevera que, parte da demora na tramitação desses processos se dá em razão da própria condução das Varas Federais, uma vez que as audiências são marcadas com muita distância uma das outras, embora o Código de Processo Penal em seu artigo 400 determine a realização de audiência una para instrução e julgamento do feito criminal.

O Poder Judiciário deve priorizar o processamento e julgamento não apenas dos processos envolvendo o trabalho análogo ao de escravo, mas de todos os relacionados em afronta aos direitos humanos em geral, com uma leitura mais ágil ou um tratamento mais diferenciado, uma vez que a morosidade sempre vai existir, face as características desse tipo de ação penal, envolvendo sempre a expedição de diversas cartas precatórias.

O Ministério Público Federal também vem pleiteando em juízo, o confisco dos produtos e proveitos do crime de redução a condição análoga à de escravo em favor da União<sup>60</sup>, por entender que “uma repressão penal eficiente para os crimes do artigo 149, e conexos, exige, além da aplicação da pena privativa de liberdade, o correto manuseio de instrumentos que permitam atingir a esfera patrimonial dos agentes criminosos,

---

58. BRASIL. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Publicado: D.O.U de 1º de junho de 1966, retificada em 14.6 e 4.7.1966.

59. Cf. NOLETO, 2014, nota 3.

60. NOLETO esclarece que em que pese independer de fundamentação e previsão na sentença condenatória, o Ministério Público Federal em sede de alegações finais vem abordando, justificando e exigindo a implementação deste efeito, indicando, inclusive, os bens que consistem em produtos do crime ou aqueles decorrentes, direta e indiretamente, da prática criminosa. (Cf. NOLETO, 2014, nota 3)

seja para garantir a reparação do dano, seja para evitar o locupletamento ilícito do produto do crime”<sup>61</sup>.

Trata-se de um dos efeitos genéricos e automático da condenação, ou seja, uma consequência da sentença penal condenatória, totalmente independente e autônoma da pena privativa de liberdade aplicada, razão pela qual subsiste, mesmo diante da prescrição executória, que somente atinge o cumprimento da pena, e deve ser implementada, após o trânsito em julgado da ação, conforme dispõe o artigo 91, II, “b” do CPB<sup>62</sup>.

Assim, o confisco atinge os produtos e os proveitos do crime, ou seja, qualquer vantagem diretamente auferida com a prática do crime de redução a condição análoga à de escravo, tais como: o carvão, a cana de açúcar, pastos para criação de gado, peças de roupas, prédios construídos (produto) etc. ou ainda, qualquer vantagem decorrente da venda destes produtos (proveito).

Referido efeito da sentença penal condenatória é de fundamental importância para possibilitar a quebra do ciclo que alimenta as cadeias produtivas da escravidão moderna e impedir o locupletamento ilícito por parte dos autores deste crime.

Em face da dificuldade de se apreender e guardar até o trânsito em julgado do processo, a maioria dos produtos decorrentes da prática deste crime, eis que principalmente no Estado do Pará, são produtos sazonais e perecíveis e, diante da inovação promovida pela Lei nº 12.694, de 7 de julho de 2012, que ao inserir os parágrafos 1º e 2º no artigo 91 do Código Penal, possibilitou, excepcionalmente, o assenhoreamento para a União de bens ou valores adquiridos de forma lícita pelo condenado, adquiridos antes ou depois da prática do delito, nas hipóteses em que os produtos ou

---

61. Conforme o Manual de atuação na repressão ao trabalho escravo para os membros do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidao-contemporanea/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/roteiro\\_de\\_atuacao\\_contra\\_escravidao\\_contemporanea.pdf](http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/gt-escravidao-contemporanea/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/roteiro_de_atuacao_contra_escravidao_contemporanea.pdf). Acesso em: 10/04/2015.

62. BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado: D.O.U. de 31/12/1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 12/02/2015.

proveitos do crime não tenham sido localizados ou estiverem no exterior, o MPF nas denúncias criminais ajuizadas após o advento desta lei, vem postulando a aplicação destes efeitos genéricos da pena, nos processos envolvendo o crime de redução a condição análoga à de escravo e aguarda sua plena efetivação, quando do trânsito em julgado das referidas ações.

## Considerações finais

O combate ao trabalho escravo é uma bandeira assumida pela Procuradoria da República Paraense, desde a década de 1990, com o ajuizamento de inúmeras ações criminais e, especialmente, com a implantação da Procuradoria da República no município de Marabá, em 1996. Esse trabalho se disseminou pela Instituição, levando a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, no início de 2000, articular o envio de todos os relatórios frutos das fiscalizações realizadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego para o competente ajuizamento das ações penais pelo Ministério Público Federal em todo o país.

No entanto, a Procuradoria paraense vem enfrentando certa resistência por parte de alguns Procuradores Regionais da República, na condução das apelações por ela interpostas no TRF-1, onde além deles emitirem pareceres contrários ao provimento desses recursos, pelo fato de não se convencerem quanto aos elementos caracterizadores do tipo penal, estão deixando de interpor recursos especiais ao STJ contra as decisões absolutórias proferidas por aquela Corte recursal.

No que pertine a atuação do Ministério Público Federal nos ajuizamentos e acompanhamento das ações penais na Seção Judiciária Federal do Pará, os principais problemas enfrentados pelo *Parquet* no efetivo combate ao crime é a demora na tramitação processual ocasionada, ou pela demora no cumprimento das cartas precatórias expedidas, ocasionada pela dificuldade de localização das vítimas e testemunhas arroladas pela acusação, diante da característica migratória dessas pessoas; ou pela inércia de alguns juízes deprecados, principalmente os da justiça estadual paraense, ou ainda, pela própria condução das Varas Federais, que não dão tratamento

diferenciado nos processos envolvendo o trabalho análogo ao de escravo, deixando de priorizar o processamento e julgamento de tais feitos.

Da análise das decisões judiciais de 1ª instância, 48% das sentenças foram absolutórias e tiveram como fundamento, a ausência de provas, tendo em vista a dificuldade de se ratificar, na esfera judicial, a prova colhida na fase investigativa. No entanto, contrariando esse argumento, o MPF vem sustentando a tese de validação da prova elaborada na fase de investigação, colhidas nos Autos de Infrações lavrados pelos Grupos Móveis de Fiscalização do MTE, por ser inviável sua repetição na fase judicial, conforme amparo na doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Outra tese utilizada nessas sentenças absolutórias de 1ª instância refere-se ao argumento da ausência de atuação direta no crime, ou ausência de “dolo”, nesse sentido, o MPF vem requerendo que seja aplicada a teoria do domínio do fato, segunda a qual é considerado como autor do crime, aquele que detêm o poder de decisão sobre ele, planejando, organizando, controlando e com capacidade de fazê-lo cessar a qualquer tempo, não se fazendo imprescindível assim, que o empregador mantenha contato direto e frequente com os trabalhadores escravizados para a sua responsabilização penal.

Por fim, constatamos, ainda, que o MPF paraense vem pleiteando em juízo, após o trânsito em julgado das condenações, o confisco dos produtos e proveitos do crime de redução a condição análoga à de escravo em favor da União, bem como qualquer vantagem decorrente da venda de tais produtos. E, mais recentemente, diante da dificuldade de se apreender e guardar até o trânsito em julgado do processo, a maioria dos produtos decorrentes da prática deste crime, em face de sua perecibilidade, o MPF vem postulando o assenhoreamento para a União dos bens ou valores adquiridos de forma lícita pelo condenado, no montante do proveito e vantagem auferidos pelo condenado com a prática delituosa.

Diante do exposto podemos concluir que apesar dos entraves diagnosticados pela análise dos processos criminais ajuizados e conduzidos pelo MPF paraense, atinentes ao crime de redução a condição análoga à de

escravo, vem o referido órgão, de maneira incansável contribuindo para a punição dos escravocratas contemporâneos, quer no aprimoramento das teses jurídicas, quer na própria política institucional de sensibilização dos seus membros e da própria sociedade.

## Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em: 18/06/2015.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. **Roteiro de atuação contra a escravidão contemporânea**. Brasília: MPF / 2ª CCR, 2012.
- MESQUITA, Valena Jacob Chaves. **A sujeição do trabalhador a condição análoga à de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, dez/2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho Degradante e Jornadas Exaustivas: Crime e Castigo nas Relações de Trabalho Neo-escravistas**. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.cpm.br/index.php/rdfd/artide/view/169/151>. Acesso em: 07/05/2015.

## Mutação constitucional e integração com o consenso internacional

Adriano Sant’Ana Pedra<sup>1\*</sup>

### Considerações iniciais

Quando a Constituição é redigida de maneira inteligente, procura levar em consideração, desde o princípio, necessidades futuras por meio de mecanismos cuidadosamente colocados. Isto ocorre porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. A Constituição brasileira não é mais aquela de 1988. Nos últimos quase trinta anos, além das mudanças formais sofridas – através de emendas constitucionais de reforma e de revisão –, a Constituição Federal passou também por mudanças informais.

A mutação constitucional é um processo informal que cuida da atualização e concretização da Constituição. Na mutação, a norma constitucional modifica-se apesar da permanência do seu texto, pressupondo a não identificação entre a norma e o texto normativo. Todavia, este fenômeno não está expres-

---

1. \*Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV); Mestre em Física Quântica (UFES); Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos (Università degli Studi di Pisa); Especialista em Economia e Direito do Consumo (Universidad de Castilla-La Mancha); Pós-doutorado realizado no Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional; Procurador Federal.

samente previsto no texto constitucional, ao contrário do que acontece com a reforma e a revisão. E, sendo assim, não existem limites expressos no texto constitucional para a realização de uma mutação. Em verdade, inexistente tratamento sistemático no tocante às limitações dos processos informais de mudança da Constituição, não tendo a maioria da doutrina enfrentado o tema especificamente.

Dessa forma, uma importante questão que se coloca é a relação existente entre a mutação constitucional e as influências exercidas pelas jurisprudências internacionais e estrangeiras, o que é objeto de análise neste trabalho, sem perder de vista que a mutação deve ocorrer dentro dos limites impostos pela normatividade da própria Constituição.

Deve-se, então, ter em conta se as decisões de um Estado estão adstritas ou não ao direito internacional<sup>2</sup>, mormente neste século XXI, em que se caminha no sentido de um direito supranacional<sup>3</sup>, estimulado por relações comerciais, econômicas, sociais e culturais, que acabam limitando a soberania estatal e dando nova feição ao direito internacional.

---

2. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a resposta simplificada a esta questão é óbvia. É um objetivo ideal a subordinação do direito interno às regras fundamentais do Direito Internacional, especialmente àquelas regras do Direito Internacional que tutelam os direitos do homem. Mas, segundo a concepção que ainda prevalece, o Direito Internacional não é superior ao direito interno, isto é, o Direito Internacional não subordina o Poder Constituinte às suas normas. É certo que o Direito Internacional tem a pretensão de fazê-lo, e essa pretensão cada vez mais se afirma. Por exemplo, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948. Porque essa Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem sentido se ela não significar uma tentativa de limitar o poder dos Estados, em benefício dos cidadãos desses Estados”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77.

3. Na visão de Carlos Ayres Britto, “não há nem pode haver Constituição multinacional, se a multinacionalidade se faz acompanhar da pluralidade de Estados soberanos. [...] O que é preciso entender é que instituições multilaterais como a União Européia e seus êmulos são as velhas e boas confederações dos Estados”. Cf. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67-69.

## Mutação constitucional

Uma Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve se manter aberta e dinâmica através dos tempos<sup>4</sup>. Para isto, existem modos informais de alteração nas constituições, onde é modificado o conteúdo efetivo do dispositivo constitucional, sem que venha a ser modificada sua disposição expressa.

Georg Jellinek<sup>5</sup> leciona que a mutação constitucional constitui uma modificação não necessariamente consciente da Constituição e que não altera o seu texto: “Por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación<sup>6</sup>.”

Em relação às palavras do mestre de Heidelberg, assim se manifesta Pablo Lucas Verdú<sup>7</sup>:

A nuestro juicio, la Constitución es la autoconciencia de un pueblo del Estado y de la sociedad en una época de cambios frecuentes. Por ello la doctrina de las mutaciones constitucionales es la reflexión – teórica y práctica – de tales cambios. Estos se producen cuando la normatividad constitucional se modifica por la realidad político-social que no afecta a sus formas textuales pero transmuta su contenido.

---

4. PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 151 e seg.

5. Georg Jellinek (1851-1911) pronunciou, em 18 de março de 1906, uma conferência sobre reforma da Constituição e mutação constitucional na Academia Jurídica de Viena, de onde surgiu o trabalho *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, que mereceu a versão *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

6. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

7. No estudo preliminar da obra *Reforma y mutación de la Constitución*. Ibidem, p. LXVII.

Segundo Jean Gicquel e André Hauriou<sup>8</sup>, a experiência política revela que a Constituição de um Estado pode ser modificada de maneira oblíqua ou oculta, à margem do poder reformador. A mutação constitucional é um processo informal de alteração da Constituição que cuida de sua atualização e concretização.

Tal fenômeno possui a particularidade de não se encontrar expressamente prevista no próprio texto constitucional, diversamente do que ocorre com a reforma constitucional, que está prevista e há de processar-se nos exatos termos e limites em que regulada na Constituição.

O chinês Hsü Dau-Lin<sup>9</sup> foi um dos primeiros a escrever sobre o tema, na Alemanha, em 1932, apoiando-se nas obras de Laband e Jellinek. Em sua definição, a mutação constitucional decorre da separação entre o preceito constitucional e a realidade<sup>10</sup>, sendo esta última mais ampla que a normatividade constitucional. Na mutação, a norma constitucional modifica-se apesar da permanência do seu texto, pressupondo a não identificação entre a norma e o texto normativo. O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa<sup>11</sup>, com a Constituição assumindo significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não surgem de reformas constitucionais.

Na mutação constitucional, ocorre uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal transformação seja atualizada no documento

---

8. GICQUEL, Jean; HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1985, p. 280.

9. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29.

10. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29: “Para dar un concepto que corresponda, del mismo modo a diferentes casos generalmente designados como ‘mutación constitucional’, quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro”.

11. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53.

constitucional, isto é, o texto da Constituição permanece intacto. Dessa forma, a mutação constitucional subtrai do órgão reformador parte da responsabilidade pela evolução da Constituição, para atribuir a outras instâncias da práxis constitucional. Segundo Karl Loewenstein<sup>12</sup>,

Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor.

Referindo-se a tais mudanças informais, Jorge Miranda utiliza o termo *vicissitude constitucional tácita*<sup>13</sup>, enquanto José Joaquim Gomes Canotilho emprega a expressão *transição constitucional* para referir-se à “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”<sup>14</sup>. Entre nós, Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>15</sup> utiliza as expressões *processos indiretos*, *processos não formais* ou *processos informais* “para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado”.

A interpretação constitucional judicial revela-se nas decisões que aplicam a Constituição, o que pode ocorrer tanto mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para resolver a lide em um caso con-

---

12. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 165.

13. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, t. II, p. 130-143. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 389-390.

14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1212.

15. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12.

creto, como nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Algumas constituições reconhecem expressamente aos tribunais a missão de intérprete da Constituição, enquanto que em outras esta tarefa decorre implicitamente da natureza da função judicial.

Karl Larenz destaca a importância dos precedentes judiciais, identificando um direito judicial:

Existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenam à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das empresas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, são considerados, decorrido algum tempo, “Direito vigente”. Assim se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito estatuído, um “Direito judicial”<sup>16</sup>.

A interpretação proporciona a atualização e a vivificação constante do sentido de um dispositivo constitucional. A interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário lhe confere considerável parcela de sua força normativa. Como leciona Konrad Hesse, o desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas de sua *praxis*, que se efetiva por uma interpretação adequada, “que é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”<sup>17</sup>. Contendo as diretrizes superiores da organização política e jurídica de um povo, a Constituição só se consolidará e produzirá os resul-

---

16. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611-612.

17. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.22-23.

tados adequados à medida que for possível o seu amoldamento às novas realidades da vida social.

A construção judicial<sup>18</sup> é uma importante técnica, muito utilizada pela Suprema Corte norte-americana, que permite a construção do próprio direito em determinadas circunstâncias de premência e necessidade, a fim de suprir as deficiências ou imperfeições do ordenamento jurídico. A *construction* norte-americana justifica-se pela maior vagueza da tradição legislativa anglo-saxã. Graças à construção judicial, a Constituição dos Estados Unidos da América deu abrigo a novas doutrinas, novos princípios, permitindo mudanças sem qualquer alteração no texto constitucional. Isto levou Charles Evans Hughes, presidente da Corte Suprema norte-americana, a afirmar: “Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os Juízes dizem que ela é”. Dentre as construções constitucionais da Corte Suprema que provocaram inegável mutação constitucional, são citadas, com frequência, a *construction do judicial review*, na famosa decisão proferida por John Marshall, em 1803, no caso *Marbury x Madison*<sup>19</sup>.

José Horácio Meirelles Teixeira<sup>20</sup> considera a construção como uma modalidade de interpretação, ressaltando que não há motivo para distinção entre construção e interpretação constitucional porque,

na verdade, toda autêntica, verdadeira interpretação, é construção, pois o intérprete não pode jamais ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a de outras partes do ordenamento jurídico, dos princípios e valores superiores da Justiça e da Moral, da ordem natural das coisas, das contingências históricas, da evolução e das necessidades sociais, da vida, enfim.

---

18. Cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 207-249, abr./jun.2008.

19. Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 135.

20. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 271.

Também não fazendo distinção entre construção e interpretação, Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>21</sup> entende que “a interpretação constitucional é gênero do qual ambas são espécies, que se distinguem particularmente pelos elementos ou critérios interpretativos que adotam e pelos resultados finais alcançados”.

Através da *construction*, a Constituição dos Estados Unidos da América não ficou engessada, mas aderiu à evolução política e social e com ela evoluiu. Entre nós, entretanto, a *construction* constitucional não tem apresentado muito relevo, em grande parte porque o procedimento de reforma é muito utilizado em nosso país.

Embora se procure dar uma certa dimensão à tarefa construtiva do Supremo Tribunal Federal, esta resume-se, em verdade, a uns poucos feitos<sup>22</sup>. Apesar disto, o Excelso Tribunal brasileiro começa a desempenhar significativo papel acerca da concretização de direitos e garantias fundamentais.

## Influências das jurisprudências internacionais e estrangeiras

As correntes internacionalistas, em franca ascensão, indicam como limitações o bem comum, a segurança e a paz internacional, que devem ser considerados na sociedade da complexidade, que é a sociedade aberta e multinacional. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que um sistema jurídico interno “não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos)”<sup>23</sup>.

---

21. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 47-48.

22. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 137-138.

23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 81.

Isso tem proporcionado, de certa forma, uma redução do papel exercido pelos Estados até então, em particular quanto à produção exclusiva do direito vigente sobre o seu território, que deve levar em conta as pessoas sujeitas à sua soberania e a existência de uma pluralidade de Estados que devem conviver pacificamente. Assim, escreve Alessandro Pizzorusso:

O direito comparado atualmente é utilizado cada vez mais no âmbito da pesquisa do direito que o juiz (ou outro operador jurídico) deve aplicar à *fattispecie* concreta submetida ao seu exame. Isso tem lugar não só no âmbito da atividade de jurisdições internacionais que devem integrar os textos normativos dos quais lhes corresponda deduzir o direito a aplicar às *fattispecie* concretas, mas também por parte dos juízes nacionais que encontram em ordenamentos estrangeiros a base de argumentações utilizáveis para reconstruir o direito nacional, ou em precedentes judiciais estrangeiros modelos a seguir em relação a casos análogos verificados em seus países. Naturalmente, o direito estrangeiro não pode assumir nenhum caráter vinculante em casos deste gênero, mas pode ser empregado no âmbito de argumentações tendentes a identificar soluções razoáveis que não sejam incompatíveis com o direito nacional, sobretudo naqueles casos em que este direito apresenta-se como lacunoso ou de difícil interpretação<sup>24</sup>.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional português, ao realizar a fiscalização preventiva de constitucionalidade da Resolução n° 54-A/2006, da Assembleia da República, que “propõe a realização de um referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas”, buscou balizar a sua decisão no assentimento da ordem internacional sobre o tema. É o que se pode verificar a partir do conteúdo do Acórdão n° 617/2006:

---

24. PIZZORUSSO, Alessandro. *Justicia, Constitución y pluralismo*. 2. ed. Lima: Palestra, 2007, p. 75-76. Cf. também PIZZORUSSO, Alessandro. *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*. Disponível em: [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/fonti\\_ventsecolo/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/fonti_ventsecolo/index.html). Acesso em: 16/07/2012.

No plano do Direito Comparado, remetendo-se para a extensa abordagem do Acórdão nº 288/98, deverá salientar-se que permanece uma tendência para a consolidação de soluções legislativas descriminalizadoras ou que enunciam causas de afastamento da responsabilidade segundo certas indicações. Não há conhecimento, no grupo dos países com a estrutura de Estado de Direito democrático, de um “retrocesso” no sentido criminalizador (cf. BERTRAND MATHIEU, *Le droit à la vie*, Edições do Conselho da Europa, 2005). E esta tendência diz respeito quer aos Estados que adotaram a solução dos prazos quer aos Estados que adotaram o método das indicações<sup>25</sup>.

Este direito internacional deve ter como princípio fundamental a proteção internacional dos direitos humanos. A este respeito, Flávia Piovesan escreve que, após a Segunda Guerra, nasce

a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional<sup>26</sup>.

Em verdade, esta tendência de proteção dos direitos humanos tem levado o constitucionalismo atual a absorver os tratados relativos aos direitos humanos como normas constitucionais intangíveis ao poder reformador, como o fez a Constituição brasileira (artigo 5º, §§ 2º e 3º, e artigo 60, § 4º). Dessa forma, a proteção dos direitos humanos determina a relativização

---

25. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 617/2006. Disponível em [www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html](http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html). Acesso em 14/07/2012.

26. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

do conceito de soberania, possibilitando uma responsabilização<sup>27</sup> internacional em caso de omissão dos Estados e garantindo os direitos do *cidadão universal*.

Segundo a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade, quando a questão em análise é a proteção dos direitos humanos, o que importa é a política de proteção aos seus direitos, buscando sempre a norma que melhor proteja os direitos humanos, seja ela uma norma do direito interno, seja ela uma norma do direito internacional. Assim, escreve o autor:

O direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos<sup>28</sup>.

Esta linha de raciocínio possibilita propor uma nova leitura<sup>29</sup> da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira<sup>30</sup>, que trata da

---

27. A este respeito, escrevem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que a crescente internacionalização dos direitos humanos permitiu promover a “possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa, independentemente do acionamento de mecanismos de direito interno e da boa (ou má...) vontade das autoridades estatais pelos instrumentos de fiscalização e responsabilização que ficam a cargo de comissões, tribunais e outras autoridades internacionais”. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 41.

28. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação do livro PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 23.

29. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999, p. 120.

30. *In verbis*: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

hipótese de prisão civil por dívida do depositário infiel, embora seja norma constitucional originária, analisando os §§ 2º e 3º do mesmo artigo 5º da Constituição aliados ao que preceitua o artigo 7º, § 7º do Pacto de São José da Costa Rica<sup>31</sup> (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)<sup>32</sup>, que estabelece que ninguém deve ser detido por dívida, exceto apenas no caso de inadimplemento de obrigação alimentar, bem como o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>33</sup>.

No julgamento do *habeas corpus* HC 87.585-8/TO<sup>34</sup>, o ministro Celso de Mello destacou que a discussão em torno do alcance e da precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana impõe que se examine, “de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos”. Neste contexto, “o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil”. Há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção aos direitos humanos, sustentando a sua (i) hierarquia supraconstitucional, (ii) hierarquia constitucional, (iii) hierarquia supralegal e infraconstitucional e (iv) paridade hierárquica com lei ordinária. Apesar da divergência apresentada pela doutrina, o Supremo Tribunal Federal atribua aos tratados internacionais em geral – inclusive aqueles que versam sobre direitos humanos – posição jurídica equivalente à das leis ordinárias.

---

31. *In verbis*: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

32. O texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, foi incorporado ao nosso sistema de direito positivo interno em 1992.

33. *In verbis*: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

34. STF. Pleno. HC nº 87.585-8/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

O novo contexto internacional fez com que o Supremo Tribunal Federal modificasse o seu entendimento acerca do *status* dos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos. Segundo o Ministro Celso de Mello, a própria prisão civil por dívidas pode sofrer mutações:

Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente – notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello (RTJ 179/793-496) –, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] Cabe registrar, aqui, uma observação que se faz necessária. Refiro-me ao fato, de todos conhecido, de que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida pode sofrer mutações, quer resultantes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado. Isso significa, portanto, presente tal contexto, que a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos

sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. [...] Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional<sup>35</sup>.

Deve ser destacado que o Pacto de São José da Costa Rica foi firmado em 1969 e internalizado no direito brasileiro em 1992, enquanto que o § 2º do artigo 5º do texto constitucional foi redigido pelo legislador constituinte de 1988, e somente no final de 2008 o Supremo Tribunal Federal alterou sua posição e fixou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que o Brasil aderiu gozam de *status* de *norma supralegal*, nos termos dos julgamentos do HC 87.585/TO<sup>36</sup>, do RE 349.703/RS<sup>37</sup> e do RE 466.343/SP<sup>38, 39</sup>. Nos julgamentos do HC 90.450/MG<sup>40</sup>, do HC 91.361/SP<sup>41</sup> e do HC 94.695/RS<sup>42</sup>, o relator, Ministro Celso de Mello, evidencia a hierarquia constitucional dos tratados internacionais

---

35. Voto proferido no HC 87.585-8/TO 12/03/2008.

36. STF. Pleno. HC nº 87.585-8/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

37. STF. Pleno. RE nº 349.703/RS. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

38. STF. Pleno. RE nº 466.343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 03/12/2008. Ainda não publicado.

39. Dando sequência a esta decisão, o Supremo Tribunal Federal revogou a sua Súmula 619, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

40. STF. Segunda Turma. HC nº 90.450/MG. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23/09/2008. DJ 06/02/2009.

41. STF. Segunda Turma. HC nº 91.361/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23/09/2008. DJ 06/02/2009.

42. STF. Segunda Turma. HC nº 94.695/RS. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23/09/2008. DJ 06/02/2009.

em matéria de direitos humanos. Como se verifica, a mutação constitucional, envolvendo este tema, está em harmonia com a ordem internacional.

Outro ponto que merece destaque é a tendência mundial de abolição da pena de morte. Avançando nesse sentido, diversos países têm procurado convencer aqueles que ainda adotam estas medidas no sentido de que promovam moratória das execuções e extingam a pena capital para menores de idade e pessoas com deficiência até a sua abolição total.

Neste contexto, a comunidade mundial volta-se para os Estados Unidos da América, que ainda resiste em manter a pena de morte. Muitos países buscam a interpretação do seu próprio direito constitucional tendo em vista decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, o que permite dizer que existe uma certa “internacionalização” desta Corte. Todavia, a justiça constitucional norte-americana tem demonstrado certa relutância em procurar subsídios além de suas fronteiras quando se faz necessário para interpretar a Constituição dos Estados Unidos. Nesse sentido, escreve André Ramos Tavares:

Em recente e polêmica decisão adotada pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Roper vs. Simons* (2005), na qual fora invocada a opinião absolutamente predominante na legislação estrangeira acerca da pena de morte aos menores de 18 anos de idade, para avaliar a constitucionalidade dessa medida nos EUA, o *Justice Scalia*, em voto vencido, observava: “O reconhecimento da aprovação internacional não tem lugar na opinião legal desta Corte, a não ser que seja *parte dos critérios de decisão* desta Corte”<sup>43</sup>.

Todavia, em *Atkins versus Virgínia* (2002), caso mencionado em tópico anterior, a Suprema Corte entendeu, por 6 votos contra 3, que a Constituição dos Estados Unidos proíbe a pena de morte para pessoas com deficiência mental. O *Justice Stevens*, que relatou o voto vencedor, externou o novo entendimento que a Corte deu à Emenda VIII, observando que a

---

43. TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 79.

comunidade mundial desaprova a imposição da pena de morte por crimes cometidos por pessoas que sofrem de retardamento mental. O *Chief Justice* Rehnquist e o *Justice* Scalia reprovaram a posição da Suprema Corte por sua referência ao entendimento internacional sobre esta matéria, qualificando como irrelevante o pensamento da comunidade mundial, cuja noção de justiça nem sempre corresponde àquela do povo norte-americano, mas foram votos vencidos.

Não obstante, os cidadãos da maioria dos países possuem aspirações comuns, o mesmo senso de dignidade e de valor e sentimento referente à justiça. O *Justice* Stephen Breyer, que tem sido o mais proeminente membro da Suprema Corte a buscar orientação fora do seu país, ressalta que a “globalização” dos direitos humanos é imprescindível na medida em que estes devem ser proporcionados a todas as pessoas e não apenas a indivíduos de Estados específicos. E isso em nada subverte o conceito de soberania.

No mesmo sentido, Mario de la Cueva escreve que o direito internacional deve ser incluído entre as fontes substanciais do direito nacional. O autor mexicano ainda afirma que a consciência e o pensamento da humanidade sobre o respeito à pessoa e à independência dos povos são fontes incontestáveis de inspiração para todas as comunidades que desejam a igualdade, a liberdade, a dignidade e a justiça entre os homens e as nações<sup>44</sup>.

## Considerações finais

O texto constitucional brasileiro dispõe expressamente acerca das limitações à reforma e à revisão constitucional. O mesmo não se pode dizer quanto à mutação constitucional. Todavia, isto não significa que esta esteja a salvo de limitações, mormente em razão da força normativa da Constituição.

---

44. CUEVA, Mario de la. *Teoría de la Constitución*. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 64.

Buscou-se demonstrar aqui que a mutação constitucional sofre influências da integração com o consenso internacional. Mesmo quando não se trata de direito vigente – como é o caso de decisões proferidas por Tribunal Constitucional estrangeiros – a jurisprudência externa acaba por exercer certa influência na interpretação da Constituição de determinado país.

Ademais, a referência a normas jurídicas estrangeiras ou a opinião pública internacional confere ao Tribunal uma ferramenta adicional e potencialmente útil para a solução de temas complexos envolvendo o direito constitucional.

## Referências

- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CUEVA, Mario de la. *Teoría de la Constitución*. Cidade do México: Porrúa, 2008.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GICQUEL, Jean; HAURIQU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1985.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- \_\_\_\_\_. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 207-249, abr./jun.2008.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Justicia, Constitución y pluralismo*. 2. ed. Lima: Palestra, 2007.
- \_\_\_\_\_. *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*. Disponível em: [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/fonti\\_ventsecolo/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/fonti_ventsecolo/index.html). Acesso em: 16/07/2012.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.
- TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação do livro PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

## **O aborto e o exame de corpo de delito em casos de violência sexual: análise do Projeto de Lei nº 5.069/2013 num viés do direito internacional**

Cristina Grobério Pazó<sup>1</sup>

### **Considerações iniciais**

O objetivo do presente artigo é analisar a obrigatoriedade do exame de corpo de delito para a realização do aborto em vítimas de violências sexuais, proposta pelo Projeto de Lei n. 5.069 no ano de 2013, pelo Deputado Eduardo Cunha do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB-RJ).

Sabe-se que os direitos e garantias conquistados pelas mulheres brasileiras até a contemporaneidade é fruto de lutas. Por isso, a finalidade do estudo é observar se tal Projeto não impulsionaria um retrocesso aos direitos adquiridos, por legislação constitucional e infraconstitucional.

Isso porque a Lei 12.845/13 traz as questões que atingem o atendimento às vítimas de violência sexual, com o fim de ampliar seus direitos, já que facilita o seu atendimento, promove a profilaxia da gravidez e garante a redução de danos físicos e psíquicos da mulher.

Desse modo, em um primeiro momento será pormenorizado o Projeto de Lei n. 5069/13, em seguida, será verificado o estupro e a iniciativa das vítimas

---

1. Professora do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito e da Graduação da FDV; doutora em Direito pela UGF. Mestre em Direito pela UFS; pesquisadora do Grupo de Estudo: Direito, Sociedade e Cultura da FDV; advogada.

no que diz respeito a realização do exame de corpo de delito para fins de comprovação da violência. Será também analisado a necessidade da obrigação do exame para consumir o aborto legal no Brasil. Por fim, será realizada uma análise acerca das tendências na América do Sul.

Nesse sentido, o trabalho irá apresentar estatísticas em torno da violência sexual para saber o comportamento da mulher no que tange a realização do exame de corpo de delito e o aborto nos casos de violência sexual.

## **0 Projeto de Lei nº 5.069/2013**

No final do mês de outubro de 2015, a chamada Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei (PL) n. 5.069 do ano de 2013.

Idealizado pelo deputado Eduardo Cunha do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB-RJ), tal projeto modifica a Lei n. 12.845 também do ano de 2013 que visa o Atendimento às Vítimas de Violência Sexual.

Apesar das divergências no momento da votação, o resultado final foi de trinta e sete votos a favor do PL e 14 votos contra, ou seja, demonstrando, em números, que a maioria dos deputados são a favor do retrocesso aos direitos das mulheres no Brasil.

Isso porque, o Projeto de Lei prevê o procedimento no atendimento de mulheres vítimas de violências sexuais, exigindo a obrigatoriedade do exame de corpo de delito, além de outras medidas, como por exemplo, a prática de crime para anúncios de meios ou métodos abortivos.

Veja,

Art. 2. Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, as práticas descritas como típicas no Título VI da Parte Especial do Código Penal (Crimes contra a Liberdade Sexual), Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, em que resultam danos físicos e psicológicos.

**Parágrafo único. A prova da violência sexual deverá ser realizada por exame de corpo de delito (grifo nosso)<sup>2</sup>.**

Art.3, III. **Encaminhamento da vítima para o registro de ocorrência na delegacia especializada e, não existindo, à Delegacia de Polícia que, por sua vez, encaminhará para o Instituto Médico-Legal, órgão público subordinado à Secretaria de Estado da Segurança Pública, visando a coleta de informações e provas que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual(grifo nosso)<sup>3</sup>.**

Nota-se que o Projeto de Lei obriga a realização do exame de corpo de delito para fins de comprovação da violência sexual, além da necessidade do encaminhamento da vítima para o registro de ocorrência na delegacia especializada. É válido ressaltar que com a aprovação desse Projeto, haverá um enorme retrocesso aos direitos das mulheres, até porque, a Lei que resguarda as questões direcionadas ao atendimento das vítimas de violência sexual, de número 12.845 de 2013 destaca pontos totalmente divergentes dos propostos pelo Deputado Eduardo Cunha.

Art. 3. O atendimento imediato, obrigatório em todos os hospitais integrantes da rede do SUS, compreende os seguintes serviços:

I - diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas;

---

2. BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei n. 5.069 de 2013**. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto- Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Autor: Deputado Eduardo Cunha. Relator: Deputado Evandro Gussi. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em 2 nov. 2015, p. 7.

3. BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei n. 5.069 de 2013**. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto- Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Autor: Deputado Eduardo Cunha. Relator: Deputado Evandro Gussi. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em 2 nov. 2015, p. 7.

- II - amparo médico, psicológico e social imediatos;
  - III - facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual;**
  - IV - profilaxia da gravidez;**
  - V - profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis - DST;
  - VI - coleta de material para realização do exame de HIV para posterior acompanhamento e terapia;
  - VII - fornecimento de informações às vítimas sobre os direitos legais e sobre todos os serviços sanitários disponíveis.
- § 1º Os serviços de que trata esta Lei são prestados de forma gratuita aos que deles necessitarem.
- § 2º No tratamento das lesões, caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal.
- § 3º Cabe ao órgão de medicina legal o exame de DNA para identificação do agressor(**grifo nosso**)<sup>4</sup>.

Nessa linha, é perceptível pelo artigo acima mencionado que há uma facilitação no registro da ocorrência, além da profilaxia da gravidez, medida preventiva que também está sendo ameaçada pelo Projeto de Lei. A Deputada Cristiane Brasil do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB-RJ) ressalta que “a decisão sobre se ela quer ou não ir à delegacia deve ser da mulher; mas, depois de ter seu corpo vilipendiado, nenhuma mulher pode ser obrigada a fazer um exame de corpo de delito”<sup>5</sup>. Mas, mesmo

---

4. BRASIL. **Lei n. 12.845 do ano de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm). Acesso em 2 nov. 2015.

5. BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Direito e Justiça. **CCJ aprova mudança no atendimento a vítimas de violência sexual**. 21 out. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/498538-CCJ-APROVA-MUDANCA-NO-ATENDIMENTO-A-VITIMAS-DE-VIOLENCIA-SEXUAL.html>. Acesso em: 4 nov. 2015.

com todas as críticas, a proposta segue em tramitação para ser votado no Plenário da Câmara. **É importante lembrar ainda que a discussão em torno do Projeto de Lei proposto pelo Deputado Eduardo Cunha não condiz com o Supremo Tribunal Federal (STF), o qual defende a livre manifestação, como no caso da descriminalização do porte de drogas para consumo.**

Além do que, projetos como esse demonstram que “a mulher gestante não é considerada como um sujeito de direito com capacidade ética para decidir sobre os aspectos mais íntimos e mais importantes da sua vida, tais como o seu corpo, a sua sexualidade e reprodução<sup>6</sup>”. Mais do que isso, o que se nota dos debates no Congresso Nacional é que,

As proposições legislativas que objetivam manter ou aumentar a criminalização do aborto no Parlamento brasileiro parecem estar em tensão com os princípios liberais do Estado democrático de direito, em especial os que tratam da pluralidade e da diversidade de crença, de pensamento e do pluralismo. Enfim, do Estado que tem como um de seus principais fundamentos a garantia da dignidade da pessoa humana e da cidadania<sup>7</sup>.

Ainda, a Deputada Erika Kokay do Partido dos Trabalhadores (PT-DF) adverte que: “no Brasil, essa prática já não é atingida pelas políticas públicas e o projeto não ajuda a impedir gravidez indesejada. Isso é um retrocesso no atendimento as vítimas de violência<sup>8</sup>”.

Portanto, é preciso mais coerência e mais cuidado em relação a violência sexual e ao aborto, até porque é muito difícil a compreensão de um

---

6. EMELICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013, p. 269.

7. EMELICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013, p. 272.

8. CASTRO, Grasielle De. Huffpost Brasil. **Projeto de Eduardo Cunha pode inviabilizar atendimento às vítimas de estupro**. Publicado em 23 set. 2015. Disponível em: [http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/inviabilizar-atendimento-estupro\\_n\\_8180080.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/inviabilizar-atendimento-estupro_n_8180080.html). Acesso em: 03 nov. 2015.

homem em relação a esse assunto e a discussão será, praticamente, entre homens, já que a Câmara dos Deputados possuem cinquenta e três mulheres frente a quatrocentos e sessenta homens e a chamada Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania possui dez mulheres frente a cento e vinte e dois homens.

## O estupro e o exame de corpo de delito

De início, é importante mencionar que o termo “estupro” originou-se do vocábulo *stuprum per vim* no direito romano<sup>9</sup>. Nessa época, era possível definir duas classes de mulheres, aquelas que estavam destinadas a dar luz a filhos legítimos e aquelas destinadas a satisfazer sexualmente os homens, classe em que estavam as mulheres sem moral para os romanos, como no caso das concubinas<sup>10</sup>.

Com a evolução da sociedade romana, foi atribuído alguns direitos à mulher, mas, no que se refere a repressão aos crimes de violência sexual, a mulher violentada era reconhecida como suspeita, devendo, em alguns casos, ser punida<sup>11</sup>. Diante disso, o termo estupro, em sua origem, “compreendia uma série de condutas sexuais não bem individualizadas e que geravam infâmia e vergonha como, v. g., os atos sexuais violentos, homossexuais, sacrílegos e incestuosos”<sup>12</sup>. Assim, é possível observar que desde o Direito Romano, o termo estupro é ligado a vergonha e a desonra.

---

9. CANELA, Kelly Cristina. **O Estupro no Direito Romano**. Disponível em: [http://www.culturaacademica.com.br/\\_img/arquivos/O\\_estupro\\_no\\_direito\\_romano-WEB\\_v2.pdf](http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/O_estupro_no_direito_romano-WEB_v2.pdf). Acesso em: 3 nov. 2015, p. 11.

10. CANELA, Kelly Cristina. **O Estupro no Direito Romano**. São Paulo: Editora Cultural Acadêmica, 2012, 195f. Disponível em: [http://www.culturaacademica.com.br/\\_img/arquivos/O\\_estupro\\_no\\_direito\\_romano-WEB\\_v2.pdf](http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/O_estupro_no_direito_romano-WEB_v2.pdf). Acesso em: 3 nov. 2015, p. 24-28.

11. CANELA, Kelly Cristina. **O Estupro no Direito Romano**. São Paulo: Editora Cultural Acadêmica, 2012, 195f. Disponível em: [http://www.culturaacademica.com.br/\\_img/arquivos/O\\_estupro\\_no\\_direito\\_romano-WEB\\_v2.pdf](http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/O_estupro_no_direito_romano-WEB_v2.pdf). Acesso em: 3 nov. 2015, p. 24-28.

12. CANELA, Kelly Cristina. **O Estupro no Direito Romano**. Disponível em: [http://www.culturaacademica.com.br/\\_img/arquivos/O\\_estupro\\_no\\_direito\\_romano-WEB\\_v2.pdf](http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/O_estupro_no_direito_romano-WEB_v2.pdf). Acesso em: 3 nov. 2015, p. 67.

No artigo 213 do Código Penal Brasileiro de 1940, o estupro estava previsto sob a redação: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Com o advento da Lei 12.015 de 2009, houve alteração do nome do título “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, protegendo a liberdade e a dignidade sexual da vítima.

Atualmente, é considerado estupro pelo artigo 213 do Código Penal o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”<sup>13</sup>, com uma pena de reclusão de seis a dez anos.

Todavia, apesar da tificação do crime e da repugnância na sociedade, ainda hoje, vítimas de estupro se sentem envergonhadas, culpadas e amedrontadas, por inúmeros fatores. Com a modificação pela Lei 12.015 de 2009, o bem jurídico tutelado passou a ser a dignidade e a liberdade sexual da vítima, alcançando as prostitutas, o que representou um avanço no direito brasileiro. Regis Prado menciona que:

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual<sup>14</sup>.

Diante disso, percebe-se que o bem jurídico tutelado pelo Estado não foi somente a dignidade sexual, mas a liberdade também. Com isso, o indivíduo tem a autonomia para escolher com quem vai ou não se relacionar. Renato Marcão e Plínio Gentil diferencia dignidade e liberdade sexual afirmando que:

---

13. BRASIL. **Lei 12.015 de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm). Acesso em: 3 nov. 2015.

14. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial – Arts. 121 a 249**. v. 2. 8. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 599.

A adjetivação do conceito dignidade, com o qualificativo *sexual*, importa em reconhecer *uma determinada dignidade*, aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste se autodeterminar à atividade sexual. [...] A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer. Ao punir condutas que obriguem o indivíduo a fazer o que não deseja, ou a permitir que com ele se faça o que não quer com o próprio corpo, a norma penal está tutelando sua liberdade sexual<sup>15</sup>.

Assim, o indivíduo possui autodeterminação e liberdade em decidir com quem irá se relacionar ou não. No entanto, a vontade e a autonomia do sujeito, em certos casos é violada. De acordo com a Secretaria de Segurança Pública, os índices de violências sexuais contra a mulher no Brasil continua alto.

No ano de 2015, entre os meses de janeiro a setembro, foram registrados na capital do Estado de São Paulo 1.559<sup>16</sup> casos de estupro em delegacias. Deste número, apenas 118<sup>17</sup> casos foram registrados, ou seja, apenas 7,5% do total. Além disso, no Distrito Federal foram registradas 79 ocorrências de estupro em Agosto de 2013, com um crescimento de 8,2% em relação ao mês anterior, sendo que 88,9% é do sexo feminino<sup>18</sup>.

---

15. MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do código penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45-46.

16. BRASIL. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Segurança Pública. **Dados estatísticos do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/Mapas.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2015.

17. BRASIL. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Segurança Pública. Estatísticas. **Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/ViolenciaMulher.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2015.

18. BRASIL. Governo do Distrito Federal. Atendimento ao SIOSP. Informações Estatísticas n. 08/2013 – NUACRI. 18 set. 2013. **Acompanhamento Mensal Estupro**. Agosto de 2013. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/images/Estatistica%20SSPDF/Especificas/Estupro/Agosto\\_2013\\_alterado\\_%20Acompanhamento%20estupro%20e%20estupro%20de%20incapaz%203.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/images/Estatistica%20SSPDF/Especificas/Estupro/Agosto_2013_alterado_%20Acompanhamento%20estupro%20e%20estupro%20de%20incapaz%203.pdf). Acesso em: 4 nov. 2015.

Nota-se, a partir dos números expostos acima que grande parcela de mulheres brasileiras sofrem violências sexuais. Com tais violações à sua dignidade e a sua integridade, sofrem danos psicológicos, além de aumentar o índice de gravidez e doenças sexualmente transmissíveis. O problema é que ainda hoje a violência sexual é um crime subnotificado, ou seja, as vítimas não comunicam o crime por inúmeras razões, dentre elas a vergonha ao se expor e o medo do agressor, o qual muitas vezes está próximo<sup>19</sup>.

O Ginecologista Jefferson Drezett, coordenador do projeto “Bem Me Quer” do Hospital Pérola Byington, na região do Estado de São Paulo, o qual é referência no atendimento de vítimas de violências sexuais, menciona que 90% das vítimas não denunciam o agressor e tampouco buscam orientação médica. Além disso, afirma que:

Existe uma informação consolidada de que a maior parte das pessoas que sofrem violência sexual não vai procurar ajuda policial nem médica. A situação brasileira não é diferente da encontrada na América Latina e Caribe. Apenas 10% a 15% denunciam. [...] os principais motivos para que a denúncia não seja consolidada são o medo de morte e da repetição da violência, sensação de vergonha e humilhação e sentimento de culpa<sup>20</sup>.

Ademais, Débora Diniz, diretora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero afirma que estudos demonstram que as vítimas de violência por pessoas próximas acreditam que fizeram algo de errado e não identificam (ou não querem) o abuso, sendo que segundo o

---

19. BEDONE, Aloísio José; FAÚNDES, Anibal. **Atendimento integral às mulheres vítimas de violência sexual: Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher**, Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csp/v23n2/24.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2015, p. 467.

20. OLIVEIRA, Ana Flávia. **90% das mulheres estupradas não denunciam agressor, diz especialista**. Violência Contra a Mulher. iG São Paulo. Publicação: 25 abril 2014. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-04-25/90-das-mulheres-estupradas-nao-denunciam-agressor-diz-especialista.html>. Acesso em: 3 nov. 2015.

Ministério da Saúde, 70% dos estupros são cometidos por parentes e conhecidos<sup>21</sup>.

Em uma pesquisa realizada com mulheres vítimas de estupro demonstrou a vulnerabilidade da vítima e as dificuldades enfrentadas em decorrência da violação sofrida. Foi constatado que:

uma parcela da população que denuncia nas delegacias não procura o atendimento médico-legal. Essa realidade foi constatada nos relatos das mulheres e nos casos atendidos na instituição de saúde, campo desta pesquisa. As falas das entrevistadas que utilizaram esse serviço mostraram um constrangimento por ocasião do exame de corpo de delito, apesar de terem enfatizado a importância do procedimento como necessário à comprovação do fato diante das autoridades judiciais. Algumas falas exteriorizaram satisfação e agilidade no atendimento. No entanto, houve o relato de um caso no qual o examinador médico submeteu a cliente no momento do exame a interrogatórios irônicos, no intuito de responsabilizá-la pela violência sofrida. Isto aumentou o sofrimento da vítima e causou péssima impressão a respeito do atendimento<sup>22</sup>.

Desse modo, mesmo que o hoje, o Código Penal tutele a questão da dignidade e liberdade sexual do sujeito, as razões mencionadas acima perduram nos dias atuais, provocando com que ocorrências não sejam registradas devidamente e tampouco a realização de exame de corpo de delito. No caso do estupro, a vítima mulher está em uma condição de total violação, com sua dignidade, liberdade, autonomia, dentre inúmeros outros

---

21. MENA, Fernanda. **Mulheres são processadas após denunciar crime de estupro**. São Paulo. Publicado em 25 out. 2015. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698267-mulheres-sao-processadas-apos-denunciarem-estupros.shtml?mobile>. Acesso em: 3 nov. 2015.

22. SUDÁRIO, Sandra; ALMEIDA, Paulo César de; JORGE, Maria Saete Bessa. **Mulheres Vítimas de Estupro: Contexto e Enfrentamento dessa Realidade**. Universidade Estadual do Ceará. *Psicologia & Sociedade*, 17 (3), 73-79; set/dez: 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v17n3/a12v17n3>. Acesso em 3 nov. 2015, p. 84.

direitos violados, além do desamparo, da humilhação e do medo que está sofrente naquele momento. Por isso, a dificuldade na realização do exame de corpo de delito. Muitas vezes a vítima não quer passar por todo aquele processo novamente, mas simplesmente ser amparada e o exame desempenharia essa função de reviver o que aconteceu. Inclusive,

O exame de corpo de delito de conjunção carnal, próprio nesses casos, também não costuma funcionar como prova concreta de violência sexual principalmente se a vítima for adulta e não virgem no momento da agressão<sup>23</sup>.

Além do mais,

Segundo o serviço de atendimento a vítimas de violência sexual do Hospital Pérola Byington, de cada 10 mil mulheres atendidas, só 11% tinham traumas físicos da agressão. Em 95% dos casos, elas não tinham sequer marcas nos genitais. Para especialistas em crimes contra a mulher, o dado não é uma surpresa: cometido em ambiente privado e mediante grave ameaça, o estupro e outras formas de violência sexual tendem a não deixar vestígios<sup>24</sup>.

Desse modo, o exame de corpo de delito não é uma prova essencial para a vítima, até porque o próprio artigo 213 do Código Penal ressalta que a prática de estupro pode ser por meio de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, o qual pode não ser constatado por meio do exame de corpo de delito.

---

23. COULOURIS, Daniella Georges. Violência, Gênero e Impunidade: A Construção da Verdade nos casos de Estupro. Texto integrante dos Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da História. ANPUH/SP- UNICAMP. Campinas, 6 a 10 de setembro de 2004. Cd-rom. Disponível em: <http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XVII/ST%20VII/Daniella%20Georges%20Coulouris.pdf>. Acesso em 3 nov. 2015.

24. MENA, Fernanda. Mulheres são Processadas Após Denunciar Crime de Estupro. São Paulo. Publicado em 25 out. 2015. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698267-mulheres-sao-processadas-apos-denunciarem-estupros.shtml?mobile>. Acesso em 3 nov. 2015.

Portanto, a dignidade e a liberdade sexual da vítima são violadas e o exame de corpo de delito não pode ser considerado uma formalidade necessária, fazendo com que a mesma reviva toda a situação novamente.

## A prática do aborto em casos de violência sexual

O aborto é o ato de interrupção da gravidez, o qual resulta na morte do feto, decorrendo de modo natural ou induzido. O direito brasileiro se preocupa com o segundo caso de aborto, o induzido, situação essa em que a “expulsão” do feto e a conseqüente interrupção da gravidez foi ocasionada por alguém.

A história do Brasil, contudo, foi marcada por uma grande influência da igreja nos três âmbitos de poderes, tais como o legislativo, o executivo e o judiciário, o que pode ainda ser notado na atualidade. Quanto a questões referentes à sexualidade, também é perceptível certos resquícios da religião no direito.

O Estado brasileiro, desde a Constituição da República de 1891, é definido como Estado laico, ou seja, um Estado que é independente da igreja, ao mesmo tempo em que prima pelo respeito ao direito e ao exercício de todas as religiões. No Brasil, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, foi elevado ao status de Estado Democrático de direito, estabelecendo/reiterando a total separação entre Estado e Igreja, proclamando não somente a liberdade de religião, mas a total separação entre igreja e Estado (artigo 5, VI)<sup>25</sup>.

Nesse sentido, na legislação atual brasileira, em tese, os anseios da igreja devem estar separados do Estado. No que diz respeito ao aborto, há ainda muitos questionamentos acerca do tema. Hoje, no Brasil, a privação intencional do nascimento é considerado, pela legislação nacional, um

---

25. EMELICK, Rulian. **Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 116.

crime pelo artigo 124 do Código Penal Brasileiro: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”<sup>26</sup>.

Desse modo, caso o aborto seja provocado pela própria gestante ou com seu consentimento, pelo direito brasileiro, há um crime com pena de detenção de um a três anos. No entanto, há exceções a essa regra imposta pelo artigo supramencionado. Uma delas está prevista no artigo 128 do Código Penal, o qual menciona que:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:  
**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**  
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal(**grifo nosso**)<sup>27</sup>.

Então, se a gravidez for resultado de uma violência sexual, há a possibilidade do aborto, desde que com seu consentimento ou por seu representante legal, quando incapaz. Como bem esclarece Daniel Sarmento,

É possível concluir que a ordem constitucional brasileira protege a vida intra-uterina, mas que essa proteção é menos intensa do que a assegurada à vidas das pessoas nascidas, podendo ceder, mediante uma ponderação de interesses, diante de direitos fundamentais da gestante. E pode-se também afirmar que a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, tendo em vista o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, sendo certo que tal fator deve ter especial regime jurídico do aborto<sup>28</sup>.

---

26. BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848 de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 3 nov. 2015.

27. BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 3 nov. 2015.

28. SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: CAVALCANTE, Alcileine; XAVIER, Dulce. Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir-CDD, 2006, p. 150.

Em 2013, a Lei 12.845, ampliou as garantias para a gestante vítima de abuso sexual, ao regular o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Dispondo que os hospitais devem oferecer atendimento emergencial, integral e multidisciplinar as vítimas para reduzir os danos físicos e psíquicos<sup>29</sup>.

Além disso, a Lei estabeleceu que a violência sexual são todas as formas de atividade sexual não consentida, demonstrando que não é necessário para a caracterização do estupro, apenas a conjunção carnal. Por último, é também garantido as vítimas de violências sexuais a facilitação do registro da ocorrência e o encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas, bem como a profilaxia da gravidez<sup>30</sup>.

Percebe-se, que a Lei 12.845/13 traz inúmeras disposições que ampliam o amparo as vítimas de estupro no Brasil, representando um avanço nessa seara no que diz respeito aos direitos das mulheres, já que além de prevenir a gravidez com a profilaxia, garante meios de atenuar os danos físicos e psíquicos sofridos por esses sujeitos. No entanto, com a proposta do Projeto de Lei n. 5.069/13 pelo Deputado Eduardo Cunha, os direitos conquistados por meio da Lei acima mencionada serão reduzidos.

Isso porque, tal Projeto além de não estipular o que é considerado substância abortiva – dando margem à proibição da pílula do dia seguinte, considerada medida preventiva – prevê a obrigatoriedade do exame de corpo de delito em vítimas de violências sexuais. Veja,

**Art. 134-A. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:**

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

---

29. BRASIL. **Lei 12.845 de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm). Acesso em: 4 nov. 2015.

30. BRASIL. **Lei 12.845 de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm). Acesso em: 4 nov. 2015.

Parágrafo único. Se o crime é cometido por agente de serviço público de saúde ou por quem exerce a profissão de médico, farmacêutico ou enfermeiro:

Pena – detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.**(grifo nosso)**<sup>31</sup>.

Art. 2. Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, as práticas descritas como típicas no Título VI da Parte Especial do Código Penal (Crimes contra a Liberdade Sexual), Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, em que resultam danos físicos e psicológicos.

**Parágrafo único. A prova da violência sexual deverá ser realizada por exame de corpo de delito (grifo nosso)**<sup>32</sup>.

Inclusive, quanto a questão da profilaxia da gravidez, a deputada Maria do Rosário (PT-RS) adverte que: “Ficará a critério do médico julgar se a pílula do dia seguinte, por exemplo, é abortiva ou não. Se ele achar que é, a mulher não poderá receber, alertando pela razoabilidade do projeto, ao considerar que o projeto é uma “antessala” da proibição da pílula. Também, como já explanado no presente trabalho, há um número expressivo de mulheres vítimas de violências sexuais que não realizam o exame de corpo de delito, em detrimento da humilhação, do medo e do desgaste emocional que sofrerão novamente. Nesse sentido, um estudo realizado no segundo semestre do ano de 1998 retrata que:

---

31. BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei n. 5.069 de 2013**. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto- Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Autor: Deputado Eduardo Cunha. Relator: Deputado Evandro Gussi. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 2 nov. 2015, p. 5.

32. BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei n. 5.069 de 2013**. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto- Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Autor: Deputado Eduardo Cunha. Relator: Deputado Evandro Gussi. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTramitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 2 nov. 2015, p. 7.

Nesse período, foram atendidas 109 mulheres grávidas em decorrência do estupro, dentre as quais, 71 optaram por interromper a gestação, 23 optaram por não interromper. Em 15 casos não foi possível, por questões médicas, atender à solicitação<sup>33</sup>.

Nesse diapasão, o estudo demonstra que nos casos de gravidez por estupro, 65% das mulheres optam por interromper a gestação. Mas, em 2015, entre os meses de janeiro a setembro, a capital do Estado de São Paulo apresentou um número de 1.559<sup>34</sup> casos de violências sexuais nas delegacias, porém, apenas 118<sup>35</sup> foram registrados, isto é, um percentual de 7,5%.

Além disso, em uma pesquisa desenvolvida em três hospitais públicos pela Universidade Federal de São Paulo, destacou que em “um total de 8.600 atendimentos realizados entre 1998 e 2003, apenas cerca de 10% das vítimas haviam dado queixa à polícia<sup>36</sup>”. Ainda, de acordo com o serviço prestado pelo Hospital Pérola Byington<sup>37</sup>, em cada dez mil mulheres atendidas, apenas 11% apresentam traumas físicos decorrentes de violências sexuais, bem como o artigo 213 do Código Penal, realça que o estupro não se refere apenas a conjunção carnal, mas a atos libidinosos.

---

33. BEDONE, Aloísio José; FAÚNDES, Anibal. **Atendimento integral às mulheres vítimas de violência sexual: Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher, Universidade Estadual de Campinas**. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/csp/v23n2/24.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2015, p. 466.

34. BRASIL. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Segurança Pública. **Dados estatísticos do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/Mapas.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2015.

35. BRASIL. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Segurança Pública. **Estatísticas. Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/ViolenciaMulher.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2015.

36. VILLELA, Wilza; LAGO, Tânia. **Conquistas e desafios no atendimento das mulheres que sofreram violência sexual**. <http://www.scielosp.org/pdf/csp/v23n2/25.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015, p. 474.

37. MENA, Fernanda. **Mulheres são processadas após denunciar crime de estupro**. São Paulo. Publicado em 25 out. 2015. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698267-mulheres-sao-processadas-apos-denunciarem-estupros.shtml?mobile>. Acesso em: 3 nov. 2015.

Para a Deputada Cristina Brasil do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB-RJ), afirma que após um estupro, nenhuma mulher pode ser obrigada a fazer um exame de corpo de delito<sup>38</sup>. Inclusive, a Constituição Federal de 1988 garante:

Art. 1. 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:

I - a soberania;

**II - a cidadania;**

**III - a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (**grifo nosso**)<sup>39</sup>.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (**grifo nosso**)<sup>40</sup>.

---

38. BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. **CCJ aprova mudança no atendimento a vítimas de violência sexual**. Publicado em 21 out. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/498538-CCJ-APROVA-MUDANCA-NO-ATENDIMENTO-A-VITIMAS-DE-VIOLENCIA-SEXUAL.html>. Acesso em: 3 nov. 2015.

39. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 4 nov. 2015.

40. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 4 nov. 2015.

Com isso, é possível apreender desses dois artigos da Constituição que é assegurado aos cidadãos brasileiros a dignidade da pessoa humana e que a lei punirá os abusos, a violência e a exploração sexual. Diante de todas as evidências expostas acima, nota-se que, além da Constituição Federal assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana e o próprio Código Penal, em seu artigo 213, ressaltar que não é necessário a conjunção carnal para a caracterização do estupro, há uma tendência, das vítimas de violências sexuais, em não registrar a ocorrência nas delegacias, por inúmeros fatores.

Portanto, o Projeto de Lei n. 5.069 de 2013 que visa obrigar as mulheres que sofreram abusos sexuais para realizar o aborto legal, irá reduzir o âmbito de proteção que a Lei 12.845/13 proporcionou as mulheres brasileiras, até porque não é razoável o Estado permitir mais um abuso em torno da dignidade da mulher vítima de estupro.

## **A prática do aborto na América do sul: uma análise comparativa internacional**

O aborto, em regra, é um crime que atenta contra à vida do nascituro, no entanto, há exceções. No caso do estupro, há a possibilidade de concessão do chamado “aborto humanitário”, não passível de punição pela legislação brasileira atual.

No Brasil, a legislação brasileira contribuiu para que as vítimas de violência sexual fossem amparadas. Todavia, a proposta do Projeto de Lei n. 5.069/2013 visa restringir os avanços conquistados ao impor o exame de corpo de delito, além de medidas outras, necessárias para a realização do aborto, mesmo não sendo provas essenciais. Isso porque o próprio Código Penal realça, por meio do artigo 213, que a prática do estupro pode ser por meio de outros atos libidinosos, os quais não podem ser constatados por meio de exame de corpo de delito.

Por isso, far-se-á necessário analisar o entendimento de alguns países da América do Sul para verificar qual a tendência compreendida pelos vizinhos, até porque, cerca de 19 milhões dos abortos são inseguros,

resultando na morte de 70 mil mulheres, de acordo a Organização Mundial de Saúde (OMS) e, conforme a Organização das Nações Unidas (ONU), quanto maior forem as restrições, mais irá aumentar a mortalidade por abortos inseguros<sup>41</sup>.

O quadro abaixo demonstra a situação do aborto na América Latina, no entanto, o presente estudo fará uma análise mais detalhada dos seguintes países: Argentina, Chile, Nicarágua, Paraguai e Uruguai.



Fonte: Folha de São Paulo<sup>42</sup>.

41. ROCCELO, Mariane. **Saiba como o aborto é regulamentado em sete países**. OperaMundi. São Paulo, 28 de abril de 2014. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>. Acesso em: 01 jan. 2016.
42. COLOMBO, Sylvia. **Caso no Paraguai reaviva debate sobre aborto na América Latina**. 17 maio 2015. Folha de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/05/1629909-caso-no-paraguai-reaviva-debate-sobre-aborto-na-america-latina.shtml>. Acesso em: 03 jan. 2016.

No caso da Argentina, conforme o artigo 86 do Código Penal, o aborto é permitido nos casos em que há risco à vida e à saúde da mulher, violência sexual ou abuso de incapaz<sup>43</sup>, sendo ainda mais limitado em certas províncias<sup>44</sup>. Atualmente, o Congresso discute acerca da discriminação, tendo em vista o crescimento dos índices de mortalidade materna. Inclusive, os dados oficiais demonstram um número de 500 mil abortos por ano no país<sup>45</sup>, cerca de 40% das gestações totais, conforme Marcelo Guz, chefe de Maternidade Hospital Alvarez<sup>46</sup>.

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Argentina é um dos países que apresenta um dos maiores índices de abortos por número de nascimentos, sendo a maioria clandestino<sup>47</sup>.

No Chile, o aborto é proibido, sem exceções. A proposta de descriminalização em casos de estupro, risco de vida e má formação ainda está em trâmite no Congresso, o que resolveria 5% das 70 mil interrupções de gravidez por ano<sup>48</sup>.

---

43. ARGENTINA. **Código Penal de la Nación Argentina**. Lei 11.179/84. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_arg\\_codigo\\_penal.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm). Acesso em: 01 jan. 2015.

44. S. PALOMINO; R. MONTES; D. M. PÉREZ. **A odisseia das mulheres pelo direito ao aborto na América Latina**. Bogotá / Santiago de Chile / México. 12 nov. 2015. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622\\_824364.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622_824364.html). Acesso em: 01 jan. 2016.

45. ROCCELO, Mariane. **Saiba como o aborto é regulamentado em sete países**. OperaMundi. São Paulo, 28 de abril de 2014. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+e+regulamentado+em+sete+países.shtml>. Acesso em: 01 jan. 2016.

46. JASTREBLANSKY, Maia. **Las cifras del aborto clandestino en el país**. La Nación. 9 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.lanacion.com.ar/1396232-las-cifras-del-aborto-clandestino-en-el-pais>. Acesso em: 02 jan. 2016.

47. S. PALOMINO; R. MONTES; D. M. PÉREZ. **A odisseia das mulheres pelo direito ao aborto na América Latina**. Bogotá / Santiago de Chile / México. 12 nov. 2015. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622\\_824364.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622_824364.html). Acesso em: 01 jan. 2016.

48. S. PALOMINO; R. MONTES; D. M. PÉREZ. **A odisseia das mulheres pelo direito ao aborto na América Latina**. Bogotá / Santiago de Chile / México. 12 nov. 2015. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622\\_824364.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622_824364.html). Acesso em: 01 jan. 2016.

Entre os anos de 2001 e 2012, foram registrados mais de 395 mil abortos no Chile<sup>49</sup>. Além disso, o Ministério da Saúde<sup>50</sup> afirma que: “33.000 abortos por año, es decir 90 abortos diarios en promedio. Sin embargo, otros estudios estiman la cifra entre 60.000 a 70.000 abortos al año, mientras que otros la sitúan en 160.000 abortos por año”<sup>51</sup>.

Vale ressaltar ainda que 75% dos abortos inseguros mundialmente, ocorrem em países como a Nicarágua, conforme o Guttmacher Institute. Ainda,

Una encuesta realizada por el Colectivo de Mujeres de Matagalpa entre 2003 y 2009 evidenció que el 66% de 3,918 mujeres consultadas en este departamento dijeron haberse practicado un aborto satisfactoriamente. Este colectivo continúa registrando abortos. [...] el aborto se ha convertido en una actividad clandestina difícil de detener. Como resultado, ha cobrado la vida de muchas mujeres, a quienes les ha sido denegado su derecho de decidir sobre cuándo es el momento indicado para tener un hijo sin poner en riesgo su salud o su vida. La imposibilidad de tener un aborto seguro, no cambia la decisión de las mujeres, aun si significa que romperán las leyes, aseguran.

---

49. FONTENELE, Cristina. No Chile, mulheres grávidas por estupro ainda não têm direito a um aborto legal e seguro. Adital. 15 out. 2015. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=86854>. Acesso em: 01 jan. 2016.

50. Amnistia Internacional. Fatos e números. Disponível em: <http://amnistia.cl/web/wp-content/uploads/2015/08/PRINCIPALES-DATOS-Y-CIFRAS-SOBRE-ABORTO-EN-CHILE.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2016.

51. Tradução: 33.000 abortos são realizados a cada ano, ou seja, 90 abortos por dia, em média. No entanto, outros estudos colocam o número entre 60.000 a 70.000 abortos por ano, enquanto outros situou-se em 160.000 abortos por ano

De hecho, existe poca relación entre el estatus legal del aborto y la cantidad de veces que ocurre<sup>5253</sup>.

No Paraguai, o aborto só é permitido quando há risco grave à vida da mulher. Assim, em casos de estupro, há proibição<sup>54</sup>. Como consequência, o país está em terceiro lugar nos casos de morte materna América Latina, segundo o Ministério da Saúde<sup>55</sup>.

Já no Uruguai, o entendimento é no sentido de dar às mulheres o direito de liberdade, o que irá refletir na redução de morte maternal, doenças e número de abortos, o subsecretario de Saúde Pública, Leonel Briozzo, destacou que<sup>56</sup>:

la ley de defensa de los derechos humanos y reproductivos y la de interrupción del embarazo como dos grandes componentes del conjunto de normas que tienen como objetivo “que las mujeres puedan decidir qué es lo mejor para su vida y su salud y que, desde el ámbito sanitario, se las ayude a la toma de

- 
52. Tradução: Uma pesquisa realizada pelo Coletivo de Mulheres de Matagalpa entre 2003 e 2009 mostrou que 66% das 3.918 mulheres pesquisadas neste departamento disse ter tido um aborto com sucesso. Este grupo continua a computar abortos. [...] o aborto ilegal tornou-se uma atividade difícil de parar. Como resultado, custou a vida de muitas mulheres, que foram negados o direito de decidir quando é o momento certo para ter um filho sem arriscar sua saúde ou vida. A impossibilidade de ter um aborto seguro, não altera a decisão das mulheres, mesmo que isso signifique quebrar a lei, dizem. Na verdade, há pouca relação entre o status legal do aborto e do número de vezes que ele ocorre.
53. BERMÚDEZ, Violeta. **Aborto inseguro mata a 47 mil mujeres al año**. 18 jun. 2014. Confidencial. Disponível em: <http://www.confidencial.com.ni/archivos/articulo/17968/aborto-inseguro-mata-a-47-mil-mujeres-al-ano#sthash.1hJc7cli.dpuf>. Acesso em: 02 jan. 2016.
54. S. PALOMINO; R. MONTES; D. M. PÉREZ. **A odisseia das mulheres pelo direito ao aborto na América Latina**. Bogotá / Santiago de Chile / México. 12 nov. 2015. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622\\_824364.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622_824364.html). Acesso em: 01 jan. 2016.
55. Aborto en Latino América. **Leys en Paraguay**. Disponível em: <http://abortolatinioamerica.com/aborto/legislacion/976-2/>. Acesso em: 03 jan. 2016.
56. ARGENTINA. Ministério de la Salud. **Día de acción por la salud de la mujer: Uruguay tiene las tasas más bajas de aborto y mortalidad materna de América**. 29 maio 2014. <http://www.msp.gub.uy/noticia/d%C3%ADa-de-acción-por-la-salud-de-la-mujer-uruguay-tiene-las-tasas-más-bajas-de-aborto-y>. Acesso em: 01 jan. 2016.

decisiones conscientes de que contribuyan a disminuir enfermedades, la muerte materna y el número de abortos”<sup>57</sup>.

Briozzo esclareceu ainda que o índice de aborto no Uruguai é um dos mais reduzidos do mundo, garantindo o terceiro lugar da América Latina, tendo em vista a baixa taxa de mortalidade materna. Isso por conta das políticas de redução de riscos e danos que o Governo vem desenvolvendo durante os últimos anos<sup>58</sup>.

Em suma, há diferenças nas formas de procedimentos dos países na América Latina acerca do aborto, tendo em vista o prazo de interrupção da gravidez, dentre outros fatores para assegurar a permissão ou não. O que se percebe, entretanto, é que nos países em que há a proibição parcial ou total do aborto, os índices de aborto clandestino continuaram o mesmo ou houve um crescimento.

Diferentemente do que ocorreu no caso do Uruguai, por exemplo, com a introdução das políticas de redução de riscos e danos nos últimos anos, as taxas de aborto e mortalidade materna diminuíram.

Deve, portanto, ser garantido o direito à vida, à saúde, à integridade, tanto da mãe, quanto da criança, para que esses números sejam reduzidos. No Brasil, a política realizada por meio do Projeto de Lei n.5.069/2013 contribui para o retrocesso, o qual não irá diminuir os riscos, mas sim aumentar ainda mais os problemas de saúde pública.

---

57. Tradução: A lei de defesa dos direitos humanos e reprodutivos e a interrupção da gravidez como dois componentes principais do conjunto de regras que visam “capacitar as mulheres para decidir o que é melhor para a sua vida e sua saúde e que, desde o setor da saúde, ele vai ajudar a tomada de consciência para ajudar a reduzir a doença, a morte materna e o número de decisões abortos”.

58. ARGENTINA. Ministério de la Salud. **Día de acción por la salud de la mujer: Uruguay tiene las tasas más bajas de aborto y mortalidad materna de América**. 29 maio 2014. <http://www.msp.gub.uy/noticia/d%C3%ADa-de-acción-por-la-salud-de-la-mujer-uruguay-tiene-las-tasas-más-bajas-de-aborto-y>. Acesso em: 01 jan. 2016.

## Considerações finais

A legislação constitucional e infraconstitucional que ampara o direito das mulheres foi fruto de muita luta. No entanto, ainda, em pleno século XXI, o número de violências sexuais é bastante expressivo.

Nesse sentido, no ano de 2013, a Lei 12.845 ampliou as garantias da gestante vítima de abuso sexual, ao dispor que os hospitais devem oferecer atendimento integral, com a finalidade de reduzir os danos. A Lei ressalta, inclusive, que não é necessário o ato de conjunção carnal para a caracterização do estupro, já que toda atividade não consentida é forma de violência.

Todavia, o Projeto de Lei 5.069 de 2013, proposto pelo Deputado Eduardo Cunha, o qual está tramitando para votação no Plenário da Câmara, põe em xeque algumas garantias asseguradas tanto pela Lei 12.845/13, quanto pela própria Constituição Federal Brasileira.

Isso porque, tal Projeto, caso seja aprovado, além de dificultar a questão da profilaxia da gravidez, vai impedir o aborto legal de vítimas de violência sexual, nos casos em que não forem realizados o exame de corpo de delito.

Assim, nesse caso, o exame de corpo de delito seria imprescindível para a realização do aborto e a caracterização da violência sexual, o que traz inúmeros retrocessos, já que a própria Lei 12.845/13 estabelece medidas para diminuir os danos físicos e psíquicos causados em mulheres vítimas de violência sexual.

Portanto, não é razoável e nem compatível com os princípios elencados na Constituição Federal a aprovação do Projeto de Lei n. 5.069 do ano de 2013.

## Referências

- Aborto en Latino América. **Leys en Paraguay**. Disponível em: <http://abortolatinoamerica.com/aborto/legislacion/976-2/>. Acesso em: 03 jan. 2016.
- Amnistia Internacional. **Fatos e números**. Disponível em: <http://amnistia.cl/web/wp-content/uploads/2015/08/PRINCIPALES-DATOS-Y-CIFRAS-SOBRE-ABORTO-EN-CHILE.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2016.
- ARGENTINA. **Código Penal de la Nación Argentina**. Lei 11.179/84. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_arg\\_codigo\\_penal.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm). Acesso em: 01 jan. 2016.
- \_\_\_\_\_. Ministério de la Salud. **Día de acción por la salud de la mujer: Uruguay tiene las tasas más bajas de aborto y mortalidad materna de América. 29 maio 2014**. <http://www.msp.gub.uy/noticia/d%C3%ADa-de-acción-por-la-salud-de-la-mujer-uruguay-tiene-las-tasas-más-bajas-de-aborto-y>. Acesso em: 01 jan. 2016.
- BEDONE, Aloísio José; FAÚNDES, Anibal. **Atendimento integral às mulheres vítimas de violência sexual: Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher**. Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csp/v23n2/24.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- BERMÚDEZ, Violeta. Aborto inseguro mata a 47 mil mujeres al año. 18 jun. 2014. **Confidencial**. Disponível em: <http://www.confidencial.com.ni/archivos/articulo/17968/aborto-inseguro-mata-a-47-mil-mujeres-al-ano#sthash.1hJc7cIi.dpuf>. Acesso em: 02 jan. 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. **CCJ aprova mudança no atendimento a vítimas de violência sexual**. Publicado em 21 out. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/498538-CCJ-APROVA-MUDANCA-NO-ATENDIMENTO-A-VITIMAS-DE-VIOLENCIA-SEXUAL.html>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei n. 5.069 de 2013**. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto- Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Autor: Deputado Eduardo Cunha. Relator: Deputado Evandro Gussi. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTra%20mitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qPJ25skvJ3gJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1381435%26filename%3DTra%20mitacao-PL%2B5069/2013+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 2 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 4 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 2.848 de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 3 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. Governo do Distrito Federal. Atendimento ao SIOSP. Informações Estatísticas n. 08/2013 – NUACRI. 18 set. 2013. **Acompanhamento Mensal Estupro**. Agosto de 2013. Disponível em: [http://www.ssp.df.gov.br/images/Estatistica%20SSPDF/Especificas/Estupro/Agosto\\_2013\\_alterado\\_%20Acompanhamento%20estupro%20e%20estupro%20de%20incapaz%203.pdf](http://www.ssp.df.gov.br/images/Estatistica%20SSPDF/Especificas/Estupro/Agosto_2013_alterado_%20Acompanhamento%20estupro%20e%20estupro%20de%20incapaz%203.pdf). Acesso em: 4 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Segurança Pública. **Dados estatísticos do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/Mapas.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria da Segurança Pública. Estatísticas. **Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/ViolenciaMulher.aspx>. Acesso em: 4 nov. 2015.

- \_\_\_\_\_. **Lei 12.015 de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm). Acesso em: 3 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 12.845 do ano de 2013.** Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm). Acesso em: 2 nov. 2015.
- CANELA, Kelly Cristina. **O Estupro no Direito Romano.** Disponível em: [http://www.culturaacademica.com.br/\\_img/arquivos/O\\_estupro\\_no\\_direito\\_romano-WEB\\_v2.pdf](http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/O_estupro_no_direito_romano-WEB_v2.pdf). Acesso em: 3 nov. 2015.
- CASTRO, Grasielle De. Huffpost Brasil. **Projeto de Eduardo Cunha pode inviabilizar atendimento às vítimas de estupro.** Publicado em 23 set. 2015. Disponível em: [http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/inviabilizar-atendimento-estupro\\_n\\_8180080.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/09/23/inviabilizar-atendimento-estupro_n_8180080.html). Acesso em: 10 nov. 2015.
- COLOMBO, Sylvia. **Caso no Paraguai reaviva debate sobre aborto na América Latina.** 17 maio 2015. Folha de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/05/1629909-caso-no-paraguai-reaviva-debate-sobre-aborto-na-america-latina.shtml>. Acesso em: 03 jan. 2016.
- COULOURIS, Daniella Georges. **Violência, Gênero e Impunidade: A Construção da Verdade nos casos de Estupro.** Texto integrante dos Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da História. ANPUH/SP- UNICAMP. Campinas, 6 a 10 de setembro de 2004. Cd-rom. Disponível em: <http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XVII/ST%20VII/Daniella%20Georges%20Coulouris.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- EMELICK, Rulian. **Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia.** Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Religião e Direitos Reprodutivos: O aborto como campo de disputa política e religiosa.** Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.
- FONTELENELE, Cristina. No Chile, mulheres grávidas por estupro ainda não têm direito a um aborto legal e seguro. **Adital.** 15 out. 2015. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=86854>. Acesso em: 01 jan. 2016.
- JASTREBLANSKY, Maia. **Las cifras del aborto clandestino en el país.** La Nación. 9 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.lanacion.com.ar/1396232-las-cifras-del-aborto-clandestino-en-el-pais>. Acesso em: 02 jan. 2016.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do código penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENA, Fernanda. **Mulheres são Processadas Após Denunciar Crime de Estupro.** São Paulo. Publicado em 25 out. 2015. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698267-mulheres-sao-processadas-apos-denunciarem-estupros.shtml?mobile>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- OLIVEIRA, Ana Flávia. **90% das mulheres estupradas não denunciam agressor, diz especialista.** Violência Contra a Mulher. iG São Paulo. Publicação: 25 abril 2014. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-04-25/90-das-mulheres-estupradas-nao-denunciam-agressor-diz-especialista.html>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial – Arts. 121 a 249.** v. 2. 8. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- ROCCOLO, Mariane. **Saiba como o aborto é regulamentado em sete países**. OperaMundi. São Paulo, 28 de abril de 2014. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+e+regulamentado+em+sete+países.shtml>. Acesso em: 01 jan. 2016.
- S. PALOMINO; R. MONTES; D. M. PÉREZ. **A odisseia das mulheres pelo direito ao aborto na América Latina**. Bogotá / Santiago de Chile / México. 12 nov. 2015. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622\\_824364.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/12/politica/1447363622_824364.html). Acesso em: 01 jan. 2016.
- SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir-CDD, 2006.
- SUDÁRIO, Sandra; ALMEIDA, Paulo César de; JORGE, Maria Salette Bessa. **Mulheres Vítimas de Estupro: Contexto e Enfrentamento dessa Realidade**. Universidade Estadual do Ceará. Psicologia & Sociedade, 17 (3), 73-79; set/dez: 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v17n3/a12v17n3>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- VILLELA, Wilza; LAGO, Tânia. **Conquistas e desafios no atendimento das mulheres que sofreram violência sexual**. <http://www.scielo.org/pdf/csp/v23n2/25.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.

## O controle difuso de convencionalidade no Brasil: soluções para seu aprimoramento

Breno Baía Magalhães<sup>1</sup>

### Considerações iniciais

A introdução do controle de convencionalidade no âmbito das obrigações estatais estipuladas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) alterou, significativamente, os paradigmas acerca da relação entre as normas do tratado e as normas constitucionais dos Estados-partes. A partir da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) no caso *Almonacid Arellano*, o Poder Judiciário está obrigado a declarar, via controle difuso de convencionalidade, a invalidade (ou inefetividade) das leis internas que contrastarem com o tratado internacional.

A obrigatoriedade de o judiciário controlar a convencionalidade da produção normativa interna com base paramétrica direta em um tratado internacional e com a jurisprudência do órgão judicial incumbido de concretizá-lo parece demandar os seguintes pré-requisitos do Poder Judiciário e da Constituição brasileira: a) as normas do tratado internacional deverão ser diretamente aplicadas pelos órgãos judiciais internos para que possa servir de parâmetro; b) o tratado deverá estar situado em posição hierárquica superior, ao menos, das leis ordinárias; c) o Poder Judiciário deverá ser competente para realizar a função de declarar a invalidade ou inefetividade das leis internas do país e

---

1. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Pará (UFPA), professor da Universidade da Amazônia (UNAMA) e das Faculdades Integradas Brasil Amazônia (FIBRA). Visiting Scholar na *Washington College of Law, American University*. E-mail: [brenobaiamag@gmail.com](mailto:brenobaiamag@gmail.com).

d) os precedentes da CtIDH deverão ser seguidos, não pela sua correção material, mas por sua autoridade.

Tais pré-requisitos podem passar despercebidos em análises superficiais do controle de convencionalidade em nosso ordenamento jurídico, mas devem ser discutidos para que suas ausências ou deficiências não constituam perigoso entrave para o exercício de importante obrigação internacional.

Em nosso país, por exemplo, a CADH possui status supralegal, há uma resistência de citação de precedentes da CtIDH e o Supremo Tribunal Federal (STF) não está habilitado à exercer o controle concentrado de constitucionalidade tendo como parâmetro tratados internacionais de direitos humanos de natureza supralegal. Tais características podem explicar a prática vacilante do controle de convencionalidade, além de expor o país à responsabilização internacional por violações de direitos humanos. O artigo pretende enfrentar as vias pelas quais esses pré-requisitos se apresentam no ordenamento jurídico brasileiro e oferecer soluções para que possam ser aprimorados ou instaurados.

## **O controle de convencionalidade: premissas e características do instituto.**

Inicialmente, não podemos assumir como mero acaso a CtIDH ter atribuído às instituições internas (especialmente ao Poder Judiciário) o dever de realizar o referido controle, aproximadamente, vinte anos após sua primeira decisão contenciosa. Possíveis respostas estão nas novas circunstâncias políticas das democracias americanas e na alteração da natureza dos direitos humanos convencionais.

Antes da redemocratização da América Latina, o Poder Judiciário era considerado pela CtIDH como débil protetor de direitos humanos, além de ser órgão estatal promotor de algumas violações de direitos humanos (especialmente as de ordem processual). Contudo, com o fortalecimento do Judiciário interno, a corte interamericana sentiu-se confortável para conclamá-lo para exercer a fiscalização da produção interna de acordo

com a jurisprudência de São José. Ou seja, antes, a corte interamericana considerou impróprio mostrar deferência aos regimes constitucionais que não tinham qualquer autoridade democrática. No entanto, hodiernamente, o controle de convencionalidade pode ser interpretado como um passo dado pela corte interamericana para o compartilhamento, com os sistemas constitucionais, do desenvolvimento dos direitos humanos americanos, porque integra a visão cooperativa da construção das normas da CADH, em contraposição a uma postura adversarial<sup>2</sup>.

A primeira vez que a CtIDH, e não apenas um de seus juízes<sup>3</sup>, instituiu o controle de convencionalidade ocorreu em *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), ocasião em que a corte interamericana afirmou que os juízes, enquanto órgãos do Estado, estariam submetidos à CADH e, portanto, obrigados à velar para que suas disposições não fossem obstaculizadas pela aplicação de leis contrárias ao seu objetivo e finalidade. E, ao realizar juízo de compatibilidade entre as leis nacionais e a CADH, o Poder Judiciário deveria levar em consideração a interpretação da CtIDH, intérprete final da CADH<sup>4</sup>.

Pouco tempo depois de seu pronunciamento inicial sobre o tema, a corte definiu que o teste de convencionalidade das normas internas deveria ser realizado *ex officio*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que dentro de suas competências e regulações processuais respectivas<sup>5</sup>. Anos mais tarde, acrescentou que todos os órgãos estatais deveriam realizar o controle, e não apenas o Poder Judiciário<sup>6</sup>, na medida em que o

---

2. No mesmo sentido, cf. Ariel Dulitzky (2015, p. 55). O autor afirma que a atribuição do controle de convencionalidade decorreu da confiança tardia depositada pela CtIDH no Judiciário das democracias americanas.

3. Cf. voto concorrente de Sergio García Ramírez no Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, n° 101.

4. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. n° 154, § 124.

5. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, § 128.

6. Caso Gelman Vs. Uruguay, § 193.

exercício do controle requereria a adequação das interpretações judiciais, administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos na jurisprudência da CtIDH.

A obrigação internacional de realizar o controle de convencionalidade não está presente nas normas da CADH e a corte de São José elencou os seguintes fundamentos normativos como justificativa do instituto: 1) o princípio do direito internacional *pacta sunt servanda*; 2) o cumprimento estatal de boa-fé das obrigações internacionais; 3) a impossibilidade estatal de alegar disposições internas para justificar o descumprimento de compromissos internacionais (art. 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969); 4) obrigação estatal de adequação normativa do direito interno às disposições da convenção americana (arts. 1º e 2º, da CADH); e 5) garantia do efeito útil dos termos do tratado internacional (BAZÁN, 2013, p. 599-601).

Vale ressaltar que tais obrigações genéricas decorrentes da convenção devem ser cumpridas de forma preventiva, ou seja, não são obrigações determinadas posteriormente à condenação do Estado requerido<sup>7</sup>.

Poderíamos sintetizar, portanto, o teste de convencionalidade das normas internas em sua versão difusa<sup>8</sup> (exercido pelos órgãos estatais internos e não pela CtIDH), com os recortes necessários à nossa abordagem, da seguinte maneira: inobstante a estruturação judiciária do país e o status atribuído à CADH pela Constituição nacional, os juízes deverão, de ofício, adequar, obrigatoriamente, as interpretações judiciais e a produção

---

7. Castilla (2011, p. 608) acrescenta que existem algumas precondições para o exercício do controle de convencionalidade (selecionamos as principais e as mais pertinentes à análise do trabalho): 1) vigência de um tratado internacional; 2) primazia do tratado internacional sobre qualquer outra norma nacional, inclusive sobre a Constituição; e 3) competência institucional para a declaração de violação de uma obrigação internacional. O autor sugere que são essas precondições que permitem que o controle de convencionalidade seja exercido pela CtIDH em sua totalidade, mas acrescenta que elas tornariam a tarefa impossível para os tribunais internos. O presente artigo parte de pressupostos semelhantes.

8. Cf. Voto Razonado de Mac-Gregor no Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, § 13-14.

normativa estatal (decisões judiciais, atos administrativos, leis e a Constituição) à jurisprudência da CtIDH.

## As consequências do controle difuso de convencionalidade para o ordenamento jurídico brasileiro: soluções para seu aprimoramento.

Não obstante as afirmações da CtIDH acerca da forma de realização do controle de convencionalidade identificados no último parágrafo aparentarem reduzido impacto na prática do Judiciário nacional, uma investigação mais atenta pode demonstrar que os atuais contornos procedimentais e jurisprudenciais brasileiros contrariam as determinações da corte interamericana e podem inviabilizar o exercício da obrigação internacional por parte do judiciário brasileiro, caso não sejam aprimorados<sup>9</sup>.

### O status hierárquico da CADH: A supralegalidade é suficiente?

Seguindo a prática do direito internacional geral<sup>10</sup>, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) não exige que os Estados que ratificaram o tratado incorpore a Convenção em seu direito interno<sup>11</sup>, desde que cumpram as obrigações presentes no art. 1<sup>o</sup><sup>12</sup> da Convenção Europeia

---

9. Castilla (2011, p. 610-613) identificou o descompasso que os ordenamentos constitucionais enfrentam para que cumpram com todas as medidas exigidas pela CtIDH na realização do controle de convencionalidade. De acordo com o autor, o que os tribunais nacionais podem realizar, no máximo, é uma *espécie* de controle de convencionalidade, fiscalização que apenas poderia ser realizada, em sua completude, pela corte interamericana. Em contrapartida, o autor defende que as cortes nacionais devem realizar uma interpretação de direitos e liberdades de acordo com tratados internacionais.

10. *Exchange of Greek and Turkish Populations Case* (1925) P.C.I.J., Ser. B, No. 10, pp 19-21.

11. *As regards the specific matters pleaded, the Court has held on several occasions that there is no obligation to incorporate the Convention into domestic law.* 13585/88, [1991] 14 EHRR 153, [1991] ECHR 49, [1991] ECHR 1385 *Observer and Guardian v. UK*, § 76.

12. *As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.*

dos Direitos Humanos (CEDH) (HARRIS *et al.*, 2009, p. 23). Portanto, a obrigação internacional a ser cumprida é dar efeito aos direitos do tratado, independentemente da forma escolhida pelo direito interno para realizá-la. Isso quer dizer que o país não precisa transformar o tratado em si em uma norma diretamente aplicável pelos órgãos judiciais do país. Um Estado pode ter ratificado a convenção e, por meio do Poder Legislativo, editado leis específicas para concretização do tratado<sup>13</sup>.

A previsão normativa do art. 1º da CADH assemelha-se ao da CEDH, mas diferentemente de sua contraparte do velho continente, o tratado americano acrescenta às obrigações de respeitar e garantir, o dever de adoção de medidas normativas no âmbito interno, a fim de assegurar a efetividade do tratado (art 2º da CADH)<sup>14</sup>.

A estipulação do art. 2º da CADH poderia ser considerada como uma redundância, porquanto o dever de harmonização do direito interno aos direitos da Convenção já estaria abarcado pela obrigação mais genérica de respeitar e garantir expressa no artigo anterior. Ademais, tendo em vista a natureza monista<sup>15</sup> da maioria das Constituições americanas, os próprios direitos previstos nas normas do tratado poderiam ser aplicados pelos órgãos judiciais, e a exigência de reformar o direito interno poderia ser extraída da obrigação de garantir do art. 1º (BURGORGUE-LARSEN, 2011, p. 252).

---

13. Na Inglaterra, a norma aplicada pelas cortes nacionais é o *Human Rights Act* (1998).

14. *Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.*

15. A discussão entre monismo e dualismo ainda persiste no Direito Internacional (NIJMAN; NOLLKAEMPER, 2007). No caso, estamos a nos referir não à discussão mais abstrata acerca da existência ou não de dois ordenamentos jurídicos independentes, mas sim dos procedimentos constitucionais internos de incorporação das normas internacionais. Dessa forma, monismo caracteriza-se pela aplicabilidade direta do tratado no plano interno, por outro lado, o dualismo caracteriza-se pela necessidade de transformação do tratado em algum ato normativo interno (transformação).

A interpretação do art. 2º feita pela CtIDH<sup>16</sup> e por comentadores de sua jurisprudência, contudo, afastam qualquer hipótese de redundância ou inutilidade da norma internacional. Segundo Terezo (2014, p. 159), o artigo em comento fora sugestão do Chile quando das discussões acerca da formulação do tratado, no intuito de clarificar as obrigações de garantia, geralmente vagas e obscuras em outros documentos internacionais. Portanto, a função interpretativa do art. 2º é suprir, de forma específica, a obrigação genérica posta no artigo anterior. Não obstante a consensual interpretação que afasta a inutilidade do dever de adotar disposições de direito interno, não há posicionamento expresso da CtIDH acerca do status que a convenção deve assumir no âmbito dos ordenamentos constitucionais internos, e os autores que discutiram o tema apresentam opiniões diversas acerca do ponto.

Harris (1998, p. 16) ressalta, inicialmente, que o art. 2º seria um reforço ao art. 1º, no entanto, sugere que sua inclusão seria uma demonstração da dúvida existente acerca da auto-executoriedade da Convenção, pois sugere que não há certeza se suas normas poderiam fundamentar, de forma autônoma, a queixa de um indivíduo perante um tribunal nacional. O autor afirma que esta seria uma questão a ser decidida no plano nacional pelas Constituições, portanto o tratado, por meio do art. 2º, traria uma declaração expressa de que a Convenção não seria um tratado auto-executável, e que medidas internas deveriam ser tomadas para que suas provisões sejam internalizadas.

Por outro lado, Cançado Trindade (1998, p. 400) discorda da interpretação de Harris, pois, para o brasileiro, o art. 2º não se caracteriza como uma declaração de reconhecimento de que as normas da convenção sejam não auto-executáveis por si mesmas, mas sim como um reforço específico

---

16. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, § 118. *La Corte ha sostenido que los Estados Partes de la Convención Americana tienen el deber fundamental de respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos en la Convención, de acuerdo con el artículo 1.1. El artículo 2 establece el deber general de los Estados Partes de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que resultan necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en aquel instrumento.*

da obrigação geral de harmonizar o direito interno com a convenção, ou de incorporar suas provisões ao direito interno<sup>17</sup>.

Ledesma Faúndez (2004, p. 57-59), de forma intermediária, postula que a Convenção Americana não indica qual posição deve ocupar no direito interno, decisão, exclusivamente, constitucional. Entretanto, defende que a CADH surte efeitos imediatos no direito interno, capazes de atribuir direitos aos indivíduos, sem a necessidade de desenvolvimentos legislativos posteriores. A obrigação e os efeitos imediatos permanecem mesmo em países dualistas. O autor extrai do dever de respeitar e garantir os índicos da aplicabilidade direta da Convenção, no entanto, o autor reconhece que existiriam exceções no próprio corpo do tratado, na medida em que os arts. 10, 18, 25 e, principalmente, o 26 exigiriam, expressamente, legislação posterior para terem operatividade interna.

Como mencionado anteriormente, a CtIDH não decidiu, expressamente, acerca do status que a CADH deve assumir no direito interno, mas é possível identificar que o desenvolvimento da interpretação que a corte supranacional realiza do art. 2 oferece pistas acerca da sua atual compreensão e sua correlação com o controle de convencionalidade.

Inicialmente, na Opinião Consultiva (OC) n° 07/86, que dispunha sobre a aplicabilidade do art. 14.1 (direito de resposta), a CtIDH afirmou que os Estados, em função do art. 1° estavam obrigados a garantir tal direito, decorrência do direito mais amplo de liberdade de expressão, no entanto, ponderou que caberiam às normas internas determinar seus contornos

---

17. Há um problema na argumentação de Trindade (1998). A obrigatoriedade de harmonização do direito interno com a CADH não, necessariamente, se concretiza com a auto-executoriedade do tratado. A aplicabilidade direta do tratado por parte dos órgãos judiciais ou administrativos não é uma condição necessária para que um país realize sua obrigação de harmonização, pois o Estado pode, mesmo sem ter transformado as normas do tratado internacional em fontes internas aplicáveis, ter revogado com antecedência todas as leis a ele contrárias. O mesmo vale para o Poder Judiciário, que pode interpretar as leis internas em conformidade ao tratado, ainda que não possa aplicá-lo de forma direta. Cf. Sloss (2009). Portanto, se o autor brasileiro extrai duas obrigações do art. 2° (harmonização da legislação interna e aplicabilidade direta) deve oferecer argumentos adicionais para sustentá-las, em razão da divergência entre os autores e a interdependência dos argumentos.

(duração da resposta, extensão do desagravo, momento de aplicação da resposta etc.)<sup>18</sup>. Para reforçar a obrigatoriedade de edição de medidas internas necessárias, a CtIDH citou que o art. 2º exige que o direito de resposta seja garantido pelos indivíduos, independentemente, de alegações dos países acerca de sua não previsão<sup>19</sup>. Ao discorrer acerca da expressão “nas condições que estabeleça a lei” presente no art. 14.1, a corte interamericana considerou que ela apenas referia-se à efetividade do direito, e não dispunha sobre sua criação, existência ou exigibilidade internacional. Porém, da interpretação conjunta dos arts. 14.1, 1º e 2º, a CtIDH decidiu que o Estado que não tenha garantido o direito de resposta, deverá fazê-lo, seja mediante lei, ou por outras medidas que forem necessárias, de acordo com seu ordenamento<sup>20</sup>.

Dito em outras palavras, a CtIDH determinou que os Estados teriam de garantir que o direito de resposta fosse efetivo, independentemente da forma que o país signatário escolha para cumprir com tal obrigação, que pode ser obtida mediante leis, normas constitucionais ou outras medidas normativas. A corte, portanto, não atribuiu à CADH capacidade de ser aplicada diretamente pelas cortes, independentemente dos arranjos nacionais. Quando for possível, aplicar-se-á a Convenção; do contrário, o mais importante é a efetividade e não o status do tratado internacional no direito constitucional<sup>21</sup>.

A interpretação acima do art. 2º é, atualmente, reiterada pela CtIDH, quando afirma que:

---

18. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, §§ 24-27.

19. § 28.

20. § 32.

21. Convém lembrar que a CtIDH se eximiu de analisar um dos desdobramentos do primeiro questionamento do Estado na OC nº 07/86 por considerar que tratava-se de uma questão que envolvia a forma como a aplicação do art. 14 poderia ocorrer no direito interno. Cf. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7 § 14.

las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.<sup>22</sup>

Macgregor (2013, p. 75-76), baseado nas construções jurisprudenciais e teóricas acima, elenca duas linhas interpretativas acerca do artigo 2º, são elas: 1) os Estados estão obrigados a desenvolver em sua legislação os direitos que, em sua formulação internacional, carecem da precisão necessária para que possam ser invocados perante as cortes nacionais e 2) os Estados estão obrigados a adotar todas as medidas legislativas necessárias para permitir o gozo efetivo dos direitos convencionais.

Além dessa linha interpretativa acerca do art. 2º, recentes construções jurisprudenciais podem indicar que, ainda que indiretamente, a CtIDH exige que as disposições da CADH sejam aplicáveis como direito interno pelos órgãos judiciais. Faz algum tempo, a CtIDH alterou sua jurisprudência<sup>23</sup> no sentido de reconhecer que a mera edição de uma lei contrária à Convenção, ainda que não tenha sido aplicada pelos órgãos judiciais, viola as obrigações internacionais de harmonização do direito interno presentes no art. 2º em *Suárez Rosero Vs. Ecuador*<sup>24</sup>. Poucos anos depois desta alteração jurisprudencial, a corte declarou que a lei de anistia peruana carecia de efeitos jurídicos com base, dentre outros fundamentos, na obrigação de adequação do direito interno disposta no art. 2º<sup>25</sup>. Posteriormente, no

---

22. Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 271

23. Uma linha jurisprudencial iniciada na OC 14/94, § 49 e seguida nos caso contencioso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas, Serie C, nº 28, 1996, § 60.

24. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, § 98. *La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.*

25. Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, § 42-44.

julgado da CtIDH que instaurou o controle de convencionalidade, o art. 2º fora violado porquanto o Estado não cumprira com sua obrigação legislativa de supressão de normas violadoras dos direitos da Convenção<sup>26</sup> e, além do mais, a corte interamericana ressaltou que a referida obrigação legislativa tem, também, a finalidade de facilitar a função judicial na solução dos casos concretos<sup>27</sup>. No entanto, mesmo nas ocasiões em que o legislativo falhe em cumprir sua obrigação de supressão preventiva, o Poder Judiciário continua vinculado pelos deveres internacionais de garantia oriundos do art. 1.1, o que significa abster-se de aplicar qualquer normativa contrária à convenção<sup>28</sup>. Dessa forma, como órgão estatal, o judiciário deve velar pela efetividade da Convenção ao realizar um controle de convencionalidade das leis internas<sup>29</sup>.

Podemos sumarizar a interpretação da determinação da adoção das “medidas necessárias” (OC 07/86) no âmbito interno e dos meios de exercício do controle judicial de convencionalidade baseado no art. 2º da CADH da seguinte forma: o Poder Judiciário está obrigado a exercer o controle de convencionalidade de uma produção normativa interna (que pode ser a Constituição<sup>30</sup>), a fim de garantir o efeito útil do tratado (o que pode implicar na declaração de inefetividade da norma interna), mesmo nas hipóteses em que a violação tenha ocorrido em função da obrigação

---

26. *Idem*, §§ 121-122.

27. Provavelmente a corte quis referir-se à função legislativa preventiva de impedir, por meio da revogação, que leis contrárias aos direitos humanos da convenção fossem aplicadas por tribunais em casos concretos.

28. *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, § 123.

29. *Idem*, § 124.

30. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73 §§ 72 e 88 (*la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana ... En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución e “al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno ... el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención*)

legislativa de harmonização do direito interno com a convenção (supressão e promulgação). De acordo com a interpretação acima, a CADH deverá, necessariamente, ser aplicada diretamente pelos tribunais internos, além de situar-se no plano interno no nível supralegal (a mais correta posição seria supraconstitucional)<sup>31</sup>. Não permitir a aplicabilidade direta do tratado afetaria o controle de convencionalidade das leis internas, porquanto a garantia do efeito útil permaneceria como uma decisão interna, pois caberia aos Estados, discricionariamente, editar legislações capazes de autorizar que um ato normativo estatal contrário à CADH pudesse ser trazido perante o controle de convencionalidade das cortes nacionais. Por sua vez, a posição hierárquica superior do tratado em relação às normas legislativas ordinárias (e constitucionais) justifica-se pelo fato de que a obrigatoriedade de aplicabilidade direta do tratado pelas cortes internas seria insuficiente para alcançar o padrão exigido pela CtIDH, pois uma posição hierarquia inferior ou no mesmo status das leis ordinárias, inviabilizaria a declaração de inefetividade das últimas<sup>32</sup>.

Apenas o posicionamento hierárquico da CADH no direito interno seria um problema no caso brasileiro, uma vez que os tratados internacionais, ao menos algumas de suas normas<sup>33</sup>, são diretamente aplicáveis pelos tribunais. A natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos possibilita aos tribunais uma fiscalização completa da produção normativa infraconstitucional, mas não alcança as normas constitucionais. Quais alterações seriam necessárias para que o Brasil cumprisse com sua obrigação internacional de fiscalizar a convencionalidade das normas constitucionais?

---

31. Toda Castan (2013, p. 65-74) e Dulitzki (2015, p. 58-60) concordam com as duas conclusões. Para o último, é obrigatório que a Convenção Americana seja um padrão interno juridicamente vinculante com uma posição superior às leis e até mesmo da Constituição, porquanto não se solucionaria o problema do exercício do controle de convencionalidade quando um tribunal não puder afastar a Constituição ou as leis internas tendo como fundamento jurídico o tratado internacional (DULITZKI, 2015, p. 60).

32. Galindo (2014, p. 245) considera que a obrigação de hierarquia superior às normas internas seria um “efeito prático” da obrigação internacional de realizar o controle de convencionalidade.

33. Marques e Lixinski (2009), por outro lado, identificam que alguns tribunais brasileiros sustentam a não auto-executoriedade de alguns tratados internacionais, conclusão que coloca em xeque a aplicabilidade direta dos tratados no país.

Uma resposta mais apressada poderia indicar que o STF deveria reconhecer a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos<sup>34</sup>, contudo, a Suprema Corte poderá interpretar as normas constitucionais brasileiras à luz da jurisprudência da CtIDH e da CADH, sem que declare, por exemplo, a inconstitucionalidade (ou inconveniência) das normas constitucionais originárias<sup>35</sup>.

Uma hipótese de interpretação da Constituição à luz da CADH ocorreu, por exemplo, no caso da declaração da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel<sup>36</sup>. Ainda que a Constituição tenha previsto, textualmente, a possibilidade de prisão civil por dívidas do depositário infiel, a disposição constitucional teve sua força normativa esvaziada (MAUÉS, 2013, p. 219-220).

O que significa dizer que, muito embora o texto constitucional mantenha-se, formalmente, intacto<sup>37</sup>, as normas do tratado internacional interferiram na interpretação da exceção constitucional à prisão civil por dívidas, ao afetar seu alcance e força normativa<sup>38</sup>. Ademais, uma vez que a prisão está sujeita à regulamentação legislativa para ter plena eficácia,

---

34. Marinoni (2013, p. 68) sugere a questão, mas não desenvolve o problema no caso do ordenamento jurídico brasileiro.

35. Partindo do pressuposto de que o tribunal poderá fiscalizar a constitucionalidade de emendas constitucionais que violem as cláusulas pétreas. O STF declarou a impossibilidade de declaração da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias na ADI 815/DF. Para mais detalhes acerca do tema na doutrina, cf. Otto Bachof (1994).

36. Art. 5º, LXVII - *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.*

37. Não houve declarações de inconstitucionalidade, incompatibilidade ou inconveniência por parte do STF.

38. Em trabalho acadêmico, o ministro Gilmar Mendes (2012, p. 648), ao comentar a previsão constitucional da prisão do depositário infiel parece confirmar o argumento defendido no parágrafo acima ao pontuar que a Constituição, por conta da evolução da jurisprudência e “com base no conteúdo do Pacto de San José da Costa Rica, não mais autoriza a prisão civil por dívida”. Outro indício pode ser colhido de trecho da ementa redigida pelo ministro Cezar Peluso no RE 466.343/SP (... Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas). *Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos – grifos nossos.*

“o que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional seja aplicada” (MAUÉS, 2013, p. 219).

Em conclusão, vale ressaltar que não estamos defendendo o acerto do STF ao destacar para a CADH a natureza supralegal<sup>39</sup>, no entanto, sua atual posição não impede que nossa suprema corte realize uma espécie de interpretação conforme de nossa Constituição com os direitos da CADH e com a jurisprudência da CtIDH<sup>40</sup>.

### **A estruturação judiciária do país: controle concentrado de constitucionalidade e controle difuso de convencionalidade.**

Conforme o discutido nos tópicos anteriores, o exercício do controle de convencionalidade difuso (ou seja, o exercido pelos órgãos judiciais internos) independe da estrutura judicial do país, uma vez que a CtIDH não deixa claro se um país em que os juízes não podem exercer o controle repressivo de constitucionalidade (o monopólio da declaração de inconstitucionalidade mantém-se em uma corte constitucional ou órgão específico, como no Chile e Colômbia) terão suas competências constitucionais, obrigatoriamente, reformuladas para afastar leis contrárias à CADH (SAGÜÉS, 2012, p. 27; FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 667 e CONTESSE, 2012). Nestor Sagüés (2013, p. 622; 2012, p. 27) tenta contornar esses possíveis entraves institucionais enfrentados por alguns países, ao defender o exercício de um controle construtivo de convencionalidade, que poderia ser exercido por todos os juízes, no sentido de que trabalhem para a compatibilização da jurisprudência nacional com a interamericana. Portanto, a intervenção judicial seria interpretativa, e não repressiva (com a declaração da inefetividade ou nulidade da lei interna).

---

39. Cf. Magalhães *et. alli* (2014, p. 277).

40. De acordo com Maués (2013, p. 221-222), o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos não é a única variável que ajuda a entender seu impacto no direito interno.

Apesar de interessante e factível<sup>41</sup>, a proposta de Sagüés parecerá insuficiente para a CtIDH, que, provavelmente, nos caso em que o Estado apresentar exceções preliminares baseadas na impossibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade, por conta de especificidades procedimentais e constitucionais internas, argumentará que os procedimentos internos não poderão constituir óbices ao controle de convencionalidade repressivo, apesar de a corte interamericana ter reconhecido exceções procedimentais nacionais a seu exercício<sup>42</sup>. Além do mais, a corte interamericana não explicitou os efeitos da declaração de incompatibilidade. Ou seja, não está claro o suficiente se o Judiciário nacional deverá declarar a lei nula em seu direito interno ou apenas não aplicável no caso concreto.

Pensemos no caso do Brasil. Todos os juízes estão aptos a exercer o controle difuso de constitucionalidade e, tendo em vista o caráter supralegal da CADH, o judiciário nacional será competente para fiscalizar a compatibilidade da produção normativa interna infraconstitucional em um caso concreto<sup>43</sup>. No entanto, a CADH (supralegal) não poderá servir de

---

41. Mesmo em países que não contemplam o controle judicial difuso de constitucionalidade, os demais órgãos do Poder Judiciário poderiam realizar o controle de constitucionalidade, ainda que seja para declarar a constitucionalidade de uma lei ou interpretando a lei conforme a Constituição. Nessas hipóteses, ao Poder Judiciário está vedado apenas exercer o juízo de invalidade da lei (*monopolio de rechazo*), não outras formas de aplicação e interpretação da Constituição. Para mais detalhes, cf. Magalhães (2012, p. 222-223).

42. Um argumento semelhante pode ser encontrado na exceção preliminar de “quarta instância” feita pelo México no Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (2010), §§ 13 e 16-22. O Estado, na ocasião mencionada, alegou que a corte não poderia conhecer do caso, porquanto o judiciário mexicano já realizara o controle de convencionalidade *ex officio*. Em resposta que desconsiderou o pedido, a CtIDH, em resumo, afirmou que todas as vezes em que as obrigações internacionais supostamente violadas envolverem discussões a respeito do devido processo legal, imiscuindo-se ao mérito de uma discussão, a corte sempre será competente para conhecer do caso. E, mais importante, o exercício *ex officio* do controle de convencionalidade não exclui da corte o conhecimento do caso, uma vez que será no mérito em que analisará se o Estado respeitou suas obrigações internacionais à luz do direito e da jurisprudência pertinente da CtIDH.

43. Marinoni (2013, p. 67) afirma que Recurso Extraordinário (RE) pode ser interposto, tendo como fundamento o exercício do controle de convencionalidade difuso pelo STF. De acordo com o autor, a nova modalidade de interposição foi confirmada quando o tribunal conheceu do RE 466.343/SP.

parâmetro de controle via controle concentrado (MAUÉS, 2013, p. 219)<sup>44</sup> e nem poderá fornecer parâmetros para a análise da convencionalidade do texto constitucional. Os tratados internacionais de direitos humanos que não cumprirem as determinações do § 3º, art. 5º da CF/88 poderão ser parâmetro do controle difuso de constitucionalidade, mas não parâmetros para o controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, quando não há um caso concreto a ser solucionado.

O problema surge quando, por exemplo, uma lei interna que não tenha sido aplicada em nenhum caso concreto esteja em contrariedade à CADH. Considerando que as obrigações internacionais de harmonização do direito nacional com a jurisprudência da CtIDH e com os direitos da Convenção transferem-se para o Judiciário, caso o poder legislativo não tenha revogado a lei violadora de direitos humanos, a inviabilização do exercício do controle concentrado de constitucionalidade de uma norma ainda não aplicada em um caso concreto pode implicar na responsabilização internacional do país. Tal panorama demonstra que a estruturação institucional do Judiciário e, conseqüentemente, a forma como um país exerce o controle de constitucionalidade são fatores que afetam o controle de convencionalidade difuso, sem que discussões mais profundas acerca da subsidiariedade do sistema interamericano de direitos humanos sejam desenvolvidas pela CtIDH.

Uma forma de solucionar o impasse seria, finalmente, reconhecer a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, interpretação que corrigiria sua paradoxal posição supralegal. Para expor o paradoxo de forma breve e contextualizada com os argumentos desenvolvidos até aqui: se a Constituição admite a prisão do depositário infiel, por que a CADH afetou a interpretação da Constituição, quando ela é que deveria ser considerada inconstitucional? Caso algum dos legitimados constitucionais proponha uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em face da CADH, poderá o STF declarar a sua inconstitucionalidade com base na Constituição? Se a resposta para tais questões for negativa, talvez

---

44. No mesmo sentido, Mazzuoli (2011, p. 53).

o reconhecimento da natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos seja uma conclusão, além de necessária, inevitável.

### **A força vinculante dos precedentes da CtIDH: o tortuoso caminho em direção ao *ius commune* americano.**

Apesar de teste valioso para a concretização dos direitos humanos e para a difusão da jurisprudência da corte interamericana (RUIZ CHIRIBOGA, 2010, p. 202; CONTESSÉ, 2012), o controle de convencionalidade, a depender da interpretação a ele atribuída, poderá significar que a construção do conteúdo dos direitos humanos dependerá apenas do esforço empreendido pela CtIDH, que funcionaria como a única e legítima intérprete da CADH, submetendo suas interpretações não pela força dos argumentos, mas pelo peso de sua autoridade<sup>45</sup>. Diferentemente do atualmente encontrado na análise brasileira do instituto, bastante recente<sup>46</sup>, sua operacionalização no plano interno pode ser problemática no que concerne a força vinculante dos precedentes da CtIDH.

Recente manifestação da corte interamericana incorporou a ideia de coisa julgada interpretada *erga omnes* para inserir força vinculante às interpretações da CtIDH a serem aplicadas no plano interno por meio do controle de convencionalidade<sup>47</sup>. Ainda que tenha reforçado que o caráter vinculante dos fundamentos determinantes de suas decisões tidas como

---

45. A defesa de um diálogo pela via do controle de convencionalidade foi feita por Flávia Piovesan (2013). Apesar de concordarmos que o controle de convencionalidade possa ser interpretado como mecanismo capaz de permitir que a deliberação entre precedentes constitucionais e supranacionais ocorra, Piovesan (2013, p. 393-407) defende uma versão do controle de convencionalidade como uma oportunidade de uniformização de padrões internacionais. O controle de convencionalidade, de acordo com Piovesan, contribui para que se implemente no âmbito nacional os *standards*, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos para que se alcance o *ius commune* latino-americano. A verticalidade do “diálogo” defendido por Piovesan (2013) não se coaduna com uma abordagem plural sobre deliberação de precedentes, que realça a perspectiva da subsidiariedade do Sistema Interamericano.

46. Nesse sentido, ver as contribuições de Marinoni (2013), Mazzuoli (2011) e Piovesan (2013).

47. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

coisa julgada *erga omnes*<sup>48</sup> aplicavam-se apenas ao Estado condenado, o argumento valeria para os outros países que estão obrigados a realizar o controle de convencionalidade. Portanto, indiretamente, a corte defendeu que a *ratio decidendi* de suas sentenças, de força vinculante *erga omnes*, acompanharia as interpretações da corte interamericana, um dos parâmetros do controle de convencionalidade<sup>49</sup>.

Carlos Hitters (2013, p. 709), entusiasta da novidade, fala em vinculação relativa *erga omnes* dos Estados não envolvidos na demanda. A relatividade estaria caracterizada pela vinculação apenas à norma interpretada (e não a toda a sentença), além de seu alcance estar limitado à existência de outra interpretação mais favorável.

Alfredo Vítolo (2013, p. 367-375), por outro lado, pondera mais cautelosamente sobre a novidade, ao referir-se à dificuldade em identificar nas sentenças da corte a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*<sup>50</sup>, bem como a possível consequência da redução à deferência estatal, porquanto a vinculação formal poderia reduzir a diversidade interpretativa no continente<sup>51</sup>. Por fim, o autor postula que tal construção poderá criar obstáculos a um possível diálogo entre as cortes, pois apenas uma delas falaria e as

---

48. *Idem*, §102.

49. Queralt Jiménez (2008) defende a ideia de coisa julgada interpretada das decisões da CtEDH como reforço do caráter convencional de sua jurisprudência, ou seja, os Estados deverão considerar a produção jurisprudencial da CtEDH como imanente às normas convencionais. No entanto, a autora não defende uma força vinculante uniformizadora dos padrões interpretativos da corte de Estrasburgo, uma vez que seus precedentes exigiriam compatibilizações em busca de harmonia e não uma uniformização visando a identidade interpretativa,

50. Ruiz Chiriboga (2010, p. 203) considera que a falta de claridade no desenvolvimento da doutrina judicial da corte e a jurisprudência instável da CtIDH dificultam o exercício do controle de convencionalidade. Sagüés (2012, p. 22-23), na mesma linha argumentativa, postula que conhecer a jurisprudência da corte interamericana não é tarefa simples, e detectar suas doutrinas requer análise detida de todos os julgados. Contudo, ainda assim, são possíveis diversas interpretações sobre os padrões da corte, ao que o autor urge por mais concisão e consistência no desenvolvimento dos parâmetros.

51. Carlos Hitters (2009, p. 359), por exemplo, antes da construção da coisa julgada interpretada vinculante, já havia alertado para a natureza unificadora da interpretação sobre a CADH pela via do controle de convencionalidade.

demais, escutariam e, obrigatoriamente, acatariam as razões de decidir da CtIDH dotadas de efeito vinculante<sup>52</sup>.

A CtIDH respondeu a contento a crítica denominada por Sagüés (2012, p. 23-24) de conflito de lealdade (os juízes deverão basear-se na Constituição ou na Convenção, nas hipóteses de conflito acerca da constitucionalidade/convencionalidade de uma lei?). De acordo com a corte de São José, uma vez que o Estado ratificou a Convenção e reconheceu a competência de seus órgãos através de mecanismos constitucionais, esse conjunto normativo e institucional passaria a fazer parte do seu ordenamento jurídico, tornando o conflito de lealdades como um falso dilema<sup>53</sup>. No entanto, a argumentação não responde ao problema da forma com que as cortes internas deverão receber a jurisprudência da corte interamericana.

Mesmo que um tribunal estatal tenha afirmado exercer o controle de convencionalidade, isto não impedirá que a corte interamericana avalie o acerto de como tal controle foi feito<sup>54</sup>. Portanto, a postura da força vinculante da interpretação da corte interamericana retira parcela da competência interpretativa das cortes nacionais, que, existindo jurisprudência anterior da CtIDH, deverão uniformizar os padrões constitucionais e interamericanos<sup>55</sup>. O controle de convencionalidade pode ser uma importante via para o diálogo entre os precedentes das cortes internas com os da CtIDH, especialmente, porque, e de acordo com a última: a) os ordenamentos constitucionais regionais não podem, simplesmente, ignorar a produção jurisprudencial da CtIDH; e b) o comprometimento com a

---

52. Bandeira Galindo (2014, p. 249) sustenta que tal postura da CtIDH sugere uma delicada e discutível compreensão de um modelo hierárquico de supremacia do direito internacional.

53. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, § 88.

54. Como visto no tópico acima, não se discutiria, por exemplo, se a corte interna realizou ou não o controle de convencionalidade (questões de procedimento); mas se o realizou da forma correta (questões de interpretação).

55. Como exemplo de manifestações de tal compreensão interpretativa uniformizadora (apesar de defender um suposto diálogo de fontes), é a manifestação da diferença entre vigência e validade defendida por Mazzuoli (2011, p. 117). A lógica parece sempre muito próxima a um tudo ou nada.

concretização dos direitos convencionais da CADH não se exaure com a adoção de suas prescrições textuais, mas engloba, necessariamente, a interpretação de seus órgãos (e os precedentes da corte interamericana são os veículos que transportam essa interpretação).

Com efeito, uma postura dialógica não é contrária ao controle de convencionalidade, desde que as exigências de vinculação aos precedentes da CtIDH não signifiquem uma ilusória e indesejada uniformidade interpretativa de mão única: a CtIDH resolveria, abstratamente e solitariamente, todos os problemas específicos, complexos e urgentes dos países que ratificaram a CADH de maneira abstrata e descontextualizada. O controle de convencionalidade a ser exercido pelos tribunais brasileiros deve ser interpretado como a oportunidade em que o ordenamento constitucional interno deverá realizar o diálogo com os precedentes da CtIDH, como reflexo da construção conjunta dos direitos humanos para alcançar a melhor interpretação e não como uma plataforma de uniformização da interpretação do tribunal supranacional<sup>56</sup>.

## Considerações finais

Para o exercício do controle difuso de convencionalidade, a CtIDH exige do Poder Judiciário dos Estados-parte e do ordenamento constitucional interno três pré-requisitos: 1) que a CADH seja diretamente aplicável pelos órgãos judiciais e que esteja posicionada acima da Constituição; 2) que o judiciário seja competente para declarar a inefetividade das Constituições e das leis internas e 3) que a jurisprudência da CtIDH tenha caráter obrigatório. Acaso não sejam cumpridos, os referidos pré-requisitos afetarão a obrigação internacional determinada pela CADH.

---

56. Contesse (2012) compartilha de visão semelhante, pois enxerga no controle de convencionalidade a oportunidade de a corte interamericana servir como amplificadora das melhores interpretações dos direitos humanos da região, não apenas liderando, mas seguindo processos de decisões constitucionais, deixando espaço para um progressivo desenvolvimento das interpretações da CADH perante as jurisdições constitucionais.

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro pode cumprir-lhes, desde que: 1) o STF interprete as normas constitucionais à luz das obrigações do tratado internacional; 2) a CADH seja considerada como de natureza constitucional, para que o STF possa exercer o controle de constitucionalidade de leis que ainda não foram aplicadas em casos concretos, mas que violam a CADH e 3) os precedentes da CtIDH sejam considerados como a oportunidade em que o Judiciário realize construções dialógicas com as interpretações de São José.

As propostas de aprimoramento do exercício do controle difuso de convencionalidade no Brasil não significam, contudo, que as decisões da CtIDH não devam passar por um cuidadoso escrutínio, especialmente quando ensejam a ressignificação da subsidiariedade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## Referências

- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BAZÁN, Victor. **Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos.** BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudios Avanzados de Derechos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; UBÉDA DE TORRES, Amaya. **The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary.** New York: Oxford University Press, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **The Inter-American Human Rights System at the Dawn of the New Century.** In: HARRIS, David; LIVINGSTONE, Stephen (eds) *The Inter-American System of Human Rights.* London: Clarendon Press, 1998, p. 395-421.
- CARLOS HITTERS, Juan. **Un avance en el control de convencionalidad: El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana.** *Estudios Constitucionales*, Ano 11, n. 2, Santiago, p. 695-710, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** *Estudios Constitucionales*, Ano 7, N° 2, p. 109-128, 2009.
- CASTILLA, Karlos. **El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de La Sentencia Del Caso Radilla Pacheco.** *Anuario Mexicano de Derecho Internacional.* México. v. XI, 2011, p. 593-624.

- CONTESSE, Jorge. **The Last Word? Control of Conventionality and the Possibility of Conversations with the Inter-American Court of Human Rights**. 2012. [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Eng\\_20130514.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Eng_20130514.pdf). p. 01-28, acesso em 12 de Agosto de 2014.
- DULITZKY, Ariel E. **An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights**. *Texas International Law Journal*, Vol. 50, nº 01, p. 45-93, 2015.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Comentário ao art. 2º**. *In: Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. STEINER, Christian; URIBE, Patricia (editores). Fundación Konrad Adenauer: Bogotá, 2014, p. 69-98.
- \_\_\_\_\_. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano**. *In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) Estudios Avanzados de Derechos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 627-705.
- HARRIS, D. J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C. **Law of the European Convention on Human Rights**. 2<sup>nd</sup> Oxford: Oxford University Press, 2009.
- HARRIS, David. **Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement**. *In: HARRIS, David; LIVINGSTONE, Stephen (eds) The Inter-American System of Human Rights*. London: Clarendon Press, 1998, p. 01-30.
- LEDESMA FAÚNDEZ, Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 3. ed. São José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- LIMA MARQUES, Claudia; LIXINSKI, Lucas. **Treaty Enforcement by Brazilian Courts: Reconciling Myths and Ambivalences?** *Brazilian Yearbook of International Law*. v. 04, n. 01, p. 138-169, 2009.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, D. T. M ; CARVALHO, G. B. **Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 275-296, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Em defesa da convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos materiais**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 79, p. 213-231, 2012.
- MAUÉS, Antonio Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 10, n. 18, jun, p. 215-235, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NIJMAN, Janne; NOLKAEMPER, Andre. Introduction. *In: NIJMAN, Janne; NOLKAEMPER, Andre (Coord.) New Perspectives on the Divide between International and National Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 01-14.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo Jurisdicional no contexto latino-americano**. BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudios Avanzados de Derechos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.

- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, **La interpretación del los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. **The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America**. *Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 3, nº 01-02, p. 200-219, 2010.
- SAGÜES, Néstor Pedro. **Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”**. BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 617-625.
- \_\_\_\_\_. **Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano**. In: AHRENS, Helen (Coord.). *El Estado de derecho hoy en América Latina*. Uruguai: Konrad Adenauer, 2012, p. 21-30.
- SLOSS, David. **Treaty enforcement in domestic courts: a comparative analysis**. \_\_\_\_\_ (Org). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 01-66.
- TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014.
- TODA CASTAN, Daniel. **The Transformation of the Inter-American System for the Protection of Human Rights: the structural impact of the Inter-American Court’s case law on amnesties**. Global Campus Awarded Theses 2010/2011. Venice: EIUC, 2013.
- VÍTOLO, Alfredo M. **Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. *Las dos caras del «control de convencionalidad»* *Pensamiento Constitucional*, nº 18, 2013, p. 357-380.

## Mecanismos de participación popular en el derecho constitucional comparado latinoamericano: reflexiones sobre democracia y gobierno

Alberto Manuel Poletti Adorno<sup>1</sup>

### Mecanismos de participación y decisión directa del electorado

Los países latinoamericanos, en su mayoría con regímenes de gobierno presidencialistas, han introducido sucesivamente los mecanismos de consulta al electorado sobre diversos temas. Superando diversos períodos históricos en donde gobiernos autocráticos detentaban (casi) todo el poder, se han ido otorgando derechos a los ciudadanos para decidir directamente sobre algunos temas.

En momentos en que existen discrepancias con algunas decisiones gubernamentales, es importante destacar que diferentes mecanismos prevén la posibilidad de acentuar los mecanismos decisorios directos que están establecidos en las leyes de los países y que incluso se discute la posibilidad de utilizarlos en lugares donde no se hallan previstos. Para ello es importante

---

1. Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Doctor en Derecho Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne. Avocat au Barreau de Paris, Francia. Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Columbia del Paraguay. Investigador externo del Departamento de Derecho Político de la UNED, España. Integrante del Grupo de Investigación Cultura, Direito e Sociedade DGP/CNPq/UFM desde Octubre de 2013. Las opiniones descritas corresponden exclusivamente al autor y no comprometen a las instituciones mencionadas. Correo-e: alberto\_poletti@hotmail.com

recordar la naturaleza (I) del derecho a la consulta popular y si los límites establecidos pueden ser modificados (II) por autoridades constituidas.

### **La naturaleza de la consulta popular: un mecanismo constitucional en algunos países latinoamericanos**

Notemos que las constituciones de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela contienen disposiciones específicas que permiten la posibilidad de consulta y participación del electorado sobre diversos temas<sup>2</sup> sin perjuicio de que otros países hayan optado por ocuparse de este procedimiento en otros textos legales.

Pero debemos distinguir entre el *referéndum*, mecanismo de consulta convocado por una autoridad para decidir por medio del sufragio sobre la validez o revocación de textos legales y la *iniciativa popular* que prevé la posibilidad de presentar textos legislativos, conforme a una mayoría y procedimientos establecidos en la ley, para su discusión y eventual aprobación. Así, un texto con iniciativa popular podrá ser sometido a referéndum y siendo que se trata de un texto ya discutido y puesto a consideración, se ejercerá una decisión popular, pero no podrá, por lo general, hacerse modificaciones al texto ya aprobado mediante el sufragio.

Así, es importante destacar que de estos términos, que no son sinónimos, se utiliza también al *plebiscito* como relacionado al referéndum y específicamente como *la resolución tomada por todo un pueblo a pluralidad de votos y que representan los actos de voluntad popular mediante los que el pueblo exterioriza su opinión sobre un hecho determinado de su vida política*<sup>3</sup>.

---

2. Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Iniciativa popular. *Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Legislativo/Leyes/iniciativa.html>. 15 de septiembre 19116.

3. OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1º Edición

Xifra Heras señala que no resulta fácil una distinción general y científica entre estos términos y Helio Juan Zarini señala al referéndum como un procedimiento de consulta sobre un asunto público, en tanto que el plebiscito versa sobre asuntos de interés fundamental para el Estado<sup>4</sup>.

Notemos entonces que, cuando se halla previsto en el sistema jurídico, el referéndum es un mecanismo válido que puede ser utilizado por los gobernantes para dar mayor legitimidad a ciertas decisiones que, generalmente, son controvertidas o tendrán una importancia esencial en la vida del país.

Nótese que el referéndum puede ser convocado por las autoridades designadas en la Constitución: el Congreso o el Presidente en Argentina dentro de las áreas de su competencia (art. 40 de la Constitución), el Congreso en Brasil (art. 49 de la Constitución) o el Presidente en Colombia (art. 104 de la Constitución), Ecuador (art. 104 de la Constitución) y Venezuela (art. 71 de la Constitución). En algunos casos los mecanismos de convocatoria deben ser dictados por una ley (art. 121 de la Constitución de Paraguay).

Existen países que no se pronuncian sobre el carácter vinculante del resultado de la consulta. Así, Argentina (art. 40 citado), establece la consulta no vinculante, mientras que Colombia establece el carácter vinculante (art. 104) al igual que en Ecuador (art. 103).

En algunos Estados, se utiliza el referéndum también para dar validez a la Constitución, una modificación de la misma o el cambio de sistema de gobierno: los art. 119 de la Constitución de Chile, art. 32 inc. 1 de la Constitución de Perú y 321 de la Constitución de Paraguay, entre otros son ejemplos de la necesidad de una consulta luego de una modificación constitucional. En cuanto al último ejemplo, nótese que en 1963 Brasil aplicó la consulta popular sobre el mantenimiento de la reforma que estableció el régimen parlamentario de gobierno o el regreso al sistema

---

Electrónica, Datascan SA, Guatemala, p. 734. <https://es.scribd.com/doc/31495851/Diccionario-Juridico-Manuel-Ossorio>.

4. ZARINI, Helio Juan. *Derecho constitucional*, 2º Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 306.

presidencialista, habiendo triunfado la última opción. En 1993, otra consulta popular dio idéntico resultado<sup>5</sup>.

Por otro lado, existen constituciones que limitan los temas que pueden tratarse por medio de la consulta popular. Así en Perú: 1) la reforma total o parcial de la Constitución, 2) la aprobación de normas con rango de ley, 3) las ordenanzas municipales y 4) las materias relativas al proceso de descentralización. Sin embargo, es más frecuente que se establezcan los temas que no pueden ser tratados por referéndum:

En Argentina, el art. 39 de la Constitución establece que “*no serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal*”.

En Ecuador, el art. 108 impide las consultas sobre asuntos tributarios.

En Paraguay, el art. 122 de la Constitución impide la celebración de referéndum sobre: 1) *Las relaciones internacionales, tratados, convenios o acuerdos internacionales*, 2) *las expropiaciones*, 3) *la defensa nacional*, 4) *la limitación de la propiedad inmobiliaria*, 5) *las cuestiones relativas a los sistemas tributarios, monetarios y bancarios, la contratación de empréstitos, el Presupuesto General de la Nación*, y 6) *las elecciones nacionales, las departamentales y las municipales*.

En el Perú, “*no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor*” (art. 32 última parte de la Constitución).

Debe destacarse finalmente que la decisión de utilizar o no la vía propuesta en algunos casos, aunque atribuida a un órgano, reviste un carácter facultativo. Algunos ejemplos son detallados a continuación. En Argentina, el art. 40 establece que un proyecto de ley *podrá* ser sometido a consulta popular (incluyendo los casos del art. 39 que fueron citados más arriba y que no hayan sido presentados por iniciativa popular).

---

5. POLETTI ADORNO, Alberto: *Derecho constitucional comparado*. Intercontinental Editora, Asunción, 2011, p. 178.

En Colombia, conforme al art. 104 de la Constitución, temas de trascendencia nacional *pueden* ser sometidos a consulta del pueblo al igual que en el Ecuador (art. 104 inc. 2 de la Constitución).

En Venezuela, “podrán ser sometidos a referendo” los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales (art. 73), los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente o Presidenta de la República en uso de la atribución prescrita en el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución (art. 74). También allí podrán ser sometidas a referéndum consultivo las materias de trascendencia nacional (art. 71).

## **Los límites a la consulta popular y el principio de legalidad**

Más allá de que consultar al pueblo esté previsto en la Constitución, debe destacarse que no siempre resulta admisible recurrir a esta vía ante la falta de habilitación legislativa. Siendo un derecho que se halla sujeto, en la mayoría de los casos, a consideraciones políticas, el ejercicio de este derecho se halla también sujeto a la habilitación del sistema. Algunos ejemplos nos ayudarán a considerar nuestra postura.

En un primer caso, pensemos en las hipótesis de juicios políticos que, como cualquier decisión política, tienen grupos de personas satisfechas y disconformes con el resultado. Más allá que cualquier comentario sobre la procedencia, pertinencia de pruebas, alegatos o el sentido de la decisión en cualquier país donde se haya utilizado este mecanismo, la posibilidad de que el pueblo se pronuncie luego del resultado no está reconocida en las Constituciones del continente.

En el derecho comparado, la Constitución de Rumania prevé en su art. 95 que el Presidente puede ser suspendido por hechos graves que impliquen una violación de la Constitución por decisión de la Cámara de Diputados y del Senado luego de una consulta a la Corte Constitucional,

debiendo organizarse un referéndum dentro de los treinta días para decidir sobre la destitución (o no) del Presidente<sup>6</sup>.

Aunque una decisión tan importante para el país como la interrupción del mandato de sus autoridades haya sido adoptada por órganos constituidos, no es posible someter dicha decisión a consulta popular ante la falta de una habilitación legislativa como sería, por ejemplo, el artículo de la constitución rumana citada.

Creemos que ello no implica un menoscabo a la democracia sino un respeto al principio de separación de poderes en los que se ejerce un control de un órgano electivo (legislativo) sobre otro (ejecutivo). Al respecto, la Corte Suprema de Argentina estableció la doctrina de que no puede aplicarse al juicio político “el mismo estándar de imparcialidad que el que se desarrolla en sede judicial”<sup>7</sup>. En Paraguay también al máximo tribunal se pronunció en el mismo sentido<sup>8</sup>.

Un segundo ejemplo se vincula al otorgamiento de derechos a grupos minoritarios. Así, se celebraron en algunos países referéndums para decidir sobre la procedencia del matrimonio entre personas del mismo sexo. En diciembre de 2015, Eslovenia lo rechazó pero anteriormente en mayo, Irlanda lo había aprobado utilizando la vía del referéndum.

En Portugal, en 2007 se realizó un referéndum sobre la despenalización del aborto que obtuvo una respuesta favorable a la interrupción del

---

6. Constitución de Rumania. Texto publicado por la Cámara de Diputados. [http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2\\_3&par1=3#t3c2s0sba95](http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_3&par1=3#t3c2s0sba95)

7. Corte Suprema de Justicia de la nación argentina. Expedientes: “Nicosia, Alberto Oscar” (Fallos: 316:2940), con respecto a las decisiones del Senado de la Nación en esta materia; lo reiteró con posterioridad a la reforma de 1994 frente al nuevo texto del Artículo 115 de la Ley Suprema en el caso “Brusa, Víctor Hermes” (Fallos: 326: 4816) con relación a los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación.

8. AI 1533 del 25 de junio de 2012. Acción de inconstitucionalidad del juicio: Fernando Armindo Lugo Méndez c. Resolución 878 del 21 de junio de 2012 dictada por la Cámara de Senadores. Acción de Inconstitucionalidad: Lugo Méndez, Fernando Armindo c. La Res. N° 881 de fecha 22/06/2012. (Ac. y Sent. N° 1323 del 20/9/2012).

embarazo, en el anterior el no había ganado por estrecho margen (51%)<sup>9</sup>. En el Uruguay, al despenalizarse dicha práctica en 2013, se intentó realizar un referéndum pero no se obtuvo la cantidad de firmas necesarias para lograr la convocatoria popular<sup>10</sup>. Algunos especialistas sostienen que no puede supeditarse el disfrute de derechos fundamentales a una consulta de la mayoría. Sin embargo, otros consideran que la incorporación del referéndum en una democracia constitucional se entiende como una actuación inserta dentro de los poderes constituidos dentro de los límites establecidos en la Constitución<sup>11</sup>.

Finalmente, pensemos en las consultas realizadas al cuerpo electoral para la adhesión a un tratado, pertenencia a una asociación regional o ampliación de un proceso de integración. Antes de la ampliación efectuada en 2004, en Irlanda se realizaron dos consultas sobre el tratado de Niza para permitir la adhesión de diez Estados a la Unión Europea. El primero, en el año 2001 tuvo una respuesta negativa<sup>12</sup> y el segundo, realizado un año después, resultó favorable para los integracionistas. Podemos encontrar otros ejemplos en el viejo continente, pero nos enfocamos en los últimos: la consulta en Escocia sobre su pertenencia dentro del Reino Unido realizada en 2014 y la de éste para permanecer en la Unión europea (el Brexit). Se habló de una posibilidad de un nuevo referéndum en Escocia<sup>13</sup>.

---

9. MONTEIRO, Rosa: A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimento de mulheres e partidos políticos, *Análise Social*, 204, XLVII (3.º), 2012 ISSN online 2182-2999 [http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS\\_204\\_d01.pdf](http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_204_d01.pdf).

10. El Observador, Montevideo, 23 de julio de 2013. Fracasa el referéndum por el aborto y la ley quedará firme. <http://www.elobservador.com.uy/fracaso-el-referendum-el-aborto-y-la-ley-quedara-firme-n253751>.

11. DE LOS SANTOS OLIVO, Isidro: Plebiscito y referéndum. Concepciones terminológicas entre la democracia directa y la representativa. Puntual tratamiento en el constitucionalismo estatal mexicano y comparado, UNAM, Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 494 <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2921/21.pdf>.

12. El País, Irlanda rechaza en referéndum el Tratado de Niza y paraliza la ampliación de la UE, 9 de junio de 2001. [http://elpais.com/diario/2001/06/09/internacional/992037601\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2001/06/09/internacional/992037601_850215.html).

13. BBC 24 de junio de 2016. Brexit: Escocia dice que “es muy posible” un segundo referendo de independencia para poder seguir en la Unión Europea <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36621503>.

Muchas personas se preguntan que garantiza que un segundo referéndum sea o no una garantía de un “mejor” resultado frente a la elección original. Es cierto que los asuntos públicos merecen ser debatidos con profundidad y pueden ser modificadas las decisiones para adaptarlas a las circunstancias. Sin embargo, ¿resulta oportuno consultar al pueblo en todas las ocasiones?. En el Reino Unido, luego de la victoria del Brexit, se dejó claro que no se volverá a realizar una consulta sobre el tema y que se pondrá en movimiento el art. 50 del Tratado de Lisboa y la apertura de las negociaciones. Mucha gente quedó disconforme con la posición gubernamental que, afectará sin duda a una generación de ciudadanos británicos. Sin embargo, no puede juzgarse que la negativa haya sido contraria al sistema pues, como lo mencionamos, la decisión política de la convocatoria de una primera (y eventual segunda) votación competen exclusivamente a los órganos políticos.

## **Conclusión: ¿se adaptará el referéndum a los cambios?**

La generalización del derecho al voto en el Siglo XX se dio para la elección de autoridades. Las consultas populares surgieron principalmente en el Siglo XXI junto con el desarrollo de la tecnología y las comunicaciones.

Muchos países cuentan con normas constitucionales que habilitan el referéndum pero requieren de leyes para su ejercicio y generalización. Estas leyes pueden igualmente, contemplar el uso de las nuevas tecnologías.

Sin duda alguna, esta interrogante surge cuando se pone en duda las virtudes de la democracia frente a algunos resultados que no son los esperados por los ciudadanos. Algunas personas piensan que debería procederse a modificar el sistema electoral y permitir la expresión de las personas a través de medios sociales, pues la convocatoria y organización de elecciones resulta costosa y el dinero podría ser mejor invertido en otras necesidades del Estado. Frente a esta posición, es importante destacar que el control estatal que efectúan las autoridades electorales constituye en la actualidad una garantía de la vida democrática en los países que, hasta

la fecha, no puede ser sustituido completamente por la vía informática. Independientemente de que en algunos países se utilice en mayor o menor medida esta vía en el proceso electoral (voto, transmisión de datos, cómputo, escrutinio, publicación de resultados) es importante destacar que se requerirá en el futuro un gran cambio legislativo para incrementar las consultas por medios informáticos, sino también un control del cuerpo electoral y el respeto de los principios básicos del voto universal, libre, directo, igual y secreto reconocido en los países de la región en los procedimientos informáticos que sean implementados.

En regímenes anteriores, el gobierno se ejercía exclusivamente a través de los representantes designados. Con las sucesivas crisis que se dan en diferentes estamentos, los gobernados exigen una mayor participación ciudadana. Tal vez sea el momento de pensar en un mayor uso de este mecanismo, aumentando las garantías para preservar el derecho de todos los sectores a expresar su voz. Deben realizarse los cambios en el sistema jurídico que sean necesarios, teniendo en cuenta que en caso contrario todo quedaría en manos del sector político.

## Bibliografía

### Libros

BONAVIDES, Pablo. **Curso de Direito constitucional**. 27. Ed. atual. Malheiros Editores, 2012, 863 p.

POLETTI ADORNO, Alberto. **Derecho constitucional comparado**. Intercontinental Editora, Asunción, 2001, 475 p.

QUIROGA LAVIE, Derecho constitucional, Depalma, 3° edición actualizada, Buenos Aires, 1067 p.

ZARINI, Helio Juan, Derecho constitucional, Astrea, 2° Edición actualizada y ampliada, 1999, 911 p.

### Artículos

DE LOS SANTOS OLIVO, Isidro: Plebiscito y referéndum. Concepciones terminológicas entre la democracia directa y la representativa. Puntual tratamiento en el constitucionalismo estatal mexicano y comparado, UNAM, Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 494. <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2921/21.pdf>.

- GÓMEZ CAMPOS, Steffan: Mecanismos de democracia directa en América Latina: Una revisión comparada, *Revista de Derecho Electoral*, San José, ISSN-e 1659-2069, N° 10, 2010. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3635886.pdf>
- MONTEIRO, Rosa: A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimento de mulheres e partidos políticos, *Análise Social*, 204, XLVII (3.º), 2012 ISSN online 2182-2999 [http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS\\_204\\_d01.pdf](http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_204_d01.pdf).
- SEALL SASIAIN, Jorge: “Referéndum, Iniciativa Popular y Democracia Participativa: Limitaciones Constitucionales y Legales para su Efectiva Aplicación” en *Anales de Legislación Paraguaya*, Asunción: Ed. La Ley, Año 8, Marzo 2006, N° 3, p. 1.

## Poder Judiciário Democrático: uma tarefa pendente (e urgente) para o Brasil

Vanessa Oliveira Batista Berner<sup>1</sup>

Manuel Eugenio Gandara Carballido<sup>2</sup>

### Introdução: uma proposta epistemológica

A opção pela teoria crítica como ferramenta para compreender a realidade e nela interferir implica em trabalhar com o máximo rigor metodológico e em manter uma relação honesta com a realidade, sem se esconder sob um manto

- 
1. Professora associada da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na Faculdade Nacional de Direito. Coordenadora do Laboratório de Direitos Humanos (LADIH) da UFRJ. Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio na Universidad Complutense de Madrid (1996). Foi bolsista de Produtividade em Pesquisa no CNPq, desenvolvendo investigação sobre teoria do direito internacional e os fluxos migratórios no mundo contemporâneo. Professora convidada do “Centre de Droit International” da Université Paris X (UPX), França, para lecionar a disciplina ‘Droit International des Migrations et des Réfugiés’ no curso Master 2. Professora orientadora do “Programa de Doctorado, Ciencias Jurídicas y Políticas” da Universidad Pablo de Olavide (UPO), Espanha.
  2. Ativista de Direitos Humanos, dedicado a educação popular em Direitos Humanos na Venezuela, onde há acompanhado processos de formação e organização com comunidades de base e organizações sociais. Membro da Red de Apoyo por la Justicia y la Paz y del Instituto Joaquín Herrera Flores. Licenciado em Filosofia pela Universidad Santa Rosa de Lima, Caracas, Venezuela; Mestre em Filosofia da Prática pela Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela; Mestre em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España. Doutor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla, España. Professor de “Teoría tradicional y teoría crítica de los derechos humanos” no Programa Oficial de Mestrado em “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” da Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Professor no Mestrado de Psicología Social da Universidad Central de Venezuela. Participou como docente em programas de Pós-Graduação em universidades de Portugal, Costa Rica e Brasil. No momento presta seus serviços como responsável pelos processos de formação do Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR.

de neutralidade, o que afastaria o teórico crítico do debate e do julgamento de seus pressupostos e posicionamentos. Diante da impossibilidade de ser neutro, busca-se ser objetivo submetendo intersubjetivamente nossas hipóteses. A escolha que neste ensaio fazemos é a de ver a questão da construção da verdade e da memória a partir das vítimas de violação de direitos por parte do poder de fato instalado durante o período da ditadura civil-militar no Brasil, com especial foco na estrutura do Poder Judiciário brasileiro. A proposta é realizar uma aproximação histórica crítica durante o período autoritário e verificar como esta questão se prolonga até os dias de hoje. Necessário, pois, iniciar a discussão com trazendo as reflexões epistemológicas da teoria crítica.

Dizia Theodor Adorno, um dos principais representantes da teoria crítica da Escola de Frankfurt, que *“a necessidade de dar voz ao sofrimento é condição de toda a verdade.”*<sup>3</sup> Com isto, se posicionava e alertava contra toda pretensa “neutralidade” cúmplice por parte do labor científico. Esta mesma opção ética deve seguir alentando o trabalho do pensamento crítico contemporâneo. Diante da suposta neutralidade axiológica da ciência, defendida pela teoria tradicional, é necessário reconhecer que toda ciência é movida por um interesse, e que nega-lo pode não ser mais que uma forma de mascaramento ideológico.<sup>4</sup>

Tendo ou não consciência disso, todo pensamento se posiciona de uma determinada maneira no âmbito do conflito de interesses que atravessa nosso mundo; por isto, faz-se necessária uma perspectiva crítica que se encarregue da forma pela qual se endossa ou se confronta as diferentes opções a partir das quais se compreende e se intervém na realidade.<sup>5</sup> Como bem afirma Boaventura de Sousa Santos, *“a teoria crítica sempre teve como pressuposto a pergunta: de que lado estamos? E a respectiva*

---

3. ADORNO, T. **Dialéctica negativa**. Madrid: Akal, 2005, p. 28. No original: “la necesidad de prestar voz al sufrimiento es condición de toda verdad.”

4. Cfr. CORTINA. **La Escuela de Fráncfort**. Crítica y Utopía. Madrid: Síntesis, 2008, pp. 48-49.

5. Cfr. ROMERO CUEVAS, J. **Ellacuría: una teoría crítica desde América Latina**. En: Revista Internacional de Filosofía Política. N° 32, Madrid: UAM-UNED, 2008, p. 7.

*respuesta.*”<sup>6</sup> Assim, para uma teoria crítica não é indiferente o lugar e a perspectiva a partir da qual se pensa e se tenta intervir na realidade.

Todo trabalho de investigação, ainda que de forma implícita, supõe uma série de decisões prévias que correspondem a uma determinada forma de pensamento e lhe servem de base, condicionando suas apostas epistemológicas e metodológicas.<sup>7</sup> Por isto, é perigosa a postura ingênua que desconhece o significado que tem o conhecimento; os postulados teóricos surgem em um determinado contexto histórico e respondem a ele, cumprindo a função de dificultar ou impulsionar determinados projetos sociais.<sup>8</sup> Nas palavras de Hugo Zemelman:

O movimento da realidade sócio-histórica e sua estreita vinculação com a prática social obriga a um constante esforço para decifrar os limites (que podem ser teóricos, ideológicos ou axiológicos) que compreendem um espaço que reveste de um significado particular o fenômeno que se quer estudar.

Esses limites expressam a opção social a partir da qual se constrói o conhecimento; implicam, portanto, em uma forma de entender a realidade, mas, especialmente, em como e para quem se constrói em uma determinada direção. O que dizemos se reveste de um significado relevante quando observamos que os parâmetros que em geral se impõem sem, muitas vezes, intermediar qualquer consciência do investigador, são os que conformam o poder, em cujos parâmetros se pretende conferir aos fenômenos o estatuto

- 
6. SANTOS, B. **Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia.** Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003, p. 286. No original: “la teoría crítica siempre ha tenido como presupuesto suyo la pregunta: ¿de qué lado estamos? y la respectiva respuesta.”
  7. Cfr. MEDICCI, A. **El arraigo de Anteo: las lecciones políticas de Joaquín Herrera Flores.** En REDHES N° 4. San Luis Potosí: Universidad Autónoma San Luis Potosí, julio-diciembre 2010, p. 17.
  8. Cfr. ZEMELMAN, H. **Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales.** p. 5. En línea: [http://www.archivochile.com/Ideas\\_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf](http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf). Consulta realizada el 19 de septiembre de 2012. Ver también SENENT DE FRUTOS, J. Notas sobre una Teoría Crítica de los Derechos Humanos En Anuario Iberoamericano de derechos humanos 2001-2002. Río de Janeiro, 2002, p. 411.

de reais; com o adicional de estabelecer sua identidade como única e excludente de outras possíveis visões dos mesmos.<sup>9</sup>

Na perspectiva do pensamento crítico, assumimos, pois, conscientemente, uma série de opções, de posicionamentos éticos e políticos diante da realidade; e queremos fazê-los explícitos, com o fim de abri-los ao discernimento, ao juízo e à crítica como forma de validação intersubjetiva. É preciso que se entenda que nossa escolha não é apenas uma opção ética e política, é também um posicionamento hermenêutico. Assume-se que a perspectiva das pessoas que foram vitimadas, daqueles a quem lhes foram negadas condições necessária para viver com dignidade, é o lugar hermenêutico por excelência para compreender os processos sociais em curso.<sup>10</sup>

Entendendo que a “*neutralización epistemológica del pasado siempre foi a contrapartida de la neutralización social e política de las ‘clases peligrosas’*”<sup>11</sup>, decidimos optar por uma aproximação do processo sócio-histórico que permita visibilizar e reconhecer a perspectiva daqueles que, na referida dinâmica, foram marginalizados, excluídos e

---

9. ZEMELMAN, H. **Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales**. p. 3. En línea: [http://www.archivochile.com/Ideas\\_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf](http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf). Consulta realizada el 19 de septiembre de 2012. No original: “*El movimiento de la realidad socio-histórica y su estrecha vinculación con la práctica social obliga a un constante esfuerzo por descifrar los límites (que pueden ser teóricos, ideológicos o axiológicos) en cuyo espacio reviste un significado particular el fenómeno que se quiere estudiar. Estos límites expresan la opción social desde la cual se construye el conocimiento; implican, por lo tanto, una forma de entender a la realidad, pero especialmente de cómo y para qué construirla en una dirección determinada. Lo que decimos reviste un significado relevante cuando observamos que los parámetros que en general se imponen, sin mediar muchas veces conciencia alguna del investigador, son los que conforman el poder, en cuyos parámetros se pretende conferir a los fenómenos el estatus de reales; con el agregado de establecer su identidad como única y excluyente de otras posibles visiones de los mismos.*”

10. Cfr. ETXEBERRIA, J. en el Prólogo a MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. **Exclusión y victimización. El grito de los derechos humanos en la globalización**. Bilbao: Alberdania, S.L., 2004, p. 13.

11. SANTOS, B. **La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA, 1991, p. 235. No original: “*la neutralización epistemológica del pasado siempre ha sido la contraparte de la neutralización social y política de las ‘clases peligrosas’*”.

invisibilizados a partir das narrativas oficiais e dos saberes hegemônicos. Como bem coloca Enrique Dussel:

O método crítico consiste em se colocar no espaço político dos pobres, das vítimas, e desde aquele local fazer a crítica das patologias do Estado. A partir desse lugar epistemológico – o das vítimas, as do sul do planeta, dos oprimidos, dos excluídos, dos novos movimentos populares, dos povos ancestrais colonizados pela Modernidade, pelo capitalismo que se globaliza, tudo o que se expressa nas redes mundiais ‘altermundistas’ – será a partir de onde teremos que ir fazendo a crítica de todo o sistema das categorias da filosofia política burguesa.<sup>12</sup>

Mas, insistimos, assumir este posicionamento não traz consigo apenas a pretensão de oferecer uma oportunidade de visibilização das narrativas que foram marginalizadas do debate público, o que seria um ato de justiça e uma ampliação das perspectivas de debate que asseguraria um maior rigor metodológico; mais que isto, esta perspectiva das vítimas do sistema social e das violações de direitos humanos por parte do Estado, permite uma melhor compreensão do sistema e dos desafios que o mesmo Estado apresenta, do que a perspectiva daqueles que dele se beneficiam.

No entanto, não se coloca uma postura revanchista, orientada para gerar novas exclusões, de um novo tipo. Em nossa aposta subjaz a intenção última de iniciar processos de leitura e transformação da realidade que, ao se identificar a injustiça, permitam que todos e todas possam desfrutar de condições de vida digna; e esta é uma tarefa impossível se se olha para a realidade a partir daqueles grupos ou setores sociais que foram favorecidos pela injustiça estrutural vivida durante a ditadura. No final das contas, trata-se de optar pelas pessoas vitimadas, de pensar a partir delas, e contra

---

12. DUSSEL, E. **Política de la liberación. Historia Mundial y Crítica**. Madrid: Trotta, 2007, p. 552.

as dinâmicas de vitimização<sup>13</sup>. A luta por uma sociedade sem vítimas, que tenha conseguido erradicar toda forma de vitimização, figura como um horizonte utópico.<sup>14</sup>

## Verdade e memória histórica

Se, conforme Foucault, toda relação de poder é correlativa à constituição de um campo de saber e todo saber supõe relações de poder<sup>15</sup>, necessitamos estar alertas diante das “razões” com as quais se arma o poder, denunciar as estratégias de que se vale [o poder] para se dotar de razões que lhe são funcionais, e a partir das quais configura um “saber autorizado”, que lhe permite invisibilizar e excluir outros saberes não oficiais que lutam pela conservação da ordem social injusta.<sup>16</sup> Toda tecnologia de exercício do poder cria certos saberes, ao mesmo tempo em que o saber traz consigo efeitos de poder. Sendo assim, o que concebemos como verdade, consequentemente se torna inseparável do processo pelo qual se estabelece, assim como da configuração de poder em que é gerado.<sup>17</sup> O que chamamos “verdade”, e, mais concretamente, a “verdade” dos acontecimentos históricos, das narrações sobre as construções sociais, é um campo de luta

- 
13. Cfr. DUSSEL, E. **Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión**. Madrid: Trotta, 2006, p. 417. No original: “*El método crítico consiste en colocarse en el espacio político de los pobres, las víctimas, y desde allí llevar a cabo la crítica de las patologías del Estado. Desde ese lugar epistemológicos -el de las víctimas, las del sur del planeta, los oprimidos, los excluidos, los nuevos movimientos populares, los pueblos ancestrales colonizados por la Modernidad, por el capitalismo que se globaliza, todo lo cual queda expresado en redes mundiales altermundistas- será desde donde tendremos que ir efectuando la crítica de todo el sistema de las categorías de la filosofía política burguesa.*”
  14. Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, D. **Filosofía, derecho y liberación en América Latina**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999, p. 204.
  15. Cfr. FOUCAULT, M. **Vigilar y Castigar**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, S.A., 2002.
  16. Cfr. SOLÓRZANO, N. **Crítica de la Imaginación Jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia**. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, 2007. Nota 162, p. 123.
  17. Cfr. GARCÍA, M. **La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993, p. 76.

entre projetos de sociedade opostos. A “verdade”, longe de estar à margem do contraditório labor humano, é um campo semeado de conflitos de poder. Esta constatação, além de chamar a atenção sobre a muito frequente manipulação do passado com a pretensão de legitimar alguns abusos do presente, pretende assinalar que certas formas de conceber o que se entende por “verdade” atuam, efetivamente, como condição de possibilidade para a constituição de modos específicos de organizar a sociedade. Como afirma Helio Gallardo a propósito do tema da verdade, este

é um tema ideológico, ou seja, socialmente funcional ou não para o poder e sua reprodução nas sociedades modernas, e não tem muito sentido epistêmico moral ou metafísico discutir quem a tem ou em que ela reside. Seu sentido é político.<sup>18</sup>

Por isto, consideramos que não há verdade quando se silencia as vítimas. A partir desta busca pelo fortalecimento das vozes silenciadas, periféricas e subalternas, reivindica-se a necessidade de levar em consideração os conhecimentos, a verdade daqueles grupos que, ao longo da história (história que hoje continua sendo construída), foram subalternizados e continuam sendo invisibilizados. Nesse sentido, assim como afirma Inês Virgínia Prado Soares, “*a verdade deve ser usada como valor de referência que tem por finalidade recuperar esse passado graves violações de direitos humanos para enriquecer e transformar o presente*”.<sup>19</sup> Queremos que não seja esquecido, para que nunca mais ocorram fatos como os que o povo brasileiro teve que viver durante o período ditatorial. Procuramos verdade e memória para sustentar nossa demanda de ações concretas que assegurem a não repetição de violências.

---

18. GALLARDO, H. **Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos**. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008, p. 233. No original: “*es un tema ideológico, o sea socialmente funcional o no para el poder y su reproducción en las sociedades modernas, y no tiene mucho sentido epistémico moral o metafísico discutir quién la tiene o en qué reside. Su sentido es político.*”

19. QUINALHA, R. H. ; PRADO SOARES, Inês. **A memória e seus abrigos: considerações sobre os Lugares de Memória e seus valores de referência**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 4, p. 250-278, 2011, p. 266.

## O papel do Poder Judiciário no marco de um Estado liberal capitalista

Em pesquisa dirigida por Boaventura de Souza Santos, empreendida entre 1989 e 1993, sobre o desempenho dos tribunais de primeira instância em Portugal, os autores questionam o protagonismo social e político do Poder Judiciário no mundo ocidental contemporâneo (SANTOS, MARQUES e PEDROSO, 1995). Para além de uma notoriedade, o que se percebe é que os tribunais atualmente primam por entender de forma mais ampla e profunda o controle de legalidade, e se caracterizam por exercer uma nova modalidade de intervencionismo, ao dirigir-se aos abusos do poder e aos agentes políticos que deles são protagonistas. Neste sentido, ressaltam os pesquisadores, os tribunais contemporâneos se distanciam dos de outrora, mas continuam partilhando com seus antecessores um protagonismo que é a expressão do confronto entre a classe política e os outros órgãos do Poder, em particular o Poder Executivo, até porque a política judiciária, típica do Estado Moderno, só se afirma como política do Judiciário ao se confrontar com outras fontes de poder político (SANTOS, MARQUES e PEDROSO, 1995: 3).

Diante desta afirmação do sociólogo do direito português, o modelo judicial do Estado moderno se assenta nas características do estado do período liberal, que revelava seu reduzido peso político em contraste com os outros poderes soberanos, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. As ideias em que se alicerçam os tribunais nesse paradigma são as seguintes:

1. A teoria da separação dos poderes conforma a organização do poder político e de tal maneira que, por via dela, o Poder Legislativo assume uma clara predominância sobre os demais, enquanto o poder judicial é, na prática, politicamente neutralizado.
2. A neutralização política do poder judicial decorre do princípio da legalidade, isto é, da proibição de os tribunais decidirem *contra legem* e do princípio, conexo com o primeiro, da subsunção racional-formal nos termos do qual a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e,

como tal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Assim, os tribunais se movem num quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência. Por essa razão, o poder dos tribunais é retroativo, ou é acionado retroativamente, isto é, com o objetivo de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída. Pela mesma razão, os tribunais são a garantia de que o monopólio estatal da violência é exercido legitimamente.

3. Além de retrospectivo, o poder judicial é reativo, ou seja, só atua quando solicitado pelas partes ou por outros setores do Estado. A disponibilidade dos tribunais para resolver litígios é, assim, abstrata e só se converte numa oferta concreta de resolução de litígios na medida em que houver uma procura social efetiva. Os tribunais nada devem fazer para influenciar o tipo e o nível concretos da procura de que são alvo.

4. Os litígios de que se ocupam os tribunais são individualizados no duplo sentido de que têm contornos claramente definidos por critérios estritos de relevância jurídica e de que ocorrem entre indivíduos. Por outro lado, as decisões judiciais sobre eles proferidas só valem, em princípio, para eles, não tendo por isso validade geral.

5. Na resolução dos litígios é dada total prioridade ao princípio da segurança jurídica assente na generalidade e na universalidade da lei e na aplicação, idealmente automática, que ela possibilita. A insegurança substantiva do futuro é assim contornada, quer pela securização processual do presente (a observância das regras de processo), quer pela securização processual do futuro (o princípio do caso julgado).

6. A independência dos tribunais reside em estarem total e exclusivamente submetidos ao império da lei. Assim concebida, a independência dos tribunais é uma garantia eficaz da proteção da liberdade, entendida esta como vínculo negativo, ou seja, como prerrogativa de não-interferência. A independência diz respeito à direção do processo decisório e, portanto, pode coexistir com a dependência administrativa e financeira dos tribunais face ao

Poder Legislativo e ao Poder Executivo. (SANTOS, MARQUES E PEDROSO, 1995: 7-9).

Nesta perspectiva, o Poder Judiciário brasileiro não atuava de forma muito distinta de seus correlatos na Europa, nos Estados Unidos ou em outros países latino-americanos, até o advento da Constituição Federal de 1988. Porém, sempre teve características próprias, resultantes de uma evolução particular do sistema de poderes no país, conformada em ambiente sociopolítico típico e em uma cultura jurídica específica. É neste sentido que deve ser feito um breve exercício de (re)conhecimento histórico da formação do Estado brasileiro, dentro do contexto macro de formação do Estado constitucional moderno.

Como afirma Helio Gallardo, na América Latina,

os Estados não se configuraram como Estado de direito (império da lei, divisão de poderes, produção de uma identidade nacional, para citar três fatores) e são mais propriamente aparatos *patrimoniais* ou rentistas e *clientelistas*. Esta fragilidade constitutiva não lhes permite nem reconhecer nem constituir direitos humanos, seja diretamente, seja criando as condições para que estes sejam gerados, se desenvolvam e se fortaleçam a partir dos vínculos que estabelecem suas populações (sociedade civil).<sup>20</sup>

Falar de patrimonialismo (seguindo o esquema explicativo weberiano) significa elucidar o sentido do poder estatal, ou seja, implica em demonstrar como se organiza e se legitima o poder em uma determinada

---

20. GALLARDO, Helio. **Teoría crítica y derechos humanos**. Una lectura latinoamericana. En Los derechos humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana. Caracas: Defensoría del Pueblo de Venezuela, 2011. No original: “*Tal y como afirma Helio Gallardo, en América Latina, “los Estados no se han configurado como Estados de derecho (imperio de la ley, división de poderes, producción de una identidad nacional, por citar tres factores) y son más bien maquinarias patrimoniales o rentistas y clientelares. Esta fragilidad constitutiva no les permite ni reconocer ni constituir derechos humanos ya sea directamente o creando las condiciones para que ellos se generen, desplieguen y fortalezcan desde los vínculos que establecen sus poblaciones (sociedad civil).”*

comunidade sociopolítica... Conforme explicita a análise weberiana, o patrimonialismo, em grande parte de suas manifestações práticas, encerra um conjunto de ações que lhe permitem se dissimular sob uma ordem de caráter legal e burocrático (BARILE, 2006: 63). Tem-se então uma formalidade legal e burocrática que encobre as práticas de um estado conduzido pela lógica do patrimonialismo.

Ao mesmo tempo, no caso brasileiro, o “bacharelismo elitista e conservador” é um elemento de grande peso quando se procura compreender o processo de conformação dos magistrados e a maneira como estes se veem e se colocam dentro da sociedade. A formação dos “bacharéis” no Brasil sempre transitou, ao longo da história, como uma concepção profundamente conservadora, posto que adequada às posições sociais hegemônicas, em lugar de favorecer a formação de uma consciência crítica que estimulasse processos de transformação das relações sociais injustas. Conformam-se assim uma espécie de visão corporativa que rechaça as propostas políticas e sociais emancipatórias; uma visão eivada de uma postura dogmática em relação à onisciência da lei, reprodutora de uma consciência falseada que postula a ideia de uma sociedade “harmônica e controlável” a partir dos desígnios jurídicos (BARILE, 2006: 258).

É necessário que nos perguntemos quanto desta concepção sobre o papel do direito e dos atores do direito segue hoje vigente, reproduzindo estruturas de poder antidemocráticas. Em todo caso, é preciso identificar esta matriz política conservadora e sua influência no perfil institucional do poder judiciário brasileiro. A esta caracterização é necessário agregar a concepção elitista da magistratura, derivada da participação política ativa que os magistrados sustentaram historicamente, sendo possível afirmar que os membros do Judiciário constituem um estrato representativo no processo de construção do estado nacional. A vinculação que os magistrados mantiveram tanto com os partidos políticos quanto com os outros grupos de poder explica sua atuação no interior do próprio aparato estatal, em favor da reprodução dos interesses desses grupos. (BARILE, 2006: 259)

No Brasil, os titulares do poder político sempre estiveram emparelhados com os detentores do poder econômico privados ou com os agen-

tes estatais de alto escalão. Efetivamente, como lembra Comparato, esta aliança entre empresa e estado é da essência do sistema capitalista, não da ideologia do liberalismo econômico; e a história brasileira, desde os tempos coloniais, mostra que a estrutura de poder no país e a mentalidade coletiva sempre foram marcadas pelo “espírito capitalista” da teoria weberiana<sup>21</sup>. Por conseguinte, uma das características da elite brasileira é confundir o patrimônio público com o privado, a tal ponto que até mesmo os recursos advindos de tributos são considerados pelos empresários privados e pelos agentes estatais como como uma “ativo da sociedade de fato”<sup>22</sup>.

Ademais das características já colocadas, deve-se frisar que a consolidação estrutural do poder no Brasil se deu em um ambiente social e político conivente com a exploração do trabalho escravo, existente no país por 400 anos (dos 500 anos de nossa história moderna...), e que a escravidão não se restringia ao setor empresarial, mas permeava toda a vida doméstica e a Igreja Católica aqui situada. Este fato traz consigo consequências que se refletem até hoje no cotidiano brasileiro: na *sociedade*, a desigualdade social não constrange ou escandaliza, mas é naturalizada; na *política*, o que foi naturalizado é que a soberania popular é mera retórica, posto que há uma convicção notória de que o poder só é eficientemente exercido pela elite da população.

Assevera Comparato que outro efeito da escravidão no Brasil é a elasticidade de sua tolerância com o abuso de poder, seja ele público ou privado, fundado na imunidade concedida aos senhores de escravos. E completa: “*basta lembrar a ausência de punição dos agentes estatais, responsáveis pelas inúmeras atrocidades cometidas sistematicamente durante a ditadura getulista e o regime empresarial-militar instaurado em 1964.*”<sup>23</sup> Recorda o autor que no final daqueles dois períodos de

---

21. COMPARATO, Fabio Konder. O poder Judiciário no Brasil (I), Texto sem data, disponível em <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/3973-o-poder-judiciario-no-brasil1>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

22. idem

23. ibidem

autoritarismo, as oligarquias se valeram do instituto da anistia para encerrar a discussão sobre os regimes de exceção, em ambos os casos *com o consentimento do Judiciário*.

Portanto, quando se aborda historicamente o modelo de estado liberal no Brasil, temos ainda um estado de caráter eminentemente patrimonialista, cujo poder é exercido, desde sempre, pelas oligarquias, sendo que o Poder Judiciário, oriundo ou não deste estrato social, consente com a predominância dos interesses da elite sobre os interesses públicos, seja por sua formação jurídica – desenhada para reproduzir este sistema –; seja por sua conformação ao modelo, muito adequado aos interesses do capital no mundo contemporâneo.

Tal quadro se revela quando se analisa a realidade social, dentro da qual está inserida a organização política, definida, por um lado, pela *efetiva* estrutura de poder no seio da sociedade; e por outro lado, pelo conjunto de valores *éticos* que balizam esta organização social. Em um ambiente capitalista, portanto, o exercício do poder é exercido pelos detentores dos meios econômicos, função reconhecida pelo próprio grupo social dominado.

## **O processo histórico de formação do Estado e do Poder Judiciário no Brasil**

a atuação do Poder Judiciário nos anos da ditadura civil-militar e nos períodos subsequentes é construída a partir de fórmulas e ações anteriores, que justificam uma digressão, ainda que superficial, até o período da República Velha, imediatamente posterior ao período colonial, a fim de se elucidar como os tribunais nacionais foram se construindo na realidade do Brasil, sob pena de não ficar claro o motivo pelo qual suas ações hoje são da maneira como conhecemos.

A fundação da República no Brasil implicou na refundação do próprio Estado brasileiro, o que se deu em meio a diversas contradições e conflitos, resultando em uma busca de limites e funções para o Estado que fosse compatível com a complexidade social daquele momento histórico. Porém,

na realidade, os debates ideológicos que se travaram foram voltados para a redefinição das funções do antigo Estado imperial, desconsiderando-se a discussão do papel da população que atuara ativamente na transição política, relegando-se o interesse popular a um nível secundário e, ao mesmo tempo, sobrepondo-se-lhe as forças dominantes. Por conseguinte, já no primeiro momento da República, as mudanças estruturais não se deram com a efetiva participação popular, mas pela via da outorga (BARILE, 2006: 187-188).

A República Velha foi marcada pela predominância dos interesses de uma classe política dominante sobre as necessidades da população. Desde aquela época (e pouco mudou até o presente), o debate se centrava na discussão acerca de uma nova Constituição, ou seja, da solução dos problemas políticos pela legalidade e não pela mobilização social. Assim, a abordagem de antinomias como indivíduo/coletividade ou público/privado adquiriu estatuto constitucional sem integrar os conceitos da população aos modelos legais adotados. Não se estranha, portanto, que a primeira República tenha sido palco de grande instabilidade institucional e que o Poder Judiciário tenha recuperado velhas práticas herdadas do período imperial, como o nepotismo, a corrupção, as malversações do cargo público, devidamente revestidas de legalidade. Em outras palavras, mudou-se o regime sem se modificar a estrutura do Estado. Não houve rompimento com os antigos poderes, nem seus vícios: o cartorialismo do Estado, o clientelismo, a aristocracia agrária, o bacharelismo elitista, a fraude na política etc... Nas palavras de Barile:

O que se vislumbra analiticamente é que o pacto social brasileiro da República Velha se deu pela forma retórica constitucional, sendo que seu conteúdo reformista (...) foi relegado a um plano de discussões posterior (BARILE, 2006: 189).

A magistratura, naquele período, era refém do sistema político dominante, pois desde o ingresso na carreira até as promoções, passando pelos efeitos da decisão judicial, tudo era controlado firmemente pela elite política dirigente. Tinha-se, portanto, um corpo de magistrados partidário, responsável por reproduzir as vontades de particulares no espaço público

estatal, inserido no cenário do patrimonialismo estatal. Havia a tendência a compactuar com o poder político dominante e,

embora o discurso legal pregasse a imparcialidade, a neutralidade e as inúmeras reservas constitucionais e garantia aos magistrados para sua atuação profissional, o marco mais considerável dessa leitura estrutural é o fato da judicatura republicana ser um dos braços mais importantes para a perpetuação dos grupos politicamente influentes no poder, convalidando oficialmente sua predominância social (BARILE, 2006: 227-228).

Percebe-se pois, na história político-jurídica brasileira, desde a República Velha, a confusão entre a coisa pública e a privada, configurando um patrimonialismo difícil de ser desarraigado.

Ao escrever sobre o Poder Judiciário no Brasil, Comparato<sup>24</sup> recorda que é a partir da função judiciária que o Estado moderno nasceu e pôde se desenvolver. O autor sugere que os questionamentos acerca deste poder só podem ser respondidos a partir de uma análise concreta da realidade social, dentro da qual está inserido. Seus questionamentos se dirigem aos que têm a atribuição de exercer a função jurisdicional e ao controle das ações desse Poder que, neste país, geralmente são ligados aos grupos dominantes. O autor evoca a conclusão de João Mangabeira sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal desde sua criação até a ditadura Vargas”

O órgão que a Constituição criara para seu guarda supremo, e destinado a conter, ao mesmo tempo, os excessos do Congresso e as violências do Governo, a deixava desamparada nos dias de risco ou de terror, quando, exatamente, mais necessitada estava ela da lealdade, da fidelidade e da coragem dos seus defensores.<sup>25</sup>

---

24. COMPARATO, Fabio Konder. O poder Judiciário no Brasil (I), Texto sem data, disponível em <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/3973-o-poder-judiciario-no-brasil1> . Acesso em 16 de junho de 2015.

25. Rui, O Estadista da República, Coleção Documentos Brasileiros nº 40, Livraria José Olympio Editora, 1943, pág.78, apud COMPARATO, op. cit.

As transições de regimes ditatoriais para as democracias são oportunidades para romper com o passado autoritário e também para o surgimento de práticas democráticas de relacionamento e de controle. No Brasil, o Poder Judiciário que se instala com a República a partir de 1889, depois da Abolição da Escravidão e da queda do Império, foi concebido com a tarefa de se desvincular do poder do Rei, presente durante todo o período colonial e o imperial. A ideia era reavaliar o próprio modelo de Estado, a fim de consagrar as finalidades públicas daquela instituição e consolidar um elenco de direitos dos cidadãos diante de uma nova situação sócio-política. A ruptura com o regime anterior se mostrou de extrema complexidade, pois dentro do próprio poder insurgente estavam representados os membros da oligarquia latifundiária, aferrada aos seus privilégios herdados do sistema anterior. Ademais, havia uma pluralidade de posições ideológicas republicanas no país.

Afirmamos que o sistema judicial brasileiro durante a ditadura civil-militar se insere *teoricamente* no modelo liberal porque, como veremos, nem todas as características dos tribunais, à época, correspondem a este padrão. A fim de caracterizar o Poder Judiciário naquele período, incumbe, pois, descrever alguns fatos relevantes que se desenrolaram ao longo daquele período.

## **0 Estado brasileiro na ditadura civil militar**

Os juristas pouco se ocuparam com a análise das mudanças constitucionais no Brasil ao longo da História, em parte porque na área da pesquisa do Direito nunca houve uma preocupação com a construção de uma cultura jurídica caracteristicamente brasileira, em parte pelo fato dos doutrinadores não relacionarem diretamente aquelas mudanças com a aplicação do direito.

Porém, desde a entrada em vigor da Constituição do Império, em 1824, houve longos períodos de agitação no país, com frequente repetição dos mesmos problemas, jamais solucionados em função da pouca (ou nenhuma) reflexão sobre as saídas possíveis. A tradição doutrinária jurídica brasileira mais recorrente é a de “importar” soluções do constitucionalismo

estrangeiro, com pouca atenção para o debate acerca da democracia *brasileira*.<sup>26</sup>... No Brasil contemporâneo, assim com no Brasil imperial e no da República Velha, seguimos contando com a presença marcante de elites políticas e econômicas no nosso sistema político democrático, presença que se faz notar em todos os poderes do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Efetivamente, recorda BARBOSA (2010:23) que em pronunciamento relativamente recente à Câmara dos Deputados, Nelson Jobim, ex-membro do Supremo Tribunal Federal, relatou que o processo de elaboração da Constituição de 1988 transcorreu como um “jogo privativo das elites parlamentares”, como um processo “condicionado exclusivamente pela política parlamentar”. Fica patente que se conta com o direito para legitimar determinado projeto de futuro, arquitetado por um grupo dominante no país.

Não por acaso, ao tomar posse como Presidente da República, eleito por um sistema de votação indireta em abril de 1964, Castello Branco se refere à “revolução” e fala do caminho para o “progresso” sem, no entanto, “renegar o passado”, e cita Rui Barbosa: “*é nas classes mais cultas e abastadas que devem ter seu ponto de partida as agitações regeneradoras. Demos ao povo o exemplo, e ele nos seguirá*”<sup>27</sup>. Os historiadores têm reconhecido que a mais longa ditadura brasileira, a civil-militar inaugurada em 1964, não foi um “acidente de percurso”, mas o resultado de uma “construção histórico-social” (AARÃO REIS, 2004: 49).

O Golpe de 1964 foi o resultado da disputa entre as forças progressistas que desejavam reformas e a direita conservadora, cujo comando era exercido pelo alto escalão das Forças Armadas, com o apoio dos Estados Unidos da América, dos empresários brasileiros, por setores conservadores da classe média, pelo PSD (Partido Social Democrático), pela UDN (União

---

26. OLIVEIRA VIANNA, Francisco J.. O idealismo da Constituição, Rio de Janeiro, Terra do Sol, 1927, p. 13, apud BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós -1964. Texto disponível em: <http://hdl.handle.net/10482/4075>

27. Diário do Congresso Nacional, 16.04.1964, p.127-129, apud BARBOSA, op. cit., p. 25.

Democrática Nacional) e pelo alto comando da Igreja Católica. Foi a mais duradoura ditadura da América do Sul e suas marcas ainda impregnam a cultura político-institucional do Brasil<sup>28</sup>.

Os militares impediram as reformas de base proposta pelo presidente deposto, João Goulart, e instauraram um regime autoritário, cujo discurso econômico era marcadamente desenvolvimentista e monopolista, com proposta de desnacionalizar a economia e concentrar a renda. Para que funcionasse o modelo econômico proposto, o Estado precisava ser forte. Com o recrudescimento do regime e a intensificação das violações de direitos humanos, era necessário legitimar o regime, dando-lhe aparência de legalidade.

Logo depois do golpe, os militares trataram de modificar as normas jurídicas, com o propósito de forjar um ordenamento normativo que desse suporte legal à ruptura política. Assim, no dia 06 de abril de 1964, editaram o Ato Institucional nº 1 (AI-1), que abordava justamente essa legitimação, denominando o Golpe de ““A Revolução Vitoriosa” que “como Poder Constituinte, legitima-se por si mesma”. O Ato Institucional nº 2, de 1965, acabava com os partidos políticos e conferia ao Poder Executivo competências para fechar o Congresso Nacional, além de tornar as eleições presidenciais indiretas e estender aos civis o julgamento pela Justiça Militar. Finalmente, em 1967, a Constituição de 1946 foi suplantada por outra, emendada em 1969. Do mesmo ano, a Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei 315/1967) e a Lei de Imprensa (5250/1967) apontavam claramente para o endurecimento da ditadura.

A partir de 1968, à medida em que aumentavam os protestos, a partir da morte do estudante Edson Luís no Rio de Janeiro, o regime se torna mais violento. A organização de uma oposição política contra o regime resultou em mais repressão e na edição do Ato Institucional nº 5, em dezembro de 1968 (GASPARI, 2010). O AI-5 colocou o Congresso Nacional em recesso, foram cassados sessenta e nove parlamentares e a oposição foi brutalmente reprimida (ARNS, Brasil Nunca Mais, 1985: 60).

---

28. Cf. GASPARI (2002), FERREIRA (2003) e GOMES et al. (2007).

Em 1979, por iniciativa de Eny Moreira, começa o projeto Brasil Nunca Mais, que só foi concluído em 1985. A proposta foi a de estudar a repressão política da perspectiva de sua “legalidade”. Constatou-se que as leis e os códigos da Justiça Militar eram recorrentemente violados pelo regime, que adotava a tortura como prática investigatória de maneira clandestina. O AI-5, nesse sentido, foi a tentativa de legalizar o estado de exceção, suspendendo o direito à manifestação política, o *habeas corpus*, as garantias de independência do Poder Judiciário (inamovibilidade, vitaliciedade, estabilidade). Em suma, o AI-5 sepultou o Estado de Direito<sup>29</sup>.

A ditadura civil-militar brasileira (1964-1985) se apresentava como um Estado Direito, recorrendo à outorga de constituições e atos institucionais para se legitimar jurídico e politicamente. Havia, efetivamente, esse grau de consenso entre a elite econômica e as Forças Armadas no Brasil, pois se trata do que Ianni (1981) chamava de “ditadura do grande capital”. Obviamente, esse consenso antidemocrático implicava na violação de direitos, mesmo os historicamente consagrados, como a vida e a liberdade. Por si só esse elemento já é incompatível com a noção de Estado de Direito, posto que a violação de direitos humanos praticada pelo Estado na forma de prática política, é uma violência que desvela o autoritarismo.

Em 1960, ocorre o golpe dentro do golpe: o Vice-Presidente civil, Antônio Aleixo, é impedido de assumir a Presidência depois da morte de Costa e Silva, e a Junta Militar passa a ocupar o Poder Executivo. Nesse período se intensifica a luta armada, os sequestros em troca da libertação de presos políticos, são adotadas as penas de morte e o banimento, são endurecidas as punições previstas na Lei de Segurança Nacional por decreto (Decreto-Lei nº 898/1969) e é outorgada a Emenda Constitucional nº 1 (ARNS, Brasil Nunca Mais, 1996:61). Em seguida, o General Médici é nomeado Presidente da República e se instala definitivamente o governo golpista. O

---

29. Para aprofundar a discussão sobre o Estado de “não direito”, ver Anthony Pereira em: <http://tgeu.org/tgeu-media-statement-council-of-europe-adopts-historic-transgender-resolution/> e rece propriamente ser chamada de direito.

período subsequente foi o mais duro do regime, com aumento gradativo de prisões e torturas, até chegar à supressão total das liberdades civis<sup>30</sup>.

Paralelamente, ocorreu o denominado “milagre econômico” dos anos 1970, com um clima desenvolvimentista e ufanista: o Brasil foi vitorioso na Copa do Mundo, foram inauguradas a ponte Rio-Niterói (um feito da engenharia nacional) e a rodovia Transamazônica, que permitiu que as fronteiras agrícolas nacionais se expandissem para dentro da floresta.

A ditadura brasileira foi apoiada por importantes segmentos da sociedade, como o empresariado, mas teve também a colaboração do Poder Judiciário que viabilizou o projeto de poder dos ditadores. Durante o regime foi muito relevante a manutenção dos tribunais, por meio dos quais se legitimava o regime de força, uma forma da violência se revestir de legalidade. À medida em que se desenvolve o terrorismo de Estado o rito jurídico tende a ser superado por outras instituições, como as polícias políticas e unidades especiais de repressão, como o DOI-CODI e o DOPS. Embora no caso brasileiro não tenham sido criados tribunais de exceção, o Poder Judiciário cumpriu este papel. Na ditadura civil-militar brasileira, inicialmente, os juizes atuavam de forma conservadora, mas à medida em que se acomodava o regime, passaram a colaborar. Os que não se adaptavam eram removidos ou aposentados compulsoriamente, como Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, ministros do Supremo Tribunal Federal. Com o AI-5, as garantias da magistratura foram suspensas e a adesão do Judiciário, que não era, majoritariamente, ideológica, passa a ocorrer em virtude da necessidade de preservar a própria condição de juiz e de evitar perseguições políticas. Para Anthony Pereira (2010), a preservação do Judiciário e seu funcionamento “normal” se deu em função de um consenso entre as elites civis-militares e o Poder Judiciário,

---

30. Segundo o relatório “Brasil: Nunca Mais”, “a estatística do Regime Militar de 1964 registrava aproximadamente 10 mil exilados políticos, 4.682 cassados, milhares de cidadãos que passaram por cárceres políticos, 245 estudantes expulsos das universidades por força do Decreto 477, e uma lista de mortos e desaparecidos tocando a casa das três centenas” (ARNS, Brasil Nunca Mais, 1996: 66). O número de mortos e desaparecidos é ainda maior nas contas da Comissão Nacional da Verdade: 434 cidadãos foram mortos e desaparecidos durante a ditadura militar brasileira (Relatório da Comissão Nacional de Verdade, 2014: 963).

não importa se por questões ideológicas ou por imposição pela força. A maioria dos juízes era legalista e liberal e continuou aplicando o direito sem questionar que estivesse em uma ditadura.

## O Poder Judiciário no Brasil e as “permanências autoritárias”

É muito oportuno atentar para a afirmação de Raúl Zaffaroni, segundo o qual

a função judicial na América Latina não tem história. Embora a história de nossos países seja rica em períodos e crítica, e haja países que têm sua história social muito bem estudada, não se investigou a função que exercida pela jurisdição de cada um desses momentos.<sup>31</sup>

Não obstante, é possível reconhecer que o quadro geral do Estado Liberal funciona como horizonte de compreensão, a partir do qual se foi constituindo o Estado nos países latino-americanos e, muito concretamente, no Brasil. Este marco estabelece não apenas uma forma de conceber a função do Estado e sua relação com a cidadania, como também formula determinados parâmetros para o exercício da função pública em geral, incluindo (e não poderia ser de outra forma) a prática do Poder Judiciário.

Luiz Alberto Warat elaborou o conceito de *sentido comum teórico dos juristas* como um intrincado complexo de fatores subjacentes às práticas jurídicas que as disciplinam ideologicamente<sup>32</sup>. Esse *sentido comum* pode

---

31. ZAFFARONI, Raúl. **Dimensión política de un poder judicial democrático**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 4, p. 20. No original: “*la función judicial en América Latina no tiene historia. Si bien la historia de nuestros países es rica en períodos y crítica, y hay países que tienen su historia social muy bien estudiada, no se ha investigado la función que ha cumplido la jurisdicción en cada uno de esos momentos.*”

32. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979: Complexo de imagens, noções, representações, saberes que subjazem às diversas práticas jurídica, e que funcionam como normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profis-

explicar a forma como o Poder Judiciário e os operadores do direito desenvolveram suas práticas e atividades, o que ajuda na compreensão da prática do direito durante o período ditatorial, voltada para conferir uma aparência de legalidade ao regime militar. Este *sentido comum teórico* atua em toda a sociedade, e possibilita a permanência de uma prática autoritária no marco do pensamento liberal.

Também o conceito de *habitus* elaborado por Pierre Bourdieu pode auxiliar, posto que as práticas sociais que se formaram durante a ditadura permanecem até hoje:

*Habitus* é aqui compreendido como: [...] um sistema de disposições duráveis e transponíveis que, integrando todas as *experiências passadas*, funciona a cada momento como uma matriz de percepções, de apreciações e de ações – e torna possível a realização de tarefas infinitamente diferenciadas, graças às transferências analógicas de esquemas [...] (Bourdieu, 1983: 65) – grifo nosso.

Pelo fato de que a identidade das condições de existência *tende* a produzir sistemas de disposições semelhantes (*pelo menos parcialmente*), a homogeneidade (*relativa*) dos *habitus* que delas resulta está no princípio de uma harmonização objetiva das práticas e das obras, harmonização esta própria a lhes conferir a regularidade e a objetividade que definem sua ‘racionalidade’ específica e que as fazem ser vividas como evidentes e necessárias, isto é, como imediatamente inteligíveis e previsíveis, por todos os agentes dotados do domínio prático do sistema de esquemas de ação e de interpretação objetivamente implicados na sua efetivação, e por esses somente (Bourdieu, 1983: 66).

Em nossa sociedade existe um *habitus* de classe que esteve presente na forma como atuou o poder judiciário durante a ditadura e se mantém por

---

sional dos juristas... Este sentido comum teórico representa um sistema de conhecimentos que organizam os dados da realidade, pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas dominantes.

meio de diversas permanências autoritárias no presente. O Poder Judiciário brasileiro se conforma a um *habitus* de classe, definido pelo posição ocupada pelos juízes na sociedade brasileira, dentro de um estado particularmente patrimonialista...<sup>33</sup>

Ambos os conceitos, “sentido comum teórico dos juristas” e “*habitus de classe*”, nos oferecem um horizonte de compreensão para a instauração no Brasil daquilo que Anthony Pereira denominou “legalidade autoritária”. O autor, ao comparar os processos ditatoriais na Argentina, Chile e Brasil, esclarece que as diferenças entre as três ditaduras, no que diz respeito ao papel do Judiciário, se deu pelos distintos graus de consenso entre as elites judiciais e os militares antes da implantação dos regimes autoritários (PEREIRA, 2010: 41). No Brasil, além da formação legalista e liberal da maior parte dos juízes, houve a preservação do aparato judicial, emprestando à ditadura uma aparência de normalidade<sup>34</sup>. Nas palavras de PEREIRA (2010: 284): “*os que conseguem judicializar a repressão são aqueles que podem contar com tribunais ‘dignos de confiança’*”. Essa “legalidade autoritária”, característica da ditadura civil-militar no Brasil, dava ao regime uma aparência de normalidade democrática (PEREIRA, 2010).

É importante destacar como durante a ditadura civil-militar foi mantido em vigor o ordenamento constitucional que consagrava direitos, mas foram suprimidas, de fato, os direitos e garantias individuais e os direitos sociais. É interessante registrar que o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, suspendeu oficialmente o *habeas corpus* em caso de “crimes políticos” quanto à Justiça Civil. Neste ponto a ditadura brasileira se diferenciou da argentina e da chilena, em curso na mesma

---

33. Trabalhamos aqui com o conceito de “estado patrimonialista” de GALLARDO, Helio, *Teoría Crítica y Derechos Humanos. Una lectura latinoamericana in Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas, Fundación Juan Vives Suriá, 2011.

34. essa legalidade autoritária servia para legitimar um regime ditatorial que “registrava aproximadamente 10 mil exilados políticos, 4.682 cassados, milhares de cidadãos que passaram por cárceres políticos, 245 estudantes expulsos das universidades por força do Decreto 477”; número acrescido de 434 cidadãos mortos e desaparecidos, segundo o Relatório da Comissão Nacional da Verdade, 2014, p. 963.

época, pois aqui o Poder Judiciário não foi afastado do aparato repressivo, ao contrário dos outros países.<sup>35</sup> Então colaborar ou não com a repressão poderia ser uma escolha tanto para a Justiça Civil quanto para a Justiça Militar.

Ou seja, no Brasil, a repressão política foi judicializada, funcionando numa combinação entre a justiça civil e a militar, numa organização que preservou alto grau de consenso entre as elites militares e as judiciárias (PEREIRA, 2010: 252). Este arranjo impactou no processo de transição para a democracia, influenciando o nível de efetivação do Estado de Direito, por natureza guardião dos direitos humanos, com a necessidade de efetivar os direitos à verdade, justiça e reparação.

A demanda por justiça de transição na América Latina<sup>36</sup> tem se demonstrado uma constante, e as vítimas têm buscado tanto reparações quanto revisar o passado, a fim de recuperar a memória histórica do país. Nos Estados latino-americanos as comissões de verdade foram, majoritariamente, seguidas de julgamentos, ainda que com largos lapsos. Dezesesseis dos dezoito países da América Latina que passaram por ditaduras no século XX tiveram leis de anistia<sup>37</sup>.

As variadas decisões tomadas a partir da aplicação das leis de anistia nos Estados latino-americanos têm a ver, obviamente, como conteúdo das normas. Assim, em alguns casos, resultaram na revisão das normas internas, e em outros, a excludentes do crime. O único país latino americano que adotou uma lei de anistia e **não** fez julgamentos dos casos de violações de direitos humanos cometidos durante a ditadura foi o Brasil<sup>38</sup>.

---

35. PEREIRA, Anthony W. Ditadura e Repressão. O autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina, Paz e Terra, 2010.

36. Ver SIKKINK, Kathryn e WALLING, Carrie Booth, p. 437.

37. As exceções são Granada, Guiana e Paraguai.

38. Para mais detalhes sobre a justiça de transição nos países latino-americanos, ver Buarque de Hollanda, Cristina; Batista, Vanessa Oliveira e Boiteux, Luciana. **Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul**. Revista OABRJ, v.25, n. 02, p.55 - 75, 2010.

Embora considerada por alguns autores como uma forma de justiça de transição, a anistia, no Brasil, foi uma forma de esquecimento do passado<sup>39</sup>. Esta opção política no período de transição para a democracia, de se adotar a Lei nº 6.683/79, refletia uma proposta dos militares de promover uma passagem “lenta, gradual e segura”. Efetivamente, passaram-se onze anos desde a entrada em vigor da referida norma para que os civis retomassem o poder, e dezesseis até que houvesse uma eleição popular e direta para Presidente da República. Essa transição democrática foi o resultado de uma negociação com a elite do regime autoritário, valendo tanto para os opositores do regime quanto para os crimes praticados pelos agentes do Estado, uma “anistia em branco”, autoconcedida pelo Estado para perdoar os crimes de lesa-humanidade ocorridos durante o regime militar. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal, denegou, por maioria de votos, o pedido de reviso da Lei de Anistia<sup>40</sup>, contido na ADPF 153<sup>41</sup>, colocando-se na contramão da jurisprudência das cortes internacionais, que não reconhecem a auto-anistia.

Efetivamente, persiste no Brasil uma cultura do esquecimento em relação aos fatos graves ocorridos durante a ditadura civil-militar, e essa forma legalista e liberal de atuação do Poder Judiciário não mudou, apesar da transição para a democracia, em parte porque a formação dos juízes não foi estruturalmente modificada, em parte porque a própria estrutura do aparato judicial não foi modificada com a Constituição Democrática de 1988.

---

39. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 65-66.

40. Celso de Mello, Voto na ADPF 153, p. 17. <http://www.stf.jus.br>

41. Para uma análise da ADPF 153, ver MAGALHÃES, J. N. ; BATISTA, V. O. Constituição e Anistia: uma Análise do Discurso do STF no Julgamento da ADPF nº. 153. *In*: Lucia Eilbaum, Rogério Gesta Leal, Samantha Ribeiro Meyer. (Org.). *Justiça de Transição: Verdade, Memória E Justiça*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. , p. 408-428; e BERNER, V. B.; BOITEUX, L. *Tratados internacionais de direitos humanos, anistia e justiça de transição? A influência do processo argentino*. *In*: Carol Proner; Paulo Abrão (Org.). *Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil-Espanha*. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013, v. 3, p. 140-170.

## Considerações finais

No Brasil, a dimensão entre “lembrar” e “esquecer” traz em si uma considerável problematização. Em 2007, houve grande polêmica acerca da publicação do livro “Direito e Memória e à Verdade”<sup>42</sup>, pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Não faltaram articulistas de revistas e jornais de circulação nacional para retomar o discurso do esquecimento como forma de “superação” dos traumas vividos no período ditatorial. Para o direito, é crucial estabelecer a possibilidade de diferenciar o que é necessário lembrar e o que se pode esquecer. O direito à memória e à verdade é a possibilidade de *“exigir que a história institucional seja pensada também a partir de informações ocultadas ou propositadamente esquecidas”* (BARBOSA, 2010: 31).

Por isto, a pergunta central que orienta nossa leitura dos processos ditatoriais e suas consequências na conformação de nossas sociedades tem a ver com o legado autoritário que tais processos nos deixaram. Quanto a este aspecto, é de particular interesse uma compreensão do papel da memória, voltada para reivindicar sua função de luta contra os efeitos do passado de graves violações de direitos humanos e sua herança autoritária na história brasileira contemporânea.

Reconhecer os legados autoritários originados no período da ditadura exige esclarecer as distintas formas pelas quais, no interior das instituições estatais e na própria configuração cultural da nação, é possível identificar permanências autoritárias que superaram as múltiplas iniciativas transicionais até agora implementadas; tais permanências condicionam a efetiva implantação de um regime democrático, lesando assim a qualidade dos processos democráticos pós-autoritários.<sup>43</sup>

---

42. BRASIL; Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/pdfs/livro-direito-a-memoria-e-a-verdade>

43. Cfr. PEREIRA, Anthony W. Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 239.

É preciso identificar essas permanências nos distintos níveis do labor estatal, prestando atenção tanto aos marcos normativos como às diversas formas pelas quais o autoritarismo se faz presente nas práticas institucionais. Ademais, referidas práticas só são possíveis no quadro de uma cultura política que as legitime, invisibilizando assim o legado antidemocrático da experiência ditatorial que permanece até nossos dias e tem expressões concretas nas formas em que o Estado exerce seu poder, particularmente frente à população pobre.

## Referências

- AARÃO REIS, Daniel; RIDENTI, M; MOTTA, Rodrigo P. S. (Orgs.). **O Golpe e a Ditadura militar - 40 anos depois**, 1964-2004. 1. ed. Bauru: EDUSC.
- ADORNO, T. **Dialéctica negativa**. Madrid: Akal, 2005.
- ARNS, Dom Evaristo; Arquidiocese de São Paulo. **Brasil: Nunca Mais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985.
- \_\_\_\_\_. GRUPO BRASIL NUNCA MAIS. **Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964**. São Paulo: Imprensa Oficial, 1996.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós -1964**. 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10482/4075>.
- BARILE, Daniel. **Patrimonialismo e Burocracia: uma Análise sobre o Poder Judiciário na Formação do Estado Brasileiro**. Dissertação. Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília. Brasília, 2006.
- BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. (2009). **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba, Juruá.
- BOURDIEU, Pierre. (1983). **Sociologia**. São Paulo: Ática.
- BRASIL; Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (2007). **Direito à verdade e à memória**. Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/pdfs/livro-direito-a-memoria-e-a-verdade>
- DUSSEL, E. (2007). **Política de la liberación. Historia Mundial y Crítica**. Madrid: Trotta.
- GALLARDO, H. (2008). **Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos**. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia.
- \_\_\_\_\_. (2011). **Teoría Crítica y Derechos Humanos. Una lectura latinoamericana in Los derechos humanos desde el enfoque crítico**. Caracas, Fundación Juan Vives Suriá, 2011.
- GASPARI, Elio. (2002) **A Ditadura Escancarada – As Ilusões Armadas**. São Paulo Companhia das Letras.
- IANNI, Octavio. (1981). **A Ditadura do Grande Capital**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira.

- OLIVEIRA VIANNA, Francisco J. (1927). **O idealismo da Constituição**, Rio de Janeiro, Terra do Sol, 1927, p. 13, *apud* BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós -1964. Texto disponível em: <http://hdl.handle.net/10482/4075>
- PEREIRA, Anthony W. (2010). **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra.
- QUINALHA, R. H.; PRADO SOARES, Inês. (2011). **A memória e seus abrigos: considerações sobre os Lugares de Memória e seus valores de referência**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 4, p. 250-278.
- Rui, O Estadista da República**, Coleção Documentos Brasileiros nº 40, Livraria José Olympio Editora, 1943, pág.78 APUD COMPARATO, Fabio Konder. O Poder Judiciário no Brasil (I). s/d. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/3973-o-poder-judiciario-no-brasil>.
- SANTOS, B. (2003). **Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia**. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- \_\_\_\_\_. (1991). **La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA.
- \_\_\_\_\_. MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. (1995). **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. Oficina do Centro de Estudos Sociais. Nº 65.
- WARAT, Luis Alberto. (1979). **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre: Síntese
- ZAFFARONI, Raul Eugenio. (1993). **Dimension Política de un Poder Judicial Democrático**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 1, n. 4, p. 19-46, out-dez.

## **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: a argumentação jurídica e o determinismo social no inquérito nº 2.131 do STF**

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury<sup>1</sup>

Valena Jacob Chaves<sup>2</sup>

### **Considerações iniciais**

O presente estudo objetiva analisar a argumentação jurídica utilizada no julgamento de um mesmo processo, o Inquérito nº 2.131, por dois diferentes ministros do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, em relação à mesma hipótese fática, relativa à redução de trabalhadores a condição análoga à de escravo, a fim de evidenciar que há um discurso dominante no sentido de ser o trabalhador natural da zona rural, mais especificamente, dos rincões da Amazônia brasileira.

A escolha deveu-se ao fato de Ellen Gracie, a relatora do processo, ter se pautado na defesa do trabalho digno, enquanto Gilmar Mendes revelou, em sua argumentação, o discurso utilitarista, que, muitas vezes, prevalece e tem raízes profundas em nossa sociedade.

- 
1. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do CESUPA- Centro Universitário do Pará, da graduação e do mestrado, e Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.
  2. Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da UFPA; Mestre e Doutora em Direito pela UFPA. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA. e-mail: valena\_jacob@yahoo.com.br. Diretora da Revista Científica da ABRAT e Diretora da JUTRA.

Antes de enfrentar a questão proposta, faz-se necessário, ainda que de forma breve, proceder a uma narrativa dos fatos que culminaram com o oferecimento de denúncia ao STF pelo Ministério Público Federal, no Inquérito 2.131, que bem revelam a assertiva de que o Direito não oferece uma única resposta correta para o mesmo caso.

A análise será procedida a partir da teoria da argumentação de MacCormick, pois refuta o positivismo e a dissociação entre o Direito e a Moral, considerando-se o caso examinado como difícil, pois há problemas de interpretação da norma, que admite mais de uma leitura.

Buscar-se-á demonstrar, ainda, que um dos aspectos da argumentação jurídica utilizada na decisão é influenciado pelo estereótipo de que o trabalhador rural da Região Amazônica está acostumado a condições de trabalho que, em outros locais, com características geográficas e culturais distintas, seriam inaceitáveis e configurariam o trabalho degradante.

Examinar-se-á, também, o argumento de que não há alternativa melhor a esses cidadãos, do que o trabalho, ainda que em condições degradantes, como uma espécie de determinismo social a que estariam submetidos todos os que tiverem tido a infelicidade de ter nascido na Amazônia brasileira.

A metodologia a ser utilizada será a pesquisa bibliográfica, principalmente de livros e publicações jurídicas, além da decisão do STF no Inquérito 2.131.

## **A hipótese em estudo**

Após uma fiscalização realizada pelo Grupo Móvel do Trabalho Escravo, a partir de uma denúncia da Comissão Pastoral da Terra, no Município de Piçarra, no Estado do Pará, os fiscais constataram, na Fazenda Ouro Verde, de propriedade do então Senador da República, hoje falecido, João Ribeiro, a presença de trabalhadores reduzidos à condição análoga à de escravos, inclusive um menor. Na instância administrativa, foram lavrados, pela então DRT, atual, SRTE – Secretaria de Trabalho e Emprego do Ministério

do Trabalho e Emprego, diversos autos de infração, que culminaram com a aplicação de multas, as quais foram contestadas administrativamente.

Na instância trabalhista (Processo n. 00611-2004-118-08-00-2, disponível no portal do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região <http://www.trt8.jus.br>), no 1º Grau de jurisdição, na Vara do Trabalho de Redenção, foram estabelecidas diversas obrigações de fazer e de não fazer, com destaque à de abster-se de exigir trabalho forçado de seus empregados, à de abster-se de aliciar trabalhadores, diretamente ou através de terceiros de um local de trabalho para outro do território nacional, à de abster-se de coagir e induzir seus empregados a utilizarem armazém ou serviços mantidos pela fazenda e de impor sanção aos trabalhadores decorrentes de dívida (*truck system*). Além disso, houve condenação por dano moral coletivo, no importe de R\$ 760.000,00 (setecentos e sessenta mil reais), a reverter ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) e foi declarada a indisponibilidade dos bens do Senador.

Na 2ª Turma do TRT da 8ª Região, à qual foi distribuído o recurso do senador João Ribeiro, a decisão não foi mantida em sua integralidade. Com efeito, por maioria, foram excluídas da condenação:

- 1) a obrigação de abster-se de exigir trabalho forçado de seus empregados, pois a maioria da Turma entendeu que não havia trabalho forçado porque era permitido o deslocamento e, em razão de os valores devidos serem, facilmente, quitáveis;
- 2) de abster-se de aliciar trabalhadores, diretamente ou através de terceiros de um local de trabalho para outro do território nacional, porque a maioria turmária entendeu não ter sido provado o aliciamento e,
- 3) a de abster-se de coagir e de induzir seus empregados a utilizarem armazém ou serviços mantidos pela fazenda e de impor sanção aos trabalhadores decorrentes de dívida (*truck system*), porque a maioria entendeu que, apesar de a reclamada mandar comprar mercadorias para revender aos trabalhadores, cobrava preços módicos, de tal forma que eles não ficavam endividados.

A condenação a título de indenização por dano moral coletivo foi reduzida para R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais), a ser revertida ao FAT, o que corresponde a 10% da condenação originária.

A declaração de indisponibilidade de bens foi excluída, tendo sido mantido, apenas, o bloqueio do novo valor da indenização.

O TST não conheceu do recurso do Ministério Público do Trabalho por entender que o acórdão reiteraria a ocorrência de trabalho análogo ao escravo e penalizaria o empregador, o que, todavia, foi comemorado pelo então Senador João Ribeiro<sup>3</sup> como uma confirmação de sua inocência, o que é perfeitamente compreensível, face à flagrante redução da condenação.

Isso é revelado até mesmo na decisão do STF, pois os Ministros tiveram o cuidado de referir que, apesar de o TRT da 8ª Região não ter reconhecido a existência de trabalho escravo, dever-se-ia distinguir a independência das instâncias trabalhista e penal, de forma que não haveria óbice ao exame da responsabilidade penal dos acusados (voto da Ministra Ellen Gracie, acompanhado, neste ponto, pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>4</sup>). Faz-se necessário esclarecer que o inquérito penal foi ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal, em razão da independência das instâncias e do fato de o denunciado ser, então, um senador da República, detentor, portanto, de foro privilegiado (CRFB/88, art. 53, § 1º), pois, em regra, seria submetido à Justiça Federal comum.

Estabelecidos os fatos que antecederam o Inquérito 2.131- Distrito Federal, passa-se à análise dos votos de dois dos ministros do STF, que o julgaram, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, acerca do recebimento da denúncia, destacando a argumentação jurídica utilizada.

---

3. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2011/03/tst-confirma-escravidao-na-fazenda-do-senador-joao-ribeiro>. Acesso em: 12.04.2016..

4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226955>. Acesso em: 25/04/2016.

## **A análise dos votos dos ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes segundo a teoria da argumentação jurídica de Maccormick**

Analisar uma decisão judicial implica perquirir a sua fundamentação, que, em nosso ordenamento jurídico, é dever do magistrado (art. 93, inc. IX, CRFB/88), afirmando Alexy (2010, p. 20) que esse dever, na verdade, impõe que a decisão resulte, logicamente, dos preceitos citados na sua fundamentação, o que denomina de justificação interna e que tenha por objeto a verdade, a busca de argumentos válidos, acertados, aceitáveis e corretos, o que afirma corresponder à justificação externa.

Bustamante (2014, s/n) formula a seguinte definição, comum a todas as propostas de teorias argumentativas:

Teorias da argumentação jurídica são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e aplicação prática do direito, na máxima medida possível.

Dentre as diversas teorias da argumentação existentes, optou-se pela de MacCormick, pois refuta o positivismo e a dissociação entre o Direito e a Moral, que ele classifica como “teoria institucional pós-positivista do direito” (MACCORMICK, 2006, XVIII), ao esclarecer que não mais se aliava ao positivismo de Hart, que havia sido seu professor e orientador intelectual.

Entende MacCormick que o Direito aspira à Justiça, tendo um conteúdo moral mínimo, garantido pelos direitos humanos e pelos direitos fundamentais constitucionalmente institucionalizados.

A Justiça que deve ser buscada, segundo ele, não é a Justiça pura e simples, e sim “a que esteja de acordo com a lei” (2006, p. 93), de tal modo que, em circunstâncias normais, a justificação por dedução, ou seja, pela aplicação de normas pertinentes, é suficiente para fundamentar uma decisão judicial. A esse tipo de justificação chamou de primeira ordem, na qual “a decisão se opera pela conexão das premissas maior

(hipótese legal) e menor (Fato) e uma conclusão lógica (consequência)” (SILVA, p. 37).

A decisão do Tribunal Regional e os votos dos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, permitem que se perceba que o caso ora analisado comporta uma séria de dúvidas e de problemas.

Com efeito, não há problemas de pertinência ou relevância, na medida em que é por todos reconhecida a existência de norma aplicável ao caso: o artigo 149 do Código Penal. Todavia, há problemas de interpretação da norma, que admite mais de uma leitura, como se passa a demonstrar.

O Ministro Gilmar Mendes entende que o bem jurídico tutelado pela norma não é a relação de trabalho, inexistindo agressões aos direitos trabalhistas, as quais, para ele, podem e devem ser punidas administrativamente, bem como podem ensejar o pagamento de indenizações. Em sua opinião, o tipo penal em exame tutela a liberdade individual, o direito de ir e vir, que, se preservado, como entende que foi no caso concreto, não importa a subsunção à norma descrita no artigo 149 do CP.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, defende que, ao ampliar o rol de condutas amoldadas ao crime de redução à condição análoga à de escravo, alterando o artigo 149 do CP, a Lei n. 10.803/2003 visou a reprimir os atentados ao princípio da dignidade da pessoa humana, na vertente do direito à liberdade e do direito ao trabalho digno, entendendo, como condições degradantes de trabalho, as que afetam a dignidade da pessoa do trabalhador, colocando em risco a sua saúde e a sua integridade física, deixando, portanto, de ser imprescindível à sua caracterização a privação de liberdade.

Há problemas de classificação ou qualificação dos fatos, que ocorrem, como ensina Atienza (2006, p. 125), quando “(...) não há dúvidas sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se os mesmos integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma”.

Isso porque, o mesmo conceito (trabalho em condições análogas à escravidão) aparece na hipótese de incidência da norma (Min. Ellen Gracie)

e no relato dos fatos que não são tidos como subsumidos à norma (Min. Gilmar Mendes).

Destacam-se, ainda, problemas de provas, que, da mesma forma que os de qualificação, afetam a premissa fática, na medida em que os votos revelam incerteza acerca dos fatos tidos como provados.

A título de exemplo, pode-se citar que a Ministra Ellen Gracie considerou, como provas relevantes, as péssimas condições de alojamento, de fornecimento de água, as jornadas superiores a 10 (dez) horas diárias e a ausência de repouso semanal remunerado. Já o Ministro Gilmar Mendes entendeu que: “As condições de vida de regiões paupérrimas do Brasil repetem-se nas condições de trabalho, e não é razoável qualificá-las de criminosas por esta exclusiva razão, como quer o relatório de fls. 22-56”.

Portanto, o caso ora analisado pode ser tido com um caso difícil, entendendo-se como tais aqueles em que haja dúvidas, em que não haja uma lei ou um precedente pelo qual, claramente, possa ser deduzida a decisão judicial, por mera subsunção do fato à norma, de modo que impõem que, ao raciocínio silogístico, acrescente-se o argumentativo. A esse segundo nível de justificação, MacCormick chama de justificação de segunda ordem. Explica ele: “A justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante” (2012, p. 129).

A justificação de segunda ordem, ainda segundo MacCormick (2012, p. 129), decorre da necessidade de as decisões jurídicas fazerem sentido no mundo e no contexto do sistema jurídico, devendo o magistrado observar critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência para o buscar. A universalidade diz respeito à possibilidade de um mesmo argumento ser aplicado a situações idênticas (SILVA, p. 37), fundamentando-se na imparcialidade.

A consistência implica a ausência de contradição com normas estabelecidas de modo válido, parecendo-nos que, nesse ponto, a decisão do

Min. Gilmar não guarda consistência no que diz respeito às provas, como se demonstrará.

A coerência é classificada em narrativa, empregada na avaliação da prova ou evidência produzida em um caso concreto, de tal sorte que a decisão deve guardar coerência com os fatos narrados, e em normativa, que é atribuída pela sua adequação aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, cujo papel relevante MacCormick reconhece.

No voto da Ministra Ellen Gracie, percebe-se, de forma clara, a construção a partir dos princípios, com destaque ao da dignidade da pessoa humana. Refere, ainda, ao fato de o trabalho escravo contrariar os objetivos fundamentais da República brasileira, expressos no artigo 3º, da CRFB/88. Cita a legislação infraconstitucional, em especial o artigo 149 do CP, para, à luz das disposições constitucionais e na análise das provas dos autos, concluir pelo recebimento da denúncia, podendo-se afirmar haver coerência normativa.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, não há coerência normativa, pois, ao avaliar os fatos, ignora, por completo, que o legislador constituinte de 1988 erigiu, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana. Ademais, sua argumentação tem forte sentido utilitarista e consequências probabilísticas que não se seguem, logicamente, da aceitação da interpretação em análise, como revela o seguinte trecho do voto:

Se não há cerceamento da liberdade de ir e vir, e se o cidadão pode optar por estar ou não vinculado àque-la relação de trabalho, como inferir, desse contexto, que há redução a condição análoga à de escravo por interpretação exógena – e naturalmente paternalista-, que escolhe qual a conduta deva ser demonstrada ou aguardada? (p. 23).

Em inúmeros trechos, o Ministro desqualifica o Relatório do Grupo Móvel, que afirma estar “contaminado por um discurso panfletário que salta aos olhos” (p. 7) e que diz perder-se “em um discurso político-ideológico de afirmação da existência de um neoescravagismo, ao talante dos servidores que o assinam” (p. 8).

Ademais, disse o Ministro Gilmar, ao se referir ao trabalhador menor de idade resgatado:

Focando os problemas e não apenas as violações, há que se indagar: Qual alternativa a sociedade ou o Poder Público oferecem aos jovens do campo? Mas não é só. No caso em apreço, após a autuação, o que fizeram as autoridades públicas (do trabalho, do município), o Ministério Público? O jovem Edvaldo foi encaminhado para algum programa de assistência? Foi a ele assegurado ingresso em alguma escola regular ou curso profissionalizante? Seria muito interessante levantar a trajetória deste jovem após a sua “liberdade” da referida fazenda (p. 36).

O argumento do Ministro Gilmar coincide, claramente, com a tradição utilitarista, sem levar em conta os valores que fundamentam, nem, tampouco, os fins a que se propõe nosso ordenamento jurídico, a ponto de ele afirmar que: “Não se resolve o analfabetismo, a miséria, a falta de oportunidades com regras proibitivas, como se o homem do campo – e por que não o jovem do campo – tivesse alternativa para se manter.” (p. 36)

Desse modo, é possível perceber nos votos dos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes considerações morais, éticas e pragmáticas (por vezes até econômicas), como se exemplifica abaixo:

Trechos do voto da Ministra Ellen Gracie em que se vislumbram considerações éticas e morais:

(...) a persistência de trabalho escravo no Brasil representa a contrariedade aos objetivos fundamentais da República brasileira, expressos no art. 3º, da Constituição Federal (p. 17)

(...) A atual redação do art. 149, do Código Penal, veio a buscar atender o compromisso internacionalmente assumido pelo governo brasileiro de combater o trabalho escravo (Convenção nº 105, da OIT, em matéria de abolição de trabalho forçado (p. 18).

(...) No caso concreto, o conjunto das violações perpetradas ao mínimo de dignidade e respeito à pessoa do trabalhador rural, tal como comprovadas por

substrato probatório mínimo, levou à conclusão de elementos suficientes para o início da ação penal (p. 18).

Trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, em que se vislumbram considerações éticas (ou aéticas) e pragmáticas:

(...) Não descuro do fato de que o trabalho no campo brasileiro está longe de atingir as condições ideais, todavia não é razoável poetizar sobre a realidade agrária brasileira e inferir, do dia a dia das pessoas pobres das matas e dos sertões, verdadeiras manifestações de escravidão, compreendendo a existência de quadrilhas organizadas, formadas por tomadores de trabalho que seriam – como afirma o relatório – os neoescravagistas (pp. 7-8).

(...) Ora, se estamos falando de desbravamento de regiões inóspitas, como a borda da Amazônia ou os rincões do País, é óbvio que os primeiros trabalhos a serem praticados ali não poderão contar com solos cimentados ou com galpões construídos para o abrigo dos primeiros trabalhadores. E mesmo que assim fosse, os trabalhadores que anteriormente os construíram teriam sido objeto de trabalho escravo, de acordo com o equivocado raciocínio (p. 8).

(...) Eis a minha dúvida: Prendemos empresários rurais, proprietários de terra. E o que efetivamente fizemos aos pobres e miseráveis homens do campo que, sem trabalho, quando muito, conseguirão, após o tortuoso caminho, um benefício assistencial de um salário mínimo? (p. 14).

A consequência ou a argumentação consequencialista leva em consideração as consequências jurídicas da solução argumentativa no mundo, que, dada a universalidade, deve servir de precedente a casos futuros.

Esclarece Atienza (2006, p. 134) que, para MacCormick, as consequências jurídicas são avaliadas de acordo com uma série de valores, com destaque à Justiça, ao senso comum, ao bem comum e à conveniência pública. No voto do Ministro Gilmar Mendes, percebe-se muito mais a presença de um consequencialismo utilitarista, aos moldes do utilitarismo

clássico, quando, por exemplo, argumenta no sentido de que a realidade da população local é aquela dos trabalhadores que foram encontrados na fazenda e que, se não estivessem trabalhando lá, naquelas condições normais para a Região, não teriam meios dignos de subsistência, dada a realidade local, na qual aquele é o único tipo de trabalho possível, justificando a decisão pelo fato de ser a mais desejável e a possível, no caso em análise.

Em sentido contrário, tem-se que a Ministra Ellen Gracie preocupava-se com os fins corretos de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, ou com o que MacCormick denominaria de razões de correção, o que se percebe por sua afirmativa de que a escravidão contemporânea contraria os objetivos fundamentais da República brasileira, expressos no art. 3º, da Constituição Federal e que a lei que deu nova redação ao artigo 149 do CP, ampliando a sua abrangência, busca atender o compromisso internacionalmente assumido pelo governo brasileiro de combater o trabalho escravo (Convenção nº 105, da OIT).

Estabelecidas essas premissas e analisados, em consonância com a teoria da argumentação jurídica de MacCormick, os argumentos dos dois ministros do STF que capitanearam as posições divergentes na análise do Inquérito 2.131, passa-se abordar como o discurso utilitarista clássico vem influenciando as decisões nos casos de trabalho forçado, em contrariedade aos valores que orientam o ordenamento jurídico brasileiro.

## **A influência do discurso utilitarista clássico na definição do trabalho em condições análogas à de escravo**

O caso difícil acima analisado é um exemplo do que tem ocorrido nos tribunais brasileiros no que diz respeito à caracterização jurídica do trabalho escravo como crime, em que pese tenham prevalecido os argumentos da Ministra Ellen Gracie, o que, todavia, não tem ocorrido nas decisões da Justiça Federal Comum, sobre a matéria, o *locus* próprio de discussão do tema, que foi excepcionado na hipótese ora analisada pelo fato de o réu ser um senador da República, como já mencionado.

Um dos aspectos da argumentação jurídica utilizada na decisão é influenciado pelo estereótipo de que o trabalhador rural na Região Amazônica está acostumado a condições de trabalho que, em outros locais, com características geográficas e culturais distintas, seriam inaceitáveis e configurariam trabalho degradante.

Vislumbrou-se, também, o argumento de que não há alternativa melhor a esses cidadãos, do que o trabalho, ainda que em condições degradantes, como uma espécie de determinismo social a que estariam submetidos todos os que tiverem tido a infelicidade de ter nascido na Amazônia brasileira.

Em tese de doutoramento defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, Valena Jacob Chaves Mesquita, após fazer uma análise de 326 (trezentos e vinte e seis) processos criminais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, concluiu, em síntese, ainda haver resistência por parte dos juízes federais, quando da aplicação do artigo 149 do CP, “em ultrapassar o arcaico entendimento de se vincular o elemento privação de liberdade espacial do trabalhador como imprescindível para a configuração do delito.” (2016, p. 208).

De igual sorte, destacou Mesquita o mesmo discurso utilitarista utilizado por Gilmar Mendes, cujos trechos mais relevantes foram acima destacados, no sentido de perceber-se uma barreira cultural nos argumentos utilizados nas decisões, as quais, em sua grande maioria, revelam o pouco valor que se dá ao trabalhador rural, admitindo-se que trabalhe em condições precárias e indignas, o que seria normal, “em face da cultura local e da condição de vida pessoal dos trabalhadores” (2016, p. 203).

A constatação acima, obtida pelo exame de processos em tramitação perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que tem sede em Brasília e abrange os Estados do Acre, Amazonas, Rondônia, Roraima, Pará, Amapá, Maranhão, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso, Tocantins e Goiás, e o Distrito Federal, tem sido, igualmente, referida nas mais relevantes obras publicadas acerca da matéria. Brito Filho (2014, pp. 45-46), ao citar a decisão do STF no Inquérito 3.412-AL, aduz que a principal divergência entre os ministros, tal qual ocorreu no Inquérito 2131-DF, analisado neste estudo, concentrou-se no bem jurídico tutelado, havendo

alguns, como Marco Aurélio Melo, que entenderam ser este a liberdade, de modo que não consideraram tipificado o crime de redução à condição análoga à de escravo, enquanto outros, capitaneados pela Ministra Rosa Weber, Relatora designada para o acórdão, cuja tese foi majoritária, defenderam que seria a dignidade da pessoa humana.

É oportuno ressaltar trecho da ementa, no qual resta esclarecida a tese:

PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A **“escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos.** Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. **A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”.** Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de

sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais.<sup>5</sup>

A argumentação jurídica das Ministras Ellen Gracie e Rosa Weber são mais consentâneas com os princípios e os valores que informam o nosso ordenamento jurídico, bem como o Direito do Trabalho, sendo assente que a globalização e as grandes transformações tecnológicas ocorridas nos anos 90 mudaram, sem qualquer dúvida, a estrutura do mercado de trabalho, mas não autorizam que se passe, por isso, a justificar a existência de trabalho degradante.

Cabe ressaltar que, analisando dados coletados pelo Instituto de Pesquisa da UFRJ, a pedido do CEPAL, acerca do mercado de trabalho após a abertura da economia brasileira, em 1990, SACHS (2008, p. 114) conclui que:

(...) a modernização tecnológica do país fechou 8,98 milhões de postos de trabalho no setor agropecuário, 3,63 milhões na indústria manufatureira, 902 mil na administração pública e 757 mil na construção civil. A produtividade do trabalho na agropecuária cresceu, em média, 5,12% ao ano, de 1990 a 2001, e, na indústria, 2,52%. Por sua vez, as importações provocaram a redução de 1,54 milhões de postos de trabalho.

Isso corresponde ao fenômeno conhecido como *jobless growth* (crescimento sem emprego), que se repetiu nos anos de 2002 e de 2003, tendo-se buscado compensar o desemprego, o subemprego e a exclusão social por meio de vigorosas políticas assistencialistas. Essas consequências são mais sentidas nos países periféricos, incluídos todos os países da América Latina, tornando “letra morta” o direito ao desenvolvimento e ao trabalho digno.

Se no plano político do mundo desenvolvido, ao longo de muitos anos, aumentou o número de bens, valores, interesses e sujeitos aptos a serem

---

5. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>, sob o número 3066697. Supremo Tribunal Federal DJe 12/11/2012 Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 61 Ementa e Acórdão INQ 3.412 / AL. Acesso em: 11.01.2016.

tutelados pelo rótulo ‘direitos humanos’, enfatizando-se as conquistas conhecidas como ‘pós-materiais’ (como o controle do meio ambiente, a proteção dos interesses ‘difusos’, o reconhecimento da singularidade de certas minorias, a ampliação de ofertas de lazer, etc.), no plano social dos países latino-americanos, o progressivo enfraquecimento do Estado nacional dificulta o reconhecimento dos direitos mínimos de amplos contingentes de suas respectivas sociedades (FARIA, 2010, p. 143).

Em razão das transformações acima referidas, surgiram no mercado de trabalho, as figuras do desemprego disfarçado, do subemprego, do emprego informal e do desemprego propriamente dito, nenhuma delas correspondendo ao trabalho digno, dando origem ao que ARENDT denomina de párias, condenados à marginalidade econômica, ao trabalho escravo, à exploração e à vida em condições subumanas.

Em profunda análise procedida a partir de estudos historiográficos realizados desde os anos 80, Cardoso (2008) destaca a presença de traços estruturais do passado escravista no processo de construção da sociabilidade capitalista no Brasil, evidenciados pela desqualificação do negro e dos demais trabalhadores como aptos à lide capitalista e pela percepção do trabalho manual como atividade degradada, reservada a indivíduos degradados, em torno da qual:

(...) construíram-se uma ética do trabalho degradado, uma imagem depreciativa do povo ou do elemento nacional, uma indiferença moral das elites quanto às carências da maioria e uma hierarquia social de grande rigidez, vazada por enormes desigualdades (CARDOSO, 2008)

Essa constatação é perfeitamente aplicável à Amazônia, região na qual ocorreu o caso analisado, cujos povos tradicionais são considerados primitivos e atrasados, de modo que “se tornaram invisíveis no conjunto das políticas públicas”, jamais tendo sido tratados como “atores sociais importantes no processo das mudanças em curso” (LOUREIRO, 2009, p. 106).

Essas diversas formas de trabalho indigno traduzem uma desigualdade moral que tem que ser combatida por políticas públicas e ações afirmativas, sendo certo que a contribuição do Poder Judiciário está em punir,

mas, também, em buscar coibir a inclusão injusta em uma relação de produção, como a que ocorreu no caso analisado.

No caso concreto cuja análise se procedeu, o STF cumpriu a sua missão, enquanto que o TRT da 8ª Região não logrou o mesmo êxito ao considerar que não havia trabalho degradante e ao estabelecer indenização irrisória face à gravidade do fato de, em pleno século XXI, um Senador da República optar pelo uso de mão de obra escrava.

## Referências

- ARENDET, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo; caracterização jurídica**. São Paulo: LTr, 2014.
- CARDOSO, Adalberto. **Escravidão e sociabilidade capitalista: um ensaio sobre inércia social**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-330020080001000006>. Acesso em: 24.04.2016.
- FARIA, José Eduardo. **Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica**. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e globalização econômica; implicações e perspectivas*. 3. t. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 127-160.
- LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **A Amazônia no Século XXI; novas formas de desenvolvimento**. São Paulo: Empório do Livro, 2009.
- MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MESQUITA, Valena Jacob Chaves. **O trabalhado análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Belo Horizonte: RTM, 2016.
- SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento; includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.
- SILVA, Neimar Roberto de Souza e. **Direito e Argumentação Jurídica em MacCormick**. *Legis Augustus*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 29-41, jul/dez. 2013.

Esta obra foi composta nas tipologias Times New Roman/ITC Officina Sans e foi impressa em papel off-white® 80 grs./m<sup>2</sup>, no verão de 2017.

As hipóteses das pesquisas tratadas nesta série, transitam entre o Direito e a Política, entre a liberdade e a igualdade, entre a identidade e o desconhecimento e entre as rupturas e a continuidade.

As lutas pelo Direito, colonizadas por práticas institucionais ao largo da democracia, colocam em risco a paz social e agravam as tensões ideológicas na matiz maniqueísta entre 'o inimigo' e 'eu', entre o cidadão de bem e o outro.

A recorrência ao senso comum, desprendida de um exercício crítico sobre os fatos históricos e a genealogia de seus atores, seus lugares de fala e suas representações, acentua e aprofunda desigualdades. Pensar as práticas institucionais, a linguagem, e, como o próprio Direito plasma o poder e o sentimento de legitimidade, é primordial à defesa da ordem Constitucional e dos preceitos fundamentais. É se posicionar contra o desfuncionamento das Instituições do Sistema de Justiça.

**Cássius Guimarães Chai**



Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo - UFPA

