

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 48 | SETEMBRO / DEZEMBRO 2022



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

**Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.**

n.48, set. /dez. 2022

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA
ESCOLA DE DIREITO

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Alexandre Walmott Borges | Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, Minas Gerais, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodriguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzini Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombero Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontifícia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tórres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton
Ariane Lopes

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

ARTIGOS

GOLPES DE ESTADO EN ARGENTINA. TEORÍA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 1930
JUAN CLAUDIO MOREL.....13-37

A CONFIGURAÇÃO DA MISTANÁSIA E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS AGENTES PÚBLICOS
ROBERTO BARBATO JR. | CHRISTIANY PEGORARI CONTE
LUIZ GUILHERME LUZ CARDOSO.....38-59

DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CRISE DA EFETIVIDADE EM NOVOS PATAMARES
EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA
CARLOS ALBERTO FERRI | ESTEVÃO SCHULTZ CAMPOS.....60-74

A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONTROVÉRSIAS
NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES REGIDAS PELA LEI 14.133/2021
MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS | CARLOS ANTONIO MATOS DA SILVA.....75-94

O QUE PASSA PELAS GRADES E SE FAZ DESDE A RUA: RETRATO DA FORMAÇÃO DE
UM CONSELHO DA COMUNIDADE
ANA GABRIELA MENDES BRAGA | JOSÉ EDUARDO ADAMI DE JESUS.....95-118

apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico foi, em dezembro de 2022, reclassificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato A4* do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o DOAJ (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o último número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2022 (n.48, set./dez. 2022).

O presente número do Periódico se compõe por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se tem construída a partir da produção científica de renomados pesquisadores no cenário jurídico nacional e internacional e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Professor Dr. Michael César Silva

Editor da Revista Eletrônica de Direito do
Centro Universitário Newton Paiva

GOLPES DE ESTADO EN ARGENTINA. TEORÍA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 1930

“COUPS D’ÉTAT” IN ARGENTINA. FACTO GOVERNMENT THEORY. SUPREME COURT OF JUSTICE 1930

GOLPES NA ARGENTINA. TEORIA DO GOVERNO DE FATO. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1930

Juan Claudio Morel¹

RESUMEN: El presente trabajo busca explicar el marco teórico legal que el golpe de estado triunfante en la Argentina de 1930 pretendió darle al ataque cívico militar que llevó a cabo, y con el que derrocó al presidente constitucional Hipólito Yrigoyen en aquel año. El mentor de este marco legal fue uno de los tres poderes del Estado: el Poder Judicial Federal, que con una expresión institucional impropia otorgó una pseudo legitimidad institucional al bando triunfante y con ello se quebró el principio de la supremacía de la Constitución, y de la legalidad.

Palabras clave: corte suprema de justicia; acordadas; golpe de estado; revolución; supremacía constitucional; doctrina de facto.

ABSTRACT: This paper search for an explanation to a legal theoretical framework that the triumphant coup d’état in Argentina in 1930 intended to give to the civic-military attack that it carried out, and with which it overthrew the constitutional president Hipólito Yrigoyen that year. The mentor of this legal framework was one of the three powers of the State: the Federal Judiciary, which with an improper institutional expression granted a pseudo institutional legitimacy to the triumphant side and thereby broke the principle of the supremacy of the Constitution, and of the legality.

Keywords: supreme court of justice; agreements; coup d’état; revolution; constitutional supremacy; de facto doctrine.

RESUMO: Este artigo procura explicar o marco teórico jurídico que o golpe de Estado triunfante na Argentina em 1930 pretendeu dar ao ataque cívico-militar que realizou e com o qual derrubou o presidente constitucional Hipólito Yrigoyen naquele ano. O mentor desse arcabouço legal foi um dos três poderes do Estado: o Judiciário Federal, que com expressão institucional imprópria concedeu uma pseudolegitimidade institucional ao lado triunfante e com isso quebrou o princípio da supremacia da Constituição, e do legalidade.

Palavras-chave: supremo tribunal de justiça; acordos; golpe de estado; revolução; supremacia constitucional; doutrina de facto.

¹ Doctor en Derecho. Universidad de Alicante. Profesor Titular. Intr. Cas PP y Derecho Constitucional. UNICEN sede Tandil.

1 INTRODUCCIÓN

En este trabajo, no abordamos aspectos que interesen a la Ciencia Política sino al Derecho Público en general. Por esa razón, no ejercemos la pretensión de explicar los motivos de los hechos políticos que motivaron la ruptura del orden constitucional, por ejemplo la ideología del grupo subversivo que actuó contra el orden institucional, sus limitaciones y compromisos sociales, educación, carácter cívico militar, pertenencia político partidaria, contexto de post guerra, instituciones cívico militares a las que tributaban, y temas anecdóticos como la participación de Juan Domingo Perón² en el mismo, y de muchos dirigentes conspicuos miembros de la Unión Cívica Radical, el mismo partido político del Presidente derrocado, que si no participaron en el golpe de estado, adoptaron una posición pasiva y tolerante como la mayoría del antipersonalismo³. Además, este denominado “golpe de estado” por la historiografía, nombre resignificado, pero al que aludimos *ad initio* por economía de expresión, debe ser tomado por ahora de manera superficial. La precisión conceptual, en el método de desarrollo elegido, se posterga para el final.

En cuanto a la importancia de la faz Jurídica en este estudio, es lo verdaderamente relevante. Está dada por la inmediata búsqueda de legitimidad jurídica por parte de los protagonistas del golpe triunfante, que se hizo mediante sendas piezas jurídicas que por esa razón son objeto de éste estudio y allí radica la originalidad que provoca curiosidad científica por estos hechos históricos. Porque una particularidad del golpe de estado del 6 de septiembre de 1930 ha sido su inmediata tarea de justificación mediante un ardid político-jurídico. Es decir, se ejerció la pretensión de darle un barniz de justicia al acto de violencia institucional con el cual se tomó el poder político. “*El golpe de estado de Uriburu es justo*”, tal la máxima que se pretendió elevar a la categoría de principio universal y para ello se prescindió de la filosofía y se dirigió la mirada hacia la única fuente productora normativa que había quedado en pie. El poder ejecutivo no podía justificarse a sí mismo, el Congreso había sido suspendido después de un áspero tiroteo con fusiles máuser que tomó heridos y muertos en las inmediaciones e inmediatamente fue cerrado y quedó sin funciones, y sus diputados y senadores corrían o se escondían o ya estaban en la cárcel. Sólo quedaba la Corte Suprema de Justicia Federal, que era la dueña de la llave donde se guardaba la ducha de legitimidad que buscaba el grupo subversivo actuante. La “Corte” había sido hasta ese momento la única reserva moral no discutida por las fuerzas políticas de entonces, tenía la ventaja de la imparcialidad ante la opinión pública, decía lo que era justo y todos asumían que, si lo decía la “Corte” a través de sus sentencias efectivamente, era justo. Ese negocio, en donde el autócrata, precisa justificar el origen de su poder no era original, lo hizo Napoleón⁴ y cada rey o emperador que creía en la teoría del derecho divino sobrenatural, y se sentían tocados por el dedo de Dios para hacer lo que les viniera en gana.

2 <https://www.elhistoriador.com.ar/6-de-septiembre-de-1930-cronica-de-un-golpe-anunciado/>.

3 Los dirigentes de la Unión Cívica Radical se dividían en aquel momento en “personalistas” partidarios de Hipólito Yrigoyen que fuera presidente constitucional entre 1916 y 1922 de tono aislacionista respecto de la Gran Guerra que era una suerte de caudillo popular y los “antipersonalistas”, que tributaban admiración al Presidente también radical Marcel T. de Alvear (1922–1928) de pensamiento decididamente anglófilo y partidario del ingreso de la Argentina en la Gran Guerra, con partidarios más orientados a la incipiente clase media de entonces y miembro de la aristocracia argentina.

4 <https://sites.google.com/site/lahistoriaacuadros/acuadros/1804coronaciondenapoleon>. Si pueden ver esta escena fantástica de David que retrata a Napoleón y Josefina con las coronas en sus manos, ejemplo de la autocracia, sin embargo, ni alguien como el emperador francés prescindió de la justificación divina. Fijense atrás que se ve retratado al Papa Pío VII.

También el Jefe del Golpe de Estado y futuro Dictador el General José Félix Uriburu⁵, que publicó una proclama en la que insinuó una rápida vuelta a la institucionalidad⁶, enseguida buscó una bendición, en este caso profana, y por ello buscó otra institución en lugar de la Iglesia: la Corte Suprema de Justicia. Ignoramos qué llevó Pio VII⁷ en sus alforjas en regreso a Roma, pero sí sabemos lo que se llevó la Corte, tema que dejamos para el final del siguiente párrafo.

Por estas razones, el presente estudio parte del elemento jurídico central del caso que trata de dos “Acordadas” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, dictadas en 1930, un par de días después del golpe de estado que logró derrocar al presidente constitucional Don Hipólito Yrigoyen: una para justificar este hecho y una segunda acordada que selló el negocio con Uriburu mediante la cual se designó Presidente de la Corte Suprema a su Decano. Éste es el centro del presente estudio.

2 ACORDADAS DEL CIMERO TRIBUNAL EN 1930

El material para estudiar es Derecho escrito, se encuentra en el Libro de Registros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina⁸, que se transcribe en las próximas páginas para realizar un enfoque más preciso en el estudio particularizado de las mismas. Se trata de analizar el contenido de dos piezas jurídicas que sirvieron de fundamento técnico a todos los gobiernos cívico/militares de habidos en la Argentina desde 1930 al último producido en 1976, tal la importancia que tienen ese par de Acordadas y desmenuzarlas pacientemente es una tarea necesaria para indagar por los razonamientos que pretenden sustentarlas. La técnica de intervención de los documentos pretende ser neutral, si bien el tema no admite neutralidad política, aún se entiende necesaria cierta asepsia para no contaminar y a la vez condicionar con juicios elaborados ex ante (prejuicios) la opinión del lector que encontraría la respuesta antes del análisis. Por esos motivos las designaciones ad initio no tienen tanta importancia (por ejemplo: si es correcto denominar “golpe de estado” al cambio de poder disruptivo de 1930 o si *ad initio* debemos justificarla con una categoría *ex profeso*), y la metodología de exposición carece de precisión conceptual en las primeras páginas porque deja la cuestión para el final. Por ahora, se utilizan designaciones que pedimos prestadas al lenguaje coloquial para empezar a transitar el camino analítico, hasta que la indagación que iniciamos pueda tener conclusiones.

3 ACORDADA DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 1930

Esta Acordada, curiosamente aparece publicada en el Libro de Sentencias, aunque técnicamente, tanto por su contenido, formato y objetivos es una típica expresión de la “Corte” de tipo administrativa. En la misma, no se resuelve un conflicto de dos personas que llega por vía de un Recurso a su conocimiento. Al contrario, la “Corte” recibe un pedido de un jefe Sedicioso y tuvo que fijar posición ante un hecho institucional, lo cual era absolutamente inusual y tomó por sorpresa a los hombres de su tiempo. El siguiente es el contenido transcrito que presentamos en cursiva y color:

5 FERNANDEZ, Tomás; TAMARO, Elena. «Biografía de José Félix Uriburu». En *Biografías y Vidas*. La enciclopedia biográfica en línea [Internet]. Barcelona, España, 2004. https://www.biografiasyvidas.com/biografia/u/uriburu_jose.htm.

6 <https://www.elhistoriador.com.ar/manifiesto-de-uriburu-del-6-de-septiembre-de-1930/>.

7 https://www.abc.es/historia/abci-papa-humillo-napoleon-201803271448_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F.

8 <https://www.csjn.gov.ar/>.

SENTENCIA, 10 de Septiembre de 1930.

*“Acordada (1) sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación(2).”
En Buenos Aires, a diez días de septiembre de mil novecientos treinta,
reunidos en acuerdo extraordinario los señores Ministros de la Corte
Suprema de Justicia de la Nación, doctores don José Figueroa Alcorta, don
Roberto Repetto, don Ricardo Guido Lavalle, y don Antonio Sagarna y el
señor Procurador General de la Nación doctor Horacio Rodríguez Larreta,
con el fin de tomar en consideración (3) la comunicación dirigida por el
señor Presidente del Poder Ejecutivo Provisional (4), Teniente General don
José F. Uriburu, haciendo saber a esta Corte la constitución de un gobierno
provisional para la Nación, dijeron:*

*1º Que la susodicha comunicación pone en conocimiento oficial de esta
Corte Suprema la constitución de un gobierno provisional (5) emanado de la
revolución (6) triunfante de 6 de Septiembre del corriente año.*

*2º Que ese gobierno se encuentra en posesión de las fuerzas militares y
policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por
consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas
(7), y ha declarado, además, en actos públicos, que mantendrá la supremacía
de la Constitución y de las leyes del país, en el ejercicio del poder (8).*

*Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, un gobierno de hecho en
cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios
que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas
las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto respecto a la
posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento
de los fines perseguidos por él (9).*

*Que esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho, “que la
doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a
sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos
o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin
de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser
afectados, ya que no les será posible a éstos últimos realizar investigaciones
ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en
aparente posesión de sus poderes y funciones. - Constantineau, “Public Officers
and the Facto Doctrine (10).” - Fallos: tomo 148, pág. 303”(11).*

*Que, el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un
gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito
por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada
de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social.*

*Que ello no obstante, si normalizada la situación, en el desenvolvimiento de la
acción del gobierno de facto, los funcionarios que lo integran desconocieran
las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por
la Constitución, la Administración de Justicia encargada de hacer cumplir
ésta las restablecería en las mismas condiciones y con el mismo alcance que
lo habría hecho con el Poder Ejecutivo de derecho (12).*

*Y esta última conclusión, impuesta por la propia organización del Poder
Judicial, se halla confirmada en el caso por las declaraciones del gobierno
provisional, que al asumir el cargo se ha apresurado a prestar el juramento
de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes fundamentales de la
Nación, decisión que comporta la consecuencia de hallarse dispuesto a
prestar el auxilio de la fuerza de que dispone para obtener el cumplimiento
de las sentencias judiciales (13).*

*En mérito de estas consideraciones, el Tribunal resolvió acusar recibo al
gobierno provisional, en el día, de la comunicación de referencia mediante
el envío de la nota acordada, ordenando se publicase y registrase en el libro
correspondiente, firmando por ante mí de que doy fe.*

*J. FIGUEROA ALCORTA. – ROBERTO REPETTO. - R. GUIDO LAVALLE.
- ANTONIO SAGARNA. - HORACIO R. LARRETA. – RAUL GIMENEZ
VIDELA, Secretario.*

3.1 Observaciones

Se presentan una docena y poco más de observaciones a la Acordada transcrita, sin otra pretensión que la de exhibirla desnuda de circunloquios para ver los fundamentos en la extensión que tienen *per sé* y la respuesta de la teoría Jurídica ante su confrontación.

(1) ACORDADA, definición, alcances

En este punto explicamos qué es una Acordada. En este sentido, es importante destacar que el Poder Judicial de la Nación, cuya cúspide institucional está formado por un Cuerpo de cinco Magistrados toman decisiones (todas sus decisiones) por mayoría de 3/2 por medio de “acuerdos” o “acordadas”, llamados así porque los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tienen que ponerse de acuerdo para votar una propuesta y formar una mayoría que decida, tal el peculiar proceso de formación de la voluntad del órgano judicial. Con estos acuerdos se construye la voluntad jurisdiccional de la “Corte” a través de instrumentos tales como la “Sentencia” que es el medio de expresión de la voluntad judicial por excelencia y que cumple con el objetivo de creación del mismo que es la determinación de la ley aplicable y su conformidad con la Constitución Nacional. Ahora bien, en el caso particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, la misma, ejecuta tres especies de actos que no constituyen sentencias, ni son ejercicio de su facultad “jurisdiccional” (de “juris” – “dictio”, literalmente decir el derecho, único poder que puede hacerlo). Tales actos son las “Resoluciones de la Corte Suprema”, las “Resoluciones de la Presidencia de la Corte Suprema” y finalmente las “Acordadas” que también tienen realización en los demás órganos judiciales colegiados (Cortes Provinciales, Cámara de Apelaciones). Vale la pena aclarar que el único poder del Estado que dicta Acordadas es el Poder Judicial y las mismas son ordenadas actualmente en un Digesto virtual⁹ junto a las mencionadas Resoluciones de la Corte y las de Presidencia de la Corte. Específicamente, las Acordadas, hacen las veces de los reglamentos del poder ejecutivo, pero en el poder judicial. Se trata de verdaderos actos administrativos que normalmente tienen vigencia al interior de este poder, una acepción es la “*comunicación de un tribunal a otro inferior, para ordenarle la ejecución de algo o para advertirlo o proponerle algo reservadamente. Se llama, así, auto acordado o acordado el fallo solemne dado por el superior tribunal con asistencia de todos sus miembros*”¹⁰. Por ejemplo, disponer el presupuesto de gastos, sancionar o despedir un empleado que comete una falta administrativa (ejemplo insultar a un compañero de trabajo, discriminarlo por su sexo o religión, no cumplir con su trabajo, llegar tarde reiteradas veces, etc.) disponer las fechas de feria judicial, disponer la feria judicial extraordinaria y funcionamiento del Poder Judicial¹¹ por el Covid 19¹², etc. A esta altura se entiende que una Acordada no es una Sentencia porque no decide ninguna diferencia entre partes, ni sobre hechos controvertidos; no se revoca como una Sentencia, sino que se deja sin efecto con otra Acordada; es una atribución implícita de la Corte que ningún otro poder tiene; en otras palabras no es una ley, ni tiene, ni puede, tener alcances legislativos ni invadir

9 <http://www.scba.gov.ar/digesto/informacion.asp>

10 <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/acordada/acordada.htm#:~:text=Comunicaci%C3%B3n%20de%20un%20tribunal%20a,asistencia%20de%20todos%20sus%20miembros.>

11 <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema.>

12 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232349/20200721.>

sus disposiciones materia reservada a los otros dos poderes (Art 75 y 99 CN)¹³.

(2) Suficiencia técnica del Reconocimiento

Se explicó en el punto anterior qué es una Acordada. Ahora bien, ¿tiene suficiencia ese acto administrativo expedido por el Poder Judicial para justificar lo que justificó en 1930? Está claro que para condenar a un homicida a ocho años de prisión es preciso la sentencia de un Juez Penal, como Juez natural, en ese caso la sentencia es suficiente o se dice que es el acto jurídico de un órgano estatal que tiene la suficiencia e idoneidad para expedir una condena según la Constitución, el Código Penal y de Procedimiento Penal. Lo mismo para un Juez de Familia en un divorcio, ídem para la Corte Suprema de Justicia de la Nación para las diferencias entre Provincias y demás causas derivadas del artículo 100 de la Constitución entonces vigente (actual art 116 CN¹⁴).

En este contexto cabe formular una pregunta de estricta lógica:

¿Una Acordada puede justificar o legalizar a un Gobierno de Facto?

La respuesta es no. Y se justifica esta devolución porque no existe instrumento legal legítimo alguno que tenga tal alcance y mucho menos una Acordada que por definición fue pensada para funcionamiento interno al Poder Judicial. Ningún acto de la Corte puede extralimitar la supremacía de la Constitución, principio establecido en el artículo 31 de la Constitución de aquella época y de esta, porque la redacción es similar¹⁵ y fácilmente se puede detectar con lectura superficial que no se menciona a las Acordadas como ley máxima de la Nación, lo cual lleva cierta obviedad, pero vale la pena reiterarlo porque justamente de eso se trata. Asimismo, de una simple lectura al apartado que corresponde al Poder Judicial, no se mencionan las acordadas, ni tampoco se encuentra entre tales facultades legalizar gobiernos a ejecutivos que asumen con el poder de las armas alterando el procedimiento de los artículos 81 y sub siguientes de la Constitución federal.

(3) Necesidad

Se advirtió que la motivación de esta acordada fue una simple nota del autoproclamado presidente provisional de la Nación al Presidente de la Corte Suprema de Justicia. En la citada nota, sólo se comunicó el cambio de gobierno cual resultado de un partido de futbol, una “*fineza*” *ex post facto para con los integrantes de la Corte* que recibían una esquela y los otros poderes y sus representantes el pinchazo de la bayoneta en la espalda. La esquela, llevó tranquilidad laboral a la Corte y estableció la posibilidad de un dialogo “pseudo institucional” que en tanto fuera respondido daba ubicuidad en el poder al remitente, sólo se responde a un par, la sola respuesta daba legitimidad a los golpistas, y un barniz de

13 Acordada CSJN del 10 de septiembre de 1930 (Fallos, tomo 158, pp 290) que reconoció al auto-denominado Gobierno provisional y Acordada CSJN 19/09/1930 (Fallos, tomo 158, p.292) que designa Presidente vitalicio de la Corte.

14 C.N. Constitución Nacional.

15 Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo 294 para la provincia de Buenos Aires los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

legitimidad al gobierno de armas que asumía por su fuerza el control de la República. En ese contexto, lo que no puede ser detectado es el criterio de necesidad de tal Acordada, fue un plus otorgado por los miembros de la Corte, que ni había sido “oficialmente” pedido por los militares en acciones, ni tampoco agregó nada a ese facto que jamás sería jure. Piénsese que 19 años después, en una situación equiparable por su importancia política y por el nivel en la pirámide jurídica de actuación, en el momento en que una Convención Nacional Constituyente de 1949 comunicó sus autoridades a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta sólo acusó recibo y no despachó una Acordada. En ambos casos se trata del máximo nivel de validez y eficacia institucional- *sólo que uno es de jure*- y desde el punto de vista administrativo la Corte expresó el despacho que merecía tal comunicación, un simple acuse de recibo¹⁶.

(4) Reconocimiento *ad initio*

Corolario de lo descripto en la observación anterior es que antes de iniciar la lectura de la Acordada, ya se anuncia el reconocimiento al nuevo gobierno, al cual tan solo se lo apellida como “provisional”. En lugar de reclamar legalidad, la Corte se apuró en reconocer gobierno y por ende en aprobar el nuevo estilo armado que por ese medio se legitimaba en su toma del poder público.

(5) Reconoce carácter de Gobierno

Hay dos legitimaciones encubiertas en esa palabra “gobierno”, que aparece inocentemente en el texto examinado. Primero que el acto de tomar el poder por la fuerza, si es eficaz, pueda sea considerado Gobierno y luego que el Gobierno, dado que es gobierno, genere justamente actos de gobierno en lugar de bandos o comunicados o circulares u otras especies que son comunicaciones que no tienen los ribetes necesarios para ser considerados “actos de gobierno”, es la Corte la que pronuncia esas “palabras mágicas”: “actos de gobierno”.

Se dice que cuando se ubica una pantalla para tapar la realidad de las cosas, cuando se quiere hacer pasar “gato por liebre” en el viejo refranero español, cuando se trata de un bandido y se lo viste de presidente para hacerlo pasar por tal, cuando se oculta la verdad con una falsedad disimulada para que parezca verdadera, cuando se pretende hacer pasar una regresión al estado de violencia como estado de Derecho, eso se llama FRAUDE.

La Corte debió referir a la “usurpación” del poder público que tenía a la vista, prefirió reconocer el carácter de “gobierno” por la eficacia de sus métodos directos al jefe de la sublevación, José Félix Uriburu. Lo primero, fue que, con tal reconocimiento, se otorgó legitimidad para constituir un Poder Público por medios no previstos por la Carta Magna. La misma que había creado al Poder Judicial de la Nación cuyos integrantes habían jurado defenderla. Se ve que la jura sólo llegó hasta la puerta de la necrópolis porque, después que la Acordada ubicó esta palabra en su texto, se elevó a principio general una triste máxima que afirmó palabra más, palabra menos:

[...] todo bandido que decida asaltar el Palacio Presidencial, con apenas buena puntería, puede formar “gobierno” válidamente y no debería ser considerado salteador de caminos o usurpador del poder público [...].

16 Libro de Sesiones. Convención Constituyente 1949. 3ra Reunión, p.33. http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/centro_historia_politica/materiales/Diario%20de%20sesiones/_presentacion.asp.

La razón es el reconocimiento a la habilidad y picardía de haber logrado ubicar su montura en el sillón de Rivadavia¹⁷. Es decir, a partir del 6 de septiembre de 1930, se determinó en nuestra construcción política primero e imaginario colectivo después, que el Gobierno puede ser ejercido por quien surja de: reunir los votos de los electores o reunir armas, ambos expedientes fueron validados. El canal político fue una pieza jurídica y aquí la estudiamos.

Una vez reconocido el gato como liebre, asumida una usurpación como legítima apropiación de un bien cuyo dueño es otro, en este caso el bien jurídico protegido es el “gobierno” elegido por el pueblo, lo segundo es consecuencia directa de lo anterior, todos sus actos serán actos de gobierno y por lo tanto legítimos. Con ello ya se ha logrado la sostenibilidad de la legalidad de los actos de este “gobierno” que surgió por vía de las armas, porque si el nombre que recibe es el de “gobierno de facto” los actos que surjan del mismo pueden ser reputados válidos o en todo caso confirmables (siempre caminamos dentro del marco de la teoría o “doctrina de los gobiernos de facto”) y si aún lo calificamos de “revolucionario”, se da otra vuelta de tuerca, se hace decir a la “doctrina de los gobiernos de facto” más de lo que sus propios formuladores habían afirmado. En síntesis, es posible afirmar que la Corte Suprema de Justicia a falta de verdad para respaldar en Derecho, se vio en necesidad política (no jurídica) de construir una post verdad en la que tal gobierno surgido de una insurrección pasó a ser calificado como “gobierno de facto” y no por lo que era en realidad: “usurpación del poder público” que es la explicación que da la misma teoría citada, articulada en tiempos de la Acordada. Se ha llegado más lejos aún, con la profundización de esta propuesta semántica, que tratamos en el próximo punto.

(6) Revolución

La Acordada utiliza la expresión “revolución” como sinónimo del tema que la ocupa: “gobierno de facto”, trátase de la expresión utilizada por la Corte de 1930 indistintamente por “golpe de estado”. El detalle que es necesario poner sobre relieve es que “revolución” y “gobierno de facto” no pertenecen a la misma especie ni gramatical, ni semántica ni morfológicamente. Es más, en la ciencia política pertenecen a dos categorías distintas, productoras de normas jurídicas imposibles de confundir, porque mientras un gobierno de facto se puede abastecer en la misma Constitución para ser confirmado por el de jure que le siga, en las revoluciones la constitución cambia y hasta puede ser no escrita o escrita al revés. Pero una cosa es clara, el gobierno verdaderamente revolucionario tiene por objetivo cambiar las estructuras sociales y políticas del país que tiene lugar, como en China en 1948 que sustituyó monarquía por República Popular Comunista con socialización de medios de Producción y régimen de partido único. O en Rusia en 1917 con un cambio similar, o el de los jóvenes turcos que pasó a un régimen presidencial laico, o Francia en 1789 que sustituyó la monarquía, etc, etc. No es lo mismo que lavar la cara de un gobierno, cambiar funcionarios, designar otro gabinete, correr a los legisladores y confirmar a los jueces que prestarían acuerdo para un barniz de legitimidad. Sobre todo, cuando la estrategia del grupo faccioso era la de obtener una bendición laica por parte de la Corte: la acogida por escrito de un Gobierno que asume de facto “eficazmente”. Golpe de estado no se confunde con revolución¹⁸, tampoco porotos con frutillas.

¹⁷ Nombre que se le otorga en la Argentina al sillón donde se sienta el presidente de la Nación. Se llama así porque Bernardino “Rivadavia” fue el primer presidente constitucional en 1825.

¹⁸ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p.244. Este autor central en el Derecho Administrativo argentino sigue la misma tesis con cita a Cesar Quintero ... “que la naturaleza revolucionaria de un gobierno es mas de carácter político que jurídico”... y en un breve comentario y caracterización a la expresión Jurídica de los Gobiernos de facto a través de Decretos – leyes que se distinguen de los decretos de necesidad y urgencia solo para gobierno de jure.

(7) Reconoce que el gobierno está en posesión de las fuerzas armadas y policiales para defender vida, libertad y propiedad

Esto mismo es un oxímoron, es como hablar de la “soledad sonora”, o de un “pequeño gran hombre”, etc. Cabe inferir que tales valores: vida, propiedad, libertad, no tenían buena custodia con el gobierno surgido de la legalidad y por esa razón fue justo derrocarlo. La afirmación de la violencia institucional, podemos inferir, era que *hacía falta un gobierno surgido por las armas para asegurar la protección de valores, para protegerlos bien*. Y por esa razón las muertes inocentes producidas el día del golpe a quienes defendieron el Congreso con las Armas se justificaban, olvidaban aclarar que tales muertes nunca se hubieran producido sin usurpación. Por lo tanto: ¿Estarían mal protegidos esos valores? ¿Qué hechos lo denotaban? Ninguna descripción abastece a la Acordada, pero en democracia se dice que se protege vida, propiedad y libertad con el monopolio de la fuerza estatal. Cómo puede ser protegida la vida si las armas han escapado de control del Estado y son deudoras del grupo que las conduce ubicado por encima de la legalidad ¿quién controla a ese grupo? Debemos destacar que los jefes, oficiales, suboficiales y soldados que tenían esa función de custodia, eran las mismas personas con idéntico nombre, apellido y número de documento que siguieron custodiando después los mismos valores ¿Por qué razón, dos semanas atrás no custodiaban lo que sí custodiaban ahora? La respuesta es que sí custodian, que siempre habían custodiado, pero era preciso establecer la falacia de la “inseguridad” para que sea necesario “otro” que, mediante la traición a su juramento republicano de desempeñar su función con lealtad y patriotismo, se hagan ver necesarios para la custodia. Porque la tarea política era la construcción de legalidad mediante un ardid jurídico que es el contenido de la Acordada que analizamos. Había en aquel 1930, una razón de construir una legalidad que no existía, la de otorgar ese barniz de legitimidad de ejercicio, que alguna necesidad ameritaba sino nadie se hubiera ocupado de la misma.

(8) Supremacía de la Constitución

Éste es otro contrasentido, cómo es posible afirmar que se mantiene la supremacía de la Constitución, cuando el poder lo asume un grupo faccioso que se ubica por encima de la misma y pide se le reconozca como gobierno por la eficacia de las armas antes que por la eficacia del Derecho que dan los votos de los soberanos. Ese detalle contraría los artículos 81 y subsiguientes de la Constitución de 1853 que marcaba con prolijidad la manera en que se constituía gobierno, mediante métodos que surgían de una suerte de mecanismo y forma de vida llamada democracia. En otras palabras, la Corte puso al grupo faccioso con la supremacía constitucional en sus manos al reconocer una supremacía que era plena con los métodos de la legalidad que sólo la Constitución podía otorgar. Tales métodos (elecciones libres) no se consideraban y por lo tanto no podían usar el paraguas de una legalidad de la que se habían auto marginado al elegir la vía de las armas antes que las del sufragio. Se habían sentado sobre la legalidad y ello les daba poder material, no necesariamente supremacía constitucional. Con esta decisión cortesana se consagró el principio “*del que no corre vuela*”, o cualquiera otro, pero nunca el principio de la “supremacía constitucional”, porque el principio individual elegido no tenía lectura colectiva, ni la supremacía constitucional que representa al conjunto.

(9) Marco teórico

Uno de los detalles más importantes para ser resaltados es el hecho de incurrir el texto en estudio en una evidente confusión, que tratándose del enorme intelecto de los ministros que firmaron esa acordada, no es posible suponer que se trata de un detalle que pasó inadvertido. Se trata del reconocimiento de “Gobierno de facto” con las consecuencias de la “doctrina de facto” que es el marco teórico que se eligió para dar el barniz de legalidad requerido. De ahí en adelante, todos los actos realizados por este gobierno que surgía por la fuerza de las armas serían tomados por válidos en mérito a la “doctrina de facto”. Sólo adelantamos en este punto, que el encuadre que se hace es erróneo y que tal doctrina no abastece los hechos que se examinan en 1930 y en los demás golpes militares. Dejamos para las próximas páginas el examen de este punto con mayor detalle.

(10) Doctrina

El único autor citado en respaldo a la construcción de la Corte en la Acordada de mención es Albert Constantineau, en su obra “*Public Officers and facto doctrine*”. La contradicción en esta cita, surge cuando se verifica que la obra de mención no tiene relación directa con los hechos que se pretende justificar. En todo caso, si se sigue la teoría o doctrina citada en el punto anterior (9), no se puede hablar de “gobierno de facto”, sino de “funcionarios de facto”, y la distinción no es menor. Porque el marco teórico elegido fue diseñado para resolver otro tipo de problema, ya no a nivel del Derecho Constitucional, sino del Derecho Administrativo, no para gobernantes sino para funcionarios y empleados públicos y por ende aplicable a funcionarios que tienen una legitimidad aparente surgidos de elección popular. Pero los funcionarios que se hicieron del gobierno en 1930 no tenían legitimidad alguna y por esa razón no se podía platinar su condición de hecho para hacerla lucir como de jure¹⁹. Constantineau, autor citado en respaldo en esta acordada, calificó de usurpadores a quienes observaban estas conductas fácticas y no incurría en las “confusiones” de la Corte. Veremos con más detalle tales teorías.

(11) La Acordada acompañó un solo fallo de jurisprudencia en respaldo a la posición que para el caso sostuvo. Se mencionó una sentencia reciente de la Corte del año 1927 del cual sólo se dan los datos para ubicarlo, menciona su ubicación en el Tomo 148 página 303²⁰. El siguiente es el sumario que se extrae de la página web de la Corte Suprema de Justicia:

[...] *Habiéndose sostenido por el recurrente después de notificado de una sentencia con ocasión del recurso de nulidad deducido contra la misma para ante el superior, que dicha sentencia era nula por haber sido dictada después de promulgada la ley nacional de intervención número 11.323, a causa de que la susodicha ley importaba la caducidad de todos los poderes del Estado intervenido, procede el recurso, contra la sentencia de última instancia que,*
al declarar la competencia del expresado Juez para decidir el litigio, dió preferencia a las leyes que organizan la jurisdicción de los tribunales locales de la provincia de San Juan, sobre la referida ley nacional número 11.323.²¹...

19 SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. “*Revolución y doctrina de Facto*”. Claridad, Buenos Aires, 1945, p.120 y ss.

20 CSJN Tomo 148, p.303. In re “Don Cristóbal Moreno Postigo, tutor testamentario de los hijos menores de Don Ricardo Matia s/ Remoción de Tutela”.

21 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/290000-294999/293340/norma.htm>.

La cita a este fallo como antecedente no es precisa²², y es difícil tratar de dilucidar la manera en que aparece citado como antecedente, para respaldar situaciones disímiles. Porque en este fallo la autoridad del Juez había sido cuestionada y en cambio al recientemente auto-asumido Presidente Provisional José Félix Uriburu no se lo cuestionó. Por lo tanto, no es equiparable la situación de un General que quiere ascender a presidente, a quien se le perdonó la usurpación en la que incurría, con la de un pseudo Juez de facto que aparece en esta sentencia citada, que podía ser confirmada después (se cita a Constantineau).

El caso trata de una sentencia que decide la situación de un tutor de ciertos menores que heredaron una fortuna y los manejos económicos del tutor merecieron pedir su remoción como tal. El asunto llegó a la Corte, y el argumento del tutor para no ser removido era que la sentencia fue dictada por un Juez ordinario (Provincia de San Juan) que no era Juez en el momento de la firma de esa sentencia porque había sido removido por una intervención (Ley 11323) que declaró cesante a todos los funcionarios de todos los poderes, Juez incluido. Evidentemente, muchos cargos a pesar de la intervención continuaron vigentes para evitar la paralización del estado provincial ante tamaña desmesura legislativa en el momento de autorizar la intervención federal. La respuesta de la Corte fue con el silencio efectuado respecto de la nulidad planteada, y con ello el reconocimiento implícito al ejercicio de facto de la función judicial de aquel juez de San Juan²³, no se hace mención a la doctrina de facto sólo a su autor, con ello convalida una actuación de facto porque el juez de primera instancia actuante, tenía cargo y color de funcionario aunque ya no era tal por efecto de la intervención federal que lo había dejado cesante. Más adelante se explica con más detalle este marco dado por Constantineau, autor citado por la Corte en la Acordada en estudio.

(12) Consecuencia del marco teórico que se esbozó en la observación (9) es la pretensión ejercida en este párrafo que declara, no sin cinismo, que el gobierno de facto *....cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social” ...* De una Corte Suprema, recibir tal afirmación y claudicación de principios, desilusiona y elimina las mejores convicciones. Quizás esa sería la razón por la que habría de ser anticipo explícito de los aciagos años que vendrían en la República, en donde los principios que siempre habían sostenido el edificio institucional ya no eran eternos, podían ser reemplazados por otros principios más convenientes al caso y es imposible no evocar a Groucho Marx. En una palabra, la definición de los encargados de darle a cada ciudadano lo suyo, era la opción por el derecho del más fuerte no por la fuerza del Derecho. Esta afirmación y sostener que el derecho se sostiene en la fuerza de las bayonetas fue una forma de asumir el poder en la Argentina hasta 1983 en que feneció el último “denominado” gobierno de facto. Se reitera la idea de que el usurpador es funcionario y que no puede ser impugnado ante la Corte, porque la Corte ya había reconocido a una fuerza que a partir de ese momento era considerada Gobierno y legítima.

En el segundo párrafo de esta observación, irónicamente, se pretende hacer ver que, en la hipótesis de desconocimiento por los funcionarios del gobierno de facto de los valores de la Constitución, la Corte dictaría una sentencia que pondría a la Constitución en la supremacía que ahora estaba en manos del Dictador de esa hora. Un observador desprevenido, diría que la Constitución había sido desconocida el mismo día del alzamiento, no se precisaba llegar

22 <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html>. Insertar tomo y página en el cuadro.

23 Ver negrita en sumario.

a la violación de otros principios porque el principio fundamental ya había sido violado. Esta pretendida confusión entre estado de violencia y estado de Derecho es el verdadero punto central de la construcción legitimaria que pretendió impulsar la Corte.

(13) La última observación lleva también la carga de la retórica. Se le inviste al “gobierno de facto” del último manto republicano que es la facultad de prestar a la justicia la fuerza pública, si fuera necesaria, para hacer cumplir una sentencia. Por ejemplo, una sentencia de desalojo, porque se refiere en este punto a la justicia ordinaria y no a la actividad de gobierno. Esto se deduce del juramento que prestó el nuevo Dictador, el Congreso que representa al soberano pueblo de la nación estaba suspendido, así es que no es posible encontrar otro supremo legitimador de la soberanía popular. ¿De qué vale tal juramento? Es la pregunta principal, de alguien que violó el juramento más importante que es el consagrado en el artículo 22 de la Constitución Federal y fundamentalmente el art 29 de esa Constitución pensado para Juan Manuel de Rosas que asumió en 1835 y por un descuido se quedó hasta 1852. Sin embargo, la idea del poder rodeado de un toque de ética era necesaria para legitimar al usurpador.

3.2 Notas complementarias a las observaciones

En este punto se amplía, para los más estudiosos, el contenido de tres observaciones que hacen al marco teórico jurídico:

3.2.1 Definición de los términos de la palabra “revolución” (6)

La definición de los términos de la palabra revolución en la Acordada de 1930 está planteada en los términos de la estabilidad del orden jurídico y si en todo caso el planteo cívico militar de entonces lo había quebrado. El problema teórico a resolver fue:

¿Cómo hacer para que un camello ingrese por el ojo de una cerradura? o en términos más mundanos: ¿Cómo hacer pasar a un grupo de insurrectos en la legalidad? ¿Cómo convertir a un bandido en patriota y republicano?

Y si damos otra vuelta de tuerca: ¿Cómo ingresar en los términos de la Constitución a quiénes la estaban violando? ¿Por qué ingresar en tal tarea?

Respuesta: por la razón de que el principal mérito del constitucionalismo consiste en sustituir la autoridad de los hombres por la autoridad impersonal de la ley²⁴.

Esta falacia en la que incurrió la Corte Suprema de Justicia tuvo efecto más profundo que el meramente coyuntural, porque trató de una relativización de las cosas, de una construcción de la verdad a la carta como si fuera el menú de un Restaurante, realizó una selección de valores a necesidad personal que corrompió no sólo al orden jurídico sino a los hombres que lo sostenían, que en adelante les daría lo mismo el estado de la violencia que el de Derecho porque nada podían hacer para evitar el incendio. Tal fue el debate que dio lugar a la denominada “grieta”²⁵ en la Argentina: la relativización de los valores, el “todo vale”, que la “verdad no existe” porque da lo mismo ejercer el poder producto de la elección popular que por la fuerza de las armas, después de todo el poder es sólo poder... Se ve que esta forma de pensar tuvo más de una partida de nacimiento, he aquí una de ellas.

24 Revisen, las primeras clases y vuelvan a leer el Bill of Rights de 1689, del Estado de Maryland y a Montesquieu. Vd ATIENZA Manuel. “Imperio de la ley constitucionalismo”. ISONOMÍA No. 31/Octubre, 2009. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n31/n31a10.pdf>.

25 <https://dle.rae.es/grieta>. Esta palabra tiene un significado político que marca una división imposible de evitar en la sociedad. Al respecto Vd. [https://es.wikipedia.org/wiki/La_grieta_\(Argentina\)](https://es.wikipedia.org/wiki/La_grieta_(Argentina)). Es dable observar que no todos están de acuerdo con esta triunfante referencia que se ha masificado en el lenguaje de la población <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-grieta-un-termino-inapropiado-para-la-realidad-politica-argentina-nid15092022/>.

En lugar de ejercer la pretensión de institucionalizar lo que no era posible, se debió asumir esta perturbación del orden institucional tal como lo que era un enemigo directo de la Constitución, del imperio de la ley. Se alteró la partida de nacimiento del sujeto político argentino y se agregó un segundo padre ahora putativo, tal la profundidad del daño realizado porque se agregó una página no escrita a la Constitución formal y es que ciertos métodos tributarios de la ansiedad y la prepotencia eran admisibles en aras de salvar lo que se estaba corrompiendo: la Constitución, que nos la dimos el día que como Nación ingresamos en el concierto de las demás naciones en 1853. Una revolución o un golpe de estado no es un “by pass” cual cirugía de corazón. Implica empezar todo de nuevo con una nueva Constitución, y nada de eso empezó en la Argentina con cada golpe de estado²⁶. Nunca se trató de cambios profundos en la institucionalidad que pusiera en el sillón de Rivadavia a un monarca o a un primer ministro o un Cónsul como los romanos. Nada de eso, siempre fue volver a empezar porque al grupo de poder estaba disgustado con el elegido por el pueblo. Una cosa es cambiar ministros y hasta un gabinete y otra muy distinta volver a empezar con otra Constitución en donde todo cambia y hasta es posible ofrecer un menú de la división del poder en tres, cuatro o en cinco partes. En el primero hay una revolución en el segundo un golpe de estado²⁷, porque lo que se cambia es a las personas que llenan el guante, pero jamás el guante que es impersonal. En uno se vuelve a la etapa de la Convención Constituyente y en el otro simplemente se cambian funcionarios y se licencia al Congreso, hasta nuevas elecciones, pero la Constitución escrita no cambia, se la ignora y se pasa el poder al segundo padre, pero no cambia. Porque en una revolución se transforma todo el derecho, mientras que en un golpe de estado apenas si se barre el salón de los pasos perdidos, porque es una transgresión al Derecho y al orden establecido que lo sustenta.

Examinados los hechos y otorgándoles la dimensión que realmente tienen, el segundo tema a examinar es la dimensión ética de los bandidos que tomaron el poder por la fuerza. Según Carlos Sánchez de Viamonte²⁸, se confundió el derecho a la rebelión o a la insurrección contra los gobernantes injustos, con el derecho a la revolución que es el derecho al cambio institucional. El derecho a la rebelión se define como el derecho de todo hombre libre de resistirse al déspota y ello encuentra su congruencia en la teoría del contrato social, porque si el gobernante surgido de las urnas como fue el caso, escapa de la lógica de la Constitución y asume de facto derechos que la legalidad no le ha otorgado, y lo hace en su propio beneficio: disolver el Congreso y legislar por medio de decretos, o expedir decretos de necesidad y urgencia sin confirmación del Congreso o encarcelar ciudadanos sólo por sus ideas, o reemplazar jueces naturales por amigos, parientes o afines, si se anulan las elecciones o manipula las mismas y se impide reelegir autoridades, si se cierran fronteras para encarcelar a la oposición y construir una gigantesca cárcel, etc. Siempre debe tratarse de un interés colectivo, y dentro de ciertos límites podría ser admitido como *derecho de resistencia a la opresión* porque se trata de la defensa del Derecho y de la Constitución para regresar la legalidad. Queda claro que su titular es el pueblo y no individuo particular alguno. En cambio, la revolución supone el cambio de las instituciones vigentes por otra nueva. Nada de eso sucedió en 1930 ni tampoco en los golpes de estado subsiguientes.

Subrayamos una vez más, que desarrollamos nuestro argumento en clave del artículo 2 de la Constitución de Francia de 1789, la denominada “declaración de los derechos del hombre

26 OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Reconocimiento de Gobiernos. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXIV Real – Retr, Buenos Aires, 1967, p.93 y ss.

27 CASTAGNO, Antonio. Gobierno. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XIII Gara – Hijo, p.309 y ss., Buenos Aires, 1960.

28 SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. “Revolución y doctrina de Facto”. Claridad, Buenos Aires, 1945, p.38 y ss.

y el ciudadano” que es donde por primera vez aparece a nivel constitucional este derecho de resistencia a la opresión con tanta magnitud, *asociado a la libertad, la vida y la propiedad de las personas*²⁹, los mismos derechos que pone en juego la Corte para legalizar a los denominados “revolucionarios”. Este tópico, que juega más como principio que como derecho, debe ser ubicado en su justo lugar porque ninguna Constitución puede legalizar el germen de su propia destrucción dado que, si cualquiera está legitimado para sentirse oprimido y romper el contrato social, no hay Constitución que dure. Pero desde una lectura colectiva, es preciso advertir que es una norma que torna operativa ante la hipótesis de una franca violación a uno de los principios más importantes de la Constitución que es el de la igualdad ante la ley, vigente si todos gozan de los mismos derechos y deja de estar vigente cuando tal criterio igualitario se altera y entonces todos deben accionar para que todos mantengan sus derechos y el soberano sea tal en su integridad porque eso define a la libertad que es la posibilidad de corregir los abusos de poder. En la Constitución francesa de 1793 este derecho pasa al artículo 33 pero en otro contexto donde se dejó claro que el derecho individual del hombre es el de la resistencia a la arbitrariedad y la ilegalidad. Pero el derecho a resistir la opresión es un derecho del pueblo, tal como lo dice el artículo 35 de la convención de 1793 ... “*cuando el gobierno viola el derecho del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes*³⁰” ... Es una referencia en clave de segunda generación de Derechos Humanos casi dos siglos antes de su formulación como tal.³¹

3.2.2 Marco teórico propiamente dicho (9)

En este punto, ampliamos sobre el marco teórico que propone la Corte en la categoría “Gobierno de facto” que utilizó en la pieza en análisis. Al admitir esta expresión para sustituir el Gobierno de Jure la Corte envió las instituciones al archivo y admitió al hombre providente. Se ve que el paternalismo del que se acusa a los argentinos en el desarrollo de la política no tiene precisamente generación en los años que vendrán sino en los pasados. Debía estar presente esa forma de pensar en la sociología de los ministros de la Corte Suprema de Justicia (hombres nacidos después de mediados del siglo XIX) que votaron en esa Acordada. De otra manera no es posible que se admitiera con tan poca vacilación que un hombre del destino pudiera reunir rápidamente en su sola persona las facultades ejecutivas y legislativas, sustraídas de la voluntad popular por más que se apuraron en sostener la supremacía constitucional en la forma, pero con el contenido ya contaminado por un regreso al despotismo ilustrado, al de la vieja España borbónica, al absolutismo de aquellos monarcas y sus herederos los caudillos después del Virreinato.

Por otra parte, la Acordada, sólo tiene vigencia hacia el interior del Poder Judicial, o por acto reflejo a los justiciables, pero nunca adquiere funciones legislativas de contenido general como ocurrió con esta Acordada, porque toda sentencia no escapa al marco que debe dar la Constitución y la Ley emanada del Congreso y por esa razón toda expresión judicial debe estar fundada en ley, pero no puede ser la ley. Pero si se admite a un legislativo-ejecutivo de facto violar la Constitución al admitir facultades legislativas a un poder que la misma Carta Magna prohíbe otorgar, con ello la Nación deja de ser una República para escapar de control y derivar a una forma de gobierno despótica. Ello ocurre cuando se confunde el estado de violencia con el estado de derecho.

29 Vd. Clase de la Constitución de Francia, p.11.

30 http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf

31 VASAK, Karol. Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos. UNESCO. Paris, 1984.

Finalmente, queda observar las consecuencias desde el punto de vista de la soberanía. Si una insurrección, de cualquier tipo, derroca a los funcionarios de jure y los reemplaza con sus propios hombres sin representación popular ni título alguno, utilizando fuerza, concurren varios delitos³², tanto en los 30' como en la actualidad (sedición, usurpación de autoridad, abuso de autoridad, etc amén de los mencionados en la Constitución de 1853³³ y la actual. En este contexto no es posible hacer referencia alguna a los funcionarios de facto como categoría válida para su reconocimiento y equiparación a los de jure. La calificación es la de "usurpadores del poder público", no la de gobernantes de facto. Esto que se ve con nitidez fronteras adentro, sin embargo, no es tan simple fronteras afuera, porque el reconocimiento ya no depende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sino del concierto de las Naciones y bien se sabe que sólo tienen intereses, no persiguen la justicia las relaciones internacionales. Hay, sí, por qué no reconocerlo, un doble estándar en el análisis cuando se suma el reconocimiento internacional, con una soberanía bifronte que mira de una manera al gobierno con su pueblo y de otra manera al Estado en su rostro a los demás Estados de la Tierra. Por lo tanto, se puede ser usurpador puertas adentro y representar la soberanía puertas afuera. Los noticieros frecuentemente son testigos de ello.

3.2.3 *Obra de Albert Constantineau como autor citado (10)*

La segunda y última parte de este marco teórico tiene relación con el único autor citado en respaldo a la construcción de la Corte en la Acordada de mención: se trata de Albert Constantineau, en su obra "*Public Officers and facto doctrine*"³⁴. No tenemos esa obra en su original en inglés para su consulta, pero sí tenemos a la vista, una edición en idioma español de la misma obra³⁵.

¿Por qué citamos a este autor? Porque es el que cita la Corte Suprema de Justicia en la Acordada en estudio: Por esa razón, en este punto se intentará explicar y resumir la antigua teoría de la doctrina de facto (Siglo XIV) esbozada por uno de sus sintetizadores y luego de explicarla intentaremos, si es posible, verificar en cuál de las especies de dicha teoría es posible encuadrar al gobierno legitimado por aquella Corte de 1930.

a. Definición de la doctrina de facto según Constantineau

La doctrina de facto es un... principio de derecho que:

a.1) Justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han "usurpado"³⁶ la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo³⁷. Es el caso de los usurpadores del poder público y

32 SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. "*Revolución y doctrina de Facto*". Claridad, Buenos Aires, 1945, p.160 y ss.

33 Arts 6, 22, 109 para la sedición por ejemplo.

34 CONSTANTINEAU, Albert. "*Public Officers and facto doctrine*". Ed. Lawyers Co-operative Publishing Company, Ottawa, May, 1910.

35 CONSTANTINEAU, Albert. *Tratado de la doctrina de facto*. Depalma, Buenos Aires, 1945.

36 ARTICULO 181 Código Penal. - *Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;* Esta es la figura vigente en 1930 en nuestro Código Penal, nótese que nunca se convierte en propietario el ocupante, sólo tiene su posesión, sus pies en propiedad ajena.

ARTICULO 198 Código Penal. - *Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años: 3º El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva;* Se puede ver que si en lugar de inmueble, se trata de un buque o aeronave la usurpación es el delito de piratería.

37 En el final de este punto veremos la consecuencia penal actual, después de la reforma al Código Penal en 1984 se utiliza la plataforma de este delito entre privados (eventualmente puede involucrar al Estado) para explicar la expropiación del poder público por parte del denominado usurpador.

sus consecuencias las define el orden público de la Nación que se trate por ser un tema doméstico. En la Argentina, actualmente, se los califica como usurpadores del poder público.

a.2) Reconoce a entes públicos y privados y los ampara de impugnaciones cuando están organizados irregularmente sin embargo tienen actividad en apariencia legítima (*color of law*) con los mismos derechos y atribuciones que los regularmente constituidos.

Ejemplo, el caso de un empleado público que comenzó a trabajar y por cuestiones burocráticas su decreto de designación demora en salir y sale sin efectos retroactivos. Más aún cuando el mismo empleado público actúa con una designación vencida y la misma no ha sido renovada por otro decreto por razones de burocracia, tema tan frecuente en la administración pública. Todo ese lapso (a veces un mes y en algún caso excepcional durante años, caso de los funcionarios ad honorem luego legalizados) que el empleado público, ordenanza, cirujano de hospital público y hasta profesor universitario que da sus clases sin designación oficializada o con designación vencida y pendiente de dictado son funcionarios de facto, su legalidad está dada (*color of authority*) porque siempre el cargo ha sido creado anteriormente, de manera que le falta legalidad a la designación pero no al cargo que existía de antes y por ello es un cargo de jure, por ejemplo el cargo de Médico cirujano de Hospital que se encuentra en la Carrera Médico Hospitalaria que es una Ordenanza del Concejo Deliberante de un Municipio, o el cargo de Profesor Titular de una cátedra que es un cargo creado por la legislación universitaria. Siempre el facto se encuentra sobre el funcionario no sobre el cargo que estaba antes y seguirá estando cuando el funcionario se jubile y será otra la persona que desempeñe en ese cargo que tomará posesión del mismo (al principio de facto si no hay designación) o con carácter provisorio hasta que legitime su posesión con un proceso de designación de funcionarios públicos y de selección del mismo que en la Universidad Nacional es por concurso. El color de autoridad o “apariencia legítima” (*color of law*) lo da el cargo que ya estaba creado en condiciones de legalidad, es lo que se denomina tradicionalmente “humo de buen derecho” (*fumus de bonae juris*) figura utilizada en la Acción de Amparo y medidas cautelares tales como la de un embargo preventivo, pero como vemos no le es exclusiva ni excluyente. Desde luego, hay una diferencia de grado entre un empleado público y aquel llamado para desempeñar un cargo público, este último actúa con una delegación de soberanía que el primero no tiene.³⁸

a.3) Confiere validez a los actos oficiales de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad (*color of right or authority*):

a.3.1 ocupan un cargo en los gobiernos o entes públicos y privados mencionados anteriormente, no es legalmente funcionario pero ocupa y ejerce un cargo público, por esa razón se dijo en *Parker vs Kett...* “funcionario de facto es aquel que tiene la reputación de ser el funcionario que pretende ser y que, sin embargo, no es un funcionario en forma desde el punto de vista legal”³⁹... Ejemplo de lo primero un Ministro al que tarda tiempo en salir su decreto de designación, pero su cargo ya está creado por la ley de ministerios⁴⁰ Está sentado en el Ministerio, atiende los teléfonos, habla con el –ejecutivo pero todavía no se notificó del Decreto de designación porque el Presidente está de viaje o las razones que sean. Ejemplo de lo segundo es cualquier Sociedad Anónima “en formación”, lo que implica que todavía la Autoridad de Aplicación no emitió la Resolución de creación de la misma, y que sin embargo

38 *Ibidem*, p.32.

39 *Ibidem*, p.38 y ss.

40 BORA 21/ 12 1981. Ley 22250. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48853/norma.htm>.

por razones de orden público (en este momento la creación y fomento de empleo por la actual crisis económica que todos conocemos) el Municipio le otorga una habilitación provisoria para que empiece a trabajar mientras termina de realizar los trámites burocráticos necesarios. Es decir que puede haber también organismos privados de facto hasta que llegue la Resolución que la legalice y haga un cuadrito y la cuelgue en su negocio a la vista de los clientes.

a.3.2 ejercen cargos creados legalmente

En todos los casos, el interés es público y nunca para interés particular, explica Constantineau que ello se debe a que esta doctrina se basa en consideraciones de orden público, justicia y necesidad y por lo tanto para preservar a los ciudadanos de daños en su patrimonio por confiar en los actos o dichos de quienes se presentan con razones que los invisten de autoridad, muchas veces de buena fe y no necesariamente con un ardid para pretender autoridad no otorgada⁴¹. En el ejemplo del negocio con sociedad “en formación” se entiende que el interés público se orienta al interés del consumidor que tiene otra alternativa de consumo y la generación de empleo.

En el primer caso, explica Constantineau

[...] se refiere como es obvio, a los gobiernos de facto y a las corporaciones de facto; la segunda a los funcionarios de tales gobiernos o corporaciones y a los funcionarios ilegales comunes: las dos clases de funcionarios irregulares se incluyen juntos porque se refieren a la misma apariencia o color de legitimidad de título o autoridad (color of title or authority) para constituir un gobierno de facto o una corporación de facto, así como se requieren circunstancias comunes. Es verdad que los funcionarios de la primera clase nunca pueden llegar a ser más que los funcionarios de facto por regular que sea su nombramiento o calificación, ya que los cargos que ocupan están afectados por la misma ilegalidad como el poder que les dio nacimiento o bajo el cual dichos cargos son ocupados; pero ello no obstante, si una persona se hace cargo de tal función sin, al menos, una apariencia de legitimidad de autoridad, será considerado como un mero usurpador y sus actos no podrían ser apoyados bajo ningún concepto.⁴²...

b. Necesidad de la doctrina

Constantineau, que escribió en 1910, explicó la necesidad de esta doctrina, porque no sería razonable esperar que el público se viera en la necesidad de ...”averiguar previamente el título de los funcionarios que debe tratar, para establecer qué confianza puede otorgar a la autoridad que se les atribuye⁴³”... Imaginemos un mundo en donde estemos obligados a pedir el Decreto de Designación de cada policía que encontramos por la calle o al funcionario que nos atiende en el Municipio, o profesor que nos da clase en la Universidad a quien en muchos casos sólo conocemos por la web.

Se trata, el actual, de un mundo movido por la velocidad del “click” del mouse con el que adquirimos productos en “Mercado Libre” o nos inscribimos para un examen en la Facultad o enviamos un *e-mail* a nuestras relaciones. Si la validez de cada uno de los actos de nuestras personas o del funcionario dependiera de la exhibición del título nuestra vida y la actuación del

41 CONSTANTINEAU, Albert. *Tratado de la doctrina de facto*. Depalma, Buenos Aires, 1945, p.9.

42 *Ibidem*, p.10 y ss.

43 *Ibidem*, p.11 y ss.

gobierno tornaría imposible. Esta apariencia de legalidad se justifica para mantener la supremacía de la ley y preservar la paz social y su orden, otra solución desarmaría a la Administración Pública. Si todas las personas pudieran eficazmente desafiar a la autoridad, en el mundo mandaría la anarquía y en ese reino no puede ingresar el estado constitucional de Derecho.

No obstante, las razones de celeridad que podemos invocar para el mundo moderno y la falta de tiempo para la exigencia de títulos basados en la buena fe, ya en el leading case norteamericano *State vs Carrol*⁴⁴, de 1871, mucho antes de la existencia de internet, el Juez Butler dijo ...”*la doctrina de facto...fue incorporada al derecho como un acto de policía y necesidad para proteger intereses del público y los individuos, allí donde esos intereses estaban afectados por actos oficiales de personas que ejercían las funciones de un cargo sin ser funcionarios legítimos... porque no se puede obligar al público ...”a inquirir sobre el título de un funcionario, ni éste obligado a justificarlo; y estos quedaron como principios justificados en derecho. Pero para la protección de aquellos que tuviesen que hacer gestiones ante tales funcionarios, cuando estos aparecen desempeñando cargos, bajo circunstancias de reputación o apariencia de legitimidad tales que pudiesen inducir a suponer que eran funcionarios de jure, el derecho validaba sus actos, en lo referente al público y terceras personas ya que, con respecto a ellos, si bien no eran funcionarios de jure, lo eran de hecho y el interés público reclamaba que sus actos fueran considerados válidos*”. Es lo que modernamente se denomina principio de continuidad institucional⁴⁵, que hace que las normas dictadas por funcionarios de facto no sean derogadas. En el Digesto jurídico se observa que todas esas normas permanecen vigentes porque sería imposible renovar la legislación cada vez que un gobierno de facto fenece. Ejemplo de ello en la Argentina es la citada Ley de ministerios 22250 de páginas atrás, que es una Ley sancionada por la última dictadura militar y sin embargo todos los presidentes democráticos la han utilizado porque tiene un consenso de aplicación y simplemente reglamentan las partes esenciales al asumir su período⁴⁶, dado que cada presidente precisa formar un gabinete de ministros y esa ley es dúctil para esa tarea y por esa razón se la mantiene vigente sin que en casi 40 años de democracia presidente alguno reparase en este pecado original que padece la ley 22250 al haber nacido en un gobierno de facto.

c. Origen de la doctrina

El primer caso compilado se encuentra en el Year Book en 1431 bajo el título de *Abbe de Fontaine*⁴⁷. La acción se basaba en un contrato de suministros a una Abadía, pedido efectuado a los proveedores por parte de un falso Abad que había perdido las elecciones para su designación, y trató de conseguir igualmente la misma merced a sus relaciones en las altas estructuras de la Orden (nada nuevo para nuestros días). Finalmente, la justicia se impuso y el nuevo Abad, que había ganado legítimamente las elecciones para ser electo

44 *Ibidem*, p.21 y ss.

45 OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Reconocimiento de Gobiernos. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXIV Real – Retr, Buenos Aires, 1967, p.94 con cita a Verdross, sostiene la irrelevancia de los cambios domésticos sobre la validez de los Tratados. Porque si cada golpe de estado el gobierno nacido de ellos pudiera desconocer válidamente sus compromisos internacionales se quebraría la seguridad Jurídica internacional. No obstante y fuera de la opinión de Verdross, en América Latina rigen dos teorías al respecto. La Doctrina Tobar esbozada en 1907 por el canciller de Ecuador que postulaba abstención de reconocimiento a todo gobierno surgido por la fuerza, al menos hasta ser confirmado por una asamblea popular y la Doctrina Estrada postulada en 1930 por el canciller mexicano que consideraba al “reconocimiento” una violación al principio de “no injerencia” pero su país podía decidir retirar sus agentes diplomáticos o pedir el retiro de los agentes del gobierno de facto.

46 Otro ejemplo está dado por la ley de expropiaciones 21499 (BORA 21/01/1977) que estuvo en debate sobre el proyecto de expropiación de Vicentín. Nadie se acordó, ni estuvo en debate, que se trataba de una ley aprobada en tiempo de la última dictadura militar, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-21499-37292/texto>.

47 *Ibidem*, p.15 y ss.

como tal, anuló todas las compras realizadas por el falso Abad porque no tenía título para realizar actos de compra de suministros. Pero los actos internos a la Orden pertenecen a ésta y el público no tiene por qué estar al tanto de las razones que anulan la apariencia (*color of title o fumus de bonae juris*) que toda la Orden permitió expresar al falso Abad, razones por las cuales se le vendió y se introdujeron las carretas con los suministros dentro de la Abadía para ser consumidos por los monjes. Cuando el pleito para el pago se inició contra el correctamente electo por las compras de su antecesor se alegó la nulidad de la operación porque los jamones que yacían en los estómagos de los monjes y el vino bebido y desbebido había sido adquirido por quien no representaba a la Abadía por no ser su legítima autoridad. El Tribunal declaró que la obligación reclamada era válida. A partir de este fallo, esta doctrina se multiplicó en Inglaterra y llegó a las Colonias americanas con las más variadas posibilidades que la vida de una nación ofrece y las infinitas conductas de las personas y ha permanecido vigente por casi 600 años.

d. Requisitos para constituir un funcionario de facto

Para que una persona pueda ser reconocida como de facto dice Constantineau⁴⁸, debe cumplir con tres condiciones:

d.1. El cargo que ocupe debe tener existencia de jure, o al menos reconocida por ley⁴⁹.

d.2. Debe estar realmente en posesión de este.

d.3. Debe detentarlo bajo la apariencia de legitimidad (*under color*) de título o autoridad.

Sin la concurrencia de estos tres requisitos, todos ellos, no es posible considerar a una persona como funcionario de facto. En efecto, cualquiera sea la “apariencia de legitimidad” (*color*) que ostente el título de una persona o posesión de cargo, si éste no es reconocido por la ley, jamás podrá adquirir dicha persona el status de funcionario. Por otra parte, por sólidos y bien fundados que sean los derechos de una persona a un cargo de existencia legal, si se ha privado de su real posesión podrá ser un funcionario de jure, pero en ningún caso un funcionario de facto; y finalmente la simple posesión de un cargo de jure, sin apariencia (*color*) de título o propiedad, hará del ocupante un usurpador⁵⁰.

3.3 Corolario

En este apartado desarrollamos el estudio de la primera de estas Acordadas, después de su exposición, se puede advertir que la única razón por la que la Corte de entonces utilizó en respaldo una bibliografía que no es explicativa del asunto sometido a su examen, probablemente esté motivado, por la dificultad para su acceso lo que posibilitaba impresionar al interlocutor si el libro en Argentina se guardaba bajo siete llaves, por la poca comprensión del idioma extranjero en la época de manera masiva, y quizás la falta de un traductor instantáneo como el que ofrece cualquier servidor.

Claramente no da cobertura teórica a lo que la Acordada dice explicar, no hay *color* de legitimidad y de allí aparecen otras características faltantes con efecto dominó. Claramente la primera de las alternativas es la dominante y por esa razón debe ser considerado el pretense gobierno de facto como lo que fue: conjunto de usurpadores públicos.

48 *Ibidem*, p.48 y ss.

49 La Constitución de 1853 mencionaba el cargo de presidente como titular del Ejecutivo, pero en lugar alguno menciona la palabra “Presidente Provisional”.

50 *Ibidem*, p.48.

Ahora bien, el nuevo Código Penal considera estas conductas y con ello es imposible ni siquiera ejercer la pretensión de instalar una confusión.

En este sentido es dable destacar:

Atentados al orden constitucional y a la vida democrática

ARTICULO 226. - *Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, **deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional**, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de **cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno**, suprimir la organización federal, **eliminar la división de poderes**, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieran estado, **empleo o asimilación militar**, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.*

Una simple lectura sin necesidad de recurrir a un penalista amigo hace verificar que todas las conductas llevadas a cabo por los usurpadores de 1930 tienen hoy penas de cárcel.

Delito de Traición

ARTICULO 214. - *Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, **todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta**, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.*

ARTICULO 215. - *Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:*
1º Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;
2º Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República.
3º Si perteneciere a las fuerzas armadas.

Aquí se puede leer otro delito vinculado al tema que hemos estudiado que refiere a la traición a la patria. Las variantes son muchas, y seguramente los golpistas podrían haber sido encuadrados en ellas.

Sedición

ARTICULO 229. - *Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.*

ARTICULO 230. - *Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:*
1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se

atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional);
2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código.

La democracia demoró casi medio siglo en dar una respuesta institucional permanente en el Código Penal, ello da cuenta de la debilidad institucional de la misma. Quizás ello explique que aún hoy la historiografía y el lenguaje cotidiano denominen “gobiernos de facto” a aquellos gobiernos que sólo ganaron el título de usurpadores del poder público. La doctrina de facto, amalgamada durante 600 años en el derecho anglosajón, pensada para dar solución a problemas genuinos, y evitar el abuso de poder, es decir con una evidente dosis de buena fe, en América Latina en general y Argentina en particular, fue malversada para justificar lo injustificable.

4 ACORDADA DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 1930

Esta Acordada, también aparece publicada en el Libro de Sentencias, aunque técnicamente, lleva la misma calificación que la anterior.

SENTENCIA, 19 de Septiembre de 1930.
“Acordada designando Presidente vitalicio de la Corte Suprema.
En la ciudad de Buenos Aires, a los diez y nueve días del mes de septiembre de mil novecientos treinta, reunidos en acuerdo extraordinario los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores don José Figueroa Alcorta, don Roberto Repetto, don Ricardo Guido Lavalle, y don Antonio Sagarna procedieron a tomar en consideración la Nota del Gobierno Provisional de la Nación por la que se reconoce el derecho de esta Corte a elegir a su Presidente, mediante el ejercicio de facultades propias.
Que si bien los antecedentes del caso no abonan esta tesis, por cuanto el cargo de referencia ha sido siempre provisto por nombramiento emanado del Poder Ejecutivo. Es evidente, sin embargo, que tal atribución ejercida por el Presidente de la República, no deriva de fundamento alguno constitucional y legal, y en cierto modo afecta, sin atendible justificativo, el principio de independencia de los poderes, una de las bases esenciales de las instituciones políticas que nos rigen.
Que la aquiescencia de la Corte Suprema al respecto, has obedecido sin duda alguna en el pasado, y respondía en el caso actual, al propósito concordante con su índole esencialmente moderadora de conciliación y de armonía con los otros poderes de mantener su actuación a cubierto de roces y conflictos tanto menos justificados cuanto más difícil de allanar en el terreno de la ley”.
Que a mérito de las consideraciones precedentes y atenta la consideración aludida, se resuelve proceder en el acuerdo de la fecha , a practicar la elección de Presidente de esta Corte, cargo que se constituirá con carácter vitalicio, debiendo el electo prestar juramento ante el mismo Tribunal el día y la hora con que al efecto se designe, ordenando se designase y publicase en el libro correspondiente, firmando por ante mí de lo que doy fe”.
J. FIGUEROAALCORTA. – ROBERTO REPETTO. - R. GUIDO LAVALLE. - ANTONIO SAGARNA. – CARLOS DEL CAMPILLO. – RAUL GIMENEZ VIDELA, secretario.

En la misma fecha que el acuerdo que antecede y en cumplimiento de lo que en él dispone, procediose a practicar la elección de Presidente de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo que con el carácter vitalicio que allí se expresa, fue conferido por el voto de los Sres. Ministros don Roberto Repetto, don Ricardo Guido Lavalle y don Antonio Sagarna,

al Sr Doctor don José Figueroa Alcorta, quien prestará juramento ante este Tribunal el próximo lunes veintidós del corriente, a las quince horas, ordenando se registrase y publicase en el libro correspondiente firmando ante mí de lo que doy fe.⁵¹

4.1 Designación histórica del Presidente de la Corte

La Constitución de 1853 fue reformada en 1860, sucedida la batalla de Pavón, y en el artículo 94 se creó la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A través de la ley 27 se componía la Corte Suprema de cinco miembros y de un procurador general⁵² (Art 5). En ninguna parte del articulado se explica el procedimiento para elegir al presidente del Cuerpo ni a sus autoridades si las tenía. El 18 de octubre de 1862 el entonces presidente de la Nación Don Bartolomé Mitre nombró a los cinco ministros de la Corte: Valentín Alsina, Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado, y José Barros Pazos y Procurador General Francisco Pico. El día anterior el Senado había prestado el acuerdo y la nota de elevación decía solamente ...” *para que el Presidente de la República nombre magistrados de la Corte Suprema*⁵³ ... y el entonces Senador Uriburu (ancestro del golpista en 1930) que informó el despacho de la Comisión de Peticiones no hizo referencia a la necesidad de un acuerdo especial para designar Presidente de la Corte. Explica Zavalía⁵⁴ que el Ejecutivo no debería tener muy clara sus facultades en este punto, ni tampoco la presidencia de la Corte debía cobrar la importancia política de estos días del 2023 porque directamente menciona a los cinco miembros en el artículo 1°, y en el artículo siguiente menciona a Valentín Alsina como su presidente de manera casi incidental. A la renuncia de Alsina en 1863, por primera vez el Poder Ejecutivo designó presidente de la Corte a Francisco de las Carreras. ...” *Desde entonces hasta el presente no ha variado esa práctica, totalmente desprovista de fundamento legal*⁵⁵ ... Probablemente se copió el sistema norteamericano vigente en la época dada la proximidad de nuestra Carta Magna con la norteamericana, pero se hizo como práctica no con ley, porque no hay antecedentes en el archivo del Senado de objeciones a este punto, como sea, Valentín Alsina no aceptó la designación (era Senador Nacional) y renunció en 1863 para dedicarse a la política.

Actualmente, recordemos, es una facultad del Presidente de la Nación establecida en el artículo 99 inciso 4° de la Constitución Federal, reglamentada por el Decreto 222/2003⁵⁶ que establece ciertos requisitos para el candidato propuesto, tales como género, especialidad profesional e integración regional y federal, moral, idoneidad y el compromiso con la democracia y la defensa de los derechos humanos.

4.2 Designación en 1930 del presidente de la Corte

Leída esta última acordada, lo que el Ejecutivo de facto hizo fue devolver a la Corte una facultad presidencial que ni era propia porque era usurpador, ni era legal según vimos. El 7 de septiembre ya se había disuelto el Congreso y puesto en comisión a todo el Poder Judicial. Después de una reunión en la Casa Rosada el 8 de septiembre con la plaza de mayo colmada

51 Acordada CSJN 19/09/1930 (Fallos, tomo 158, p.292) que designa Presidente vitalicio de la Corte.

52 <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27-116333/texto>

53 ZAVALÍA, Clodomiro. *Historia de la Corte Suprema de Justicia*. Talleres Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1929, p.57. Esta obra tiene la ventaja de haber sido escrita antes del Golpe de 1930 y por ello no puede ser sospechosa de parcialidad en la interpretación de estos hechos.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

56 <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-222-2003-86247/texto>.

de gente, lo que debe haber presionado a los cortesanos, la Corte expidió las dos Acordadas, y la segunda, probablemente plasmó lo que pudieron conseguir en la negociación con los golpistas y designaron al ministro más antiguo como presidente vitalicio, caso inédito en nuestra historia, como una manera de asegurar los cargos que la dictadura había permitido, quizás los que no interesaban. Si tal fue el negocio entre la Corte y el usurpador es difícil decirlo, sólo que luce para la historia una Acordada con designación vitalicia, inédita, y apenas una semana después de la Acordada que reconoce un golpe de estado. Las conjeturas ya son para la política, no para el Derecho. En la actualidad nadie duda, que el presidente de la Corte es elegido por el Cuerpo y tal especulación sería imposible.

5 CONCLUSIONES

Este estudio amerita algunas conclusiones, para controlar un análisis extendido, a la vista de la enorme cantidad de variables que han sido examinadas

La primera conclusión es que las Acordadas no constituyen argumento formal material válido, ni tienen suficiencia técnica para convalidar la situación política que quisieron consolidar en 1930 y posteriormente. Desde el punto de vista jurídico (circulo de pocos) no hubo una respuesta intelectual que pudiera salvar la presentación política de los usurpadores. Pero desde el punto de vista político (circulo de muchos) el triunfo de los usurpadores fue rotundo, porque ganaron tiempo merced a una legalidad a la Carta que les fue regalada por la Corte y lograron consolidar su posición política. Las elecciones manipuladas de 1932 cerrarían el círculo con el fraude patriótico⁵⁷ y la más gigantesca mentira a la democracia jamás practicada. Esa Acordada dio muchas décadas de inestabilidad institucional a quienes consciente o inconscientemente buscaron tales fines.

La segunda cuestión tiene un tono más político y es la respuesta a una pregunta que está latente y es la razón por la cual aquellos cinco viejos sabios en el Derecho, reputados por tales hasta septiembre de 1930, etiquetaron sus nombres a la ignominia. Quizás les faltó coraje cívico, o flaquearon en sus convicciones democráticas y las mismas no tenían la fuerza que suponían. Después de todo eran herederos de la tradición española borbónica, en que la democracia no era un valor, pese a la etiqueta liberal con que adornaban su discurso jurídico. Otra razón pudo darse en el clima político inédito de una multitud que llenaba las calles de Buenos Aires, quizás voluble y sin conciencia en las consecuencias para la Argentina, es probable que no resistieran la presión pública, lo que no justifica, pero lo explica. Un Juez de Corte debe estar preparado para todo tipo de presiones y en todo caso presentar su renuncia sino puede soportarla presión que le es ejercida, no pensar primero en cuidar su trabajo, tal argumento de burócrata es comprensible en un empleado público común que piensa en el aguinaldo que lleva a su casa para Navidad, pero nunca en un Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre cuyos hombros descansa el edificio institucional de la Nación. Es lo menos que se puede pedir de la parte mejor preparada y pagada de toda la burocracia estatal. Desde los 23 años a los 65 años el Estado les ofrece una carrera para que con la tranquilidad de los medios materiales que se ponen a disposición y la inamovilidad en el trabajo, amén de excelente salario, no tengan otra cosa en qué pensar.

57 BEJAR. María Dolores. La construcción del fraude y los partidos políticos en la Argentina de los años treinta. Sociohistórica, nº 15-16, 2004. ISSN 1852-1606. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Centro de Investigaciones Socio Históricas http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/13565/Documento_completo.pdf?sequence=1.

Llama la atención que ignorasen a otras fuerzas a favor de la legalidad sobre todo que el presidente tan solo dos años atrás había triunfado por el doble de votos que el candidato que representaba a la usurpación. O que el sedicioso jefe del Golpe de Estado: José Félix Uriburu fuera tributario de un pensamiento que ni siquiera era mayoría en las Fuerzas Armadas.

Hoy se diría, que pudieron arrojar el balón fuera del estadio. Después de todo no había caso justiciable y la Corte sólo responde en hipótesis de conflicto, era la solución más rápida y razonable e inobjetable. Se podía avanzar un paso más en la respuesta y negar facultades al autor de la nota que comunicó la formación de un gobierno insurreccional. Pudieron invocar el único antecedente de gobiernos de facto producido por el entonces Presidente Bartolomé Mitre entre 1860 y 1862 que no se ha desarrollado por razones de espacio y porque la solución adoptada es otra. También podrían haber renunciado.

Lo cierto es que la Corte tomó el camino que mayor ignominia le han regalado los años, y que todavía paga por su falta de coraje cívico. En adelante, nunca más pudo ser asumida por la población como el paradigma de la justicia, de la justa medida, del poder alejado del mundanal ruido que responde desde la soledad de su despacho. Tal visión se perdió definitivamente en los ojos de la población, y en la actualidad es deudora de un fallo reivindicatorio e inobjetable que la devuelva en el lugar que la población de esta Nación precisa como custodia de la Constitución y sufiel y último intérprete, barrera de la arbitrariedad de los Ejecutivos que en muchas ocasiones de nuestra historia se comportan con total desaprensión por los principios republicanos que nuestra Carta Magna dice defender. Se trata del modelo de convivencia, quebrado en 1930 y aún hoy en etapa de recomposición.

Iniciamos la tarea subrayando la palabra fraude y nos preguntamos si era la definición correcta para el caso. La respuesta es afirmativa, se trata de un fraude jurídico porque la construcción no es idónea para sostener en Derecho lo que no es Derecho, la verdad no se confunde con la post verdad diría algún autor moderno, sería una verdad de líquido, de esas que se escapan entre los dedos⁵⁸. Es un fraude intelectual porque todos podíamos esperar algo mejor de los más inteligentes, de nuestros maestros y hermanos mayores en el Derecho. Y es un fraude político porque un ministro de la Corte no sólo es considerado jurista, también estadista, y nunca estuvieron a la altura de los tiempos con esta decisión en la que primó el miedo a la multitud antes que el sentido de darle a cada uno los suyos. Cuando llegó el momento esperado por la Constitución, el segundo en que tenían que justificar la vida, no estuvieron a la altura y eso Dios y la Patria todavía lo demandan.

BIBLIOGRAFIA

ATIENZA, Manuel. *“Imperio de la ley constitucionalismo”*. ISONOMÍA No. 31, 2009.

BAUMANN, Zygmunt. *Generación líquida*. Transformaciones en la era 3.0. Paidós, Barcelona, 2018.

CASTAGNO, Antonio. Gobierno. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Tomo XIII Gara – Hijo, p.309 y ss. Buenos Aires, 1960.

CONSTANTINEAU, Albert. *“Public Officers and facto doctrine.”* Ed. Lawyers Co-operative Publishing Company, Ottawa, May, 1910.

58 BAUMANN, Zygmunt. *Generación líquida*. Transformaciones en la era 3.0. Barcelona 2018. Paidós.

Tratado de la doctrina de facto. Depalma, Buenos Aires, 1945.

CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 1949. Libro Sesiones. http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/centro_historia_politica/materiales/Diario%20de%20sesiones/_presentacion.asp. 1949.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tomo 148, p.303. "Don Cristóbal Moreno Postigo, tutor testamentario de los hijos menores de Don Ricardo Matia s/ Remoción de Tutela".

Tomo 158, p.290. Acordada CSJN del 10 de septiembre de 1930 que reconoció al auto-denominado Gobierno provisional.

Tomo 158, p.292. Acordada CSJN 19/09/1930 que designa Presidente vitalicio de la Corte.

DECRETO 222/2003. BORA 20/06/2003. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-222-2003-86247/texto>.

FERNANDEZ, Tomás; TAMARO, Elena. «Biografía de José Félix Uriburu». En *Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea* [Internet]. Barcelona, España, 2004. https://www.biografiasyvidas.com/biografia/u/uriburu_jose.htm.

Ley 27. BORA 16/10/1862 (prom). <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27-116333/texto>.

Ley 21499. BORA 21/01/1977. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-21499-37292>.

LEY 22250. BORA 21/12/1981. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48853/norma.htm>.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Reconocimiento de Gobiernos. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Tomo XXIV Real – Retr, Buenos Aires, 1967.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Revolución y doctrina de Facto*. Claridad, Buenos Aires, 1945.

QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, Ma de las Nieves. *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo 1. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

ZAVALÍA, Clodomiro. *Historia de la Corte Suprema de Justicia*. Talleres Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1929.

Recebido em: 26.12.2022

Aprovado em: 27.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

MOREL, Juan Claudio. Golpes de Estado en Argentina. Teoría de los Gobiernos de Facto. Corte Suprema de Justicia 1930. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.48, p.13-37, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/04/DIR48-01.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

A CONFIGURAÇÃO DA MISTANÁSIA E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS AGENTES PÚBLICOS

THE CONFIGURATION OF MISTANÁSIA AND THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF PUBLIC AGENTS

Roberto Barbato Jr.¹
Christiany Pegorari Conte²
Luiz Guilherme Luz Cardoso³

RESUMO: Com o advento da pandemia da covid-19 no Brasil, questões atinentes à relativização do direito à saúde e responsabilidade penal passaram a ser discutidas no âmbito jurídico. Dentre essas, a pesquisa enfoca-se na configuração da mistanásia, fenômeno bioético que pode ser definido como morte miserável, infeliz, precoce e evitável. O problema sobre o qual se debruça a pesquisa se apresenta na forma de pergunta: diante de um possível enquadramento típico penal da mistanásia, quem deveria figurar como sujeito ativo e, por sua vez ser responsabilizado criminalmente? Para responder ao questionamento, este estudo valeu-se da situação de falta de oxigênio na cidade brasileira de Manaus (AM), utilizando-se do método indutivo e, de modo complementar da pesquisa bibliográfica. Como resultado, delimitaram-se ao conceito de mistanásia atribuições jurídicas e discutiu-se a responsabilização criminal dos agentes públicos pelo surgimento evitável da mistanásia.

Palavras-chave: agentes públicos; mistanásia; pandemia; responsabilidade penal;

ABSTRACT: With the advent of the covid-19 pandemic in Brazil, issues related to the relativization of the right to health and criminal liability began to be discussed in the legal sphere. Among these, the research focuses on the configuration of misthanasia, a bioethical phenomenon that can be defined as miserable, unhappy, early and avoidable death. The problem on which the research focuses is presented in the form of a question: in the face of a possible typical penal framework of misthanasia, who should figure as an active subject and, in turn, be held criminally responsible? To answer the question, this study used the situation of lack of oxygen in the Brazilian city of Manaus (AM), using the inductive method and in a complementary way to the bibliographic research. As a result, legal attributions were limited to the concept of misthanasia and the criminal liability of public agents for the avoidable emergence of misthanasia was discussed.

Keywords: public agents; mythanasia; pandemic; criminal liability;

1 Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas. Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas. Professor titular de Direito Penal da PUC Campinas. Advogado.

2 Doutora em Educação pela PUC Campinas. Mestre em Direito pela FMU/SP. Professora de Direito Penal e Processual Penal da PUC Campinas. Advogada.

3 Mestrando em Direito vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Bolsista Capes.

1 INTRODUÇÃO

Amistanásia é um fenômeno analisado a partir da bioética, seu conceito necessariamente deve ser significado pelo final da vida humana e atinge indivíduos que estejam em situação de vulnerabilidade social. Essa terminologia foi elaborada na segunda metade do século XX, mais precisamente em 1989 por Márcio Fabri dos Anjos, bioeticista brasileiro.

Para a criação do termo, o citado Bioeticista formulou uma nomenclatura nova para uma realidade antiga que, à época da primeira metade do século XX, era entendida sobre o pretexto de ser a *mistanásia*, espécie de eutanásia, ou, *eutanásia social*, para se referir situações de morte evitável, ocasionada pela omissão de quem deveria agir em virtude do dever legal.

Essa ideia terminológica até então difundida de *eutanásia social* era contraditória, isso porque, ao contrário da mistanásia, a eutanásia se define como morte benéfica e apropriada, ao passo que a mistanásia se caracteriza morte miserável, precoce e evitável.

Na seara jurídica, o conceito de mistanásia abre precedentes para inúmeras discussões, principalmente no que tange a característica *evitável* e *coletiva* das mortes que, por conseguinte, ferem o direito à saúde. Não somente por estas razões, a própria bioética estabelece normas e recomendações para o respeito da vida humana que necessitam de regulamentação jurídica para alcançarem o campo da efetividade.

Trata-se, portanto, de um conceito provocatório, sobretudo quando pensado pelas consequências refletidas nas quantidades expressivas de mortes que não foram fruto de um acidente, mas que são decorrências criadas a partir das omissões mistanásicas, que na maioria das vezes antecedem as mortes mistanásicas.

Por se tratar de um tema abrangente, a pesquisa elucidou a pandemia causada pelo coronavírus através da realidade brasileira específica ocorrida em Manaus (AM), onde se verificou a falta de cilindros de oxigênio medicinal. Em vista disso, este estudo acadêmico contribuirá para o alargamento do horizonte reflexivo jurídico em matéria de mistanásia no cenário do biodireito e da bioética nacional.

O principal objetivo desta pesquisa consiste em verificar elementos que configurem “mistanásia” na situação problema da falta de cilindros de oxigênio no Estado do Amazonas, para posteriormente dissertar em matéria de eventual enquadramento típico a atribuição de responsabilização criminal. Assim, a pesquisa se atentou aos reflexos jurídicos da mistanásia, debruçando-se para a solução da problemática atinente a um futuro enquadramento típico, delimitação do sujeito ativo e responsabilização criminal dos agentes públicos.

Este estudo utilizou-se do método indutivo, que consiste num exercício mental de informações particulares para constatações gerais. Assim, as conclusões se realizaram mais amplas do que os dados ou premissas postulados no início da investigação. Em outras palavras, o caminho traçado nesta pesquisa ocorreu do particular para o geral em três fases: a fase da observação dos fenômenos ou fatos, seguida da fase de investigação da correlação existente entre eles e, por último, a fase da generalização dos dados levantados e identificados na pesquisa⁴.

Na primeira fase, por meio de algumas notícias que veicularam na mídia nacional e internacional o assunto da falta de oxigênio em Manaus (AM), se observou a situação agravada pela pandemia entre os meses de abril e maio do ano 2020. Já na segunda fase, confirmou-se hipoteticamente, que a situação problema guardava correlação com as principais

4 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2010, p. 22.

características que compõem o conceito de mortes mistanásicas.

Por fim, na terceira fase, foram selecionados e analisados alguns artigos da Constituição Federal, sobre o direito à saúde e responsabilidade dos agentes públicos, bem como, outras legislações, a exemplo da: Lei nº 8.080/1990 (Lei do Sistema único de Saúde); Lei nº 1.079/1950 (Lei dos crimes de responsabilidade) e; Lei nº 13.979/2020 (Lei que dispõe sobre o enfrentamento da emergência de saúde Pública). Nesta fase, constatou-se que a mistanásia ocorrida em Manaus (AM) não se tratava apenas de uma infração bioética, mas de um delito penal acarretado por quem dispunha do dever legal de agir.

Este estudo, portanto, se inclui no campo da ciência do Direito e adota a perspectiva hermenêutica, que reconhece a plurivocidade do texto jurídico, identificando a norma como decorrência da interpretação. Ou ainda, como uma versão discursiva do texto jurídico⁵.

De modo complementar, se utilizou da pesquisa bibliográfica, a partir de livros, dicionários, artigos científicos, documentos e outros, que contribuem para explicar a natureza da mistanásia e os reflexos jurídicos-penais deste fenômeno bioético.

Ao final, ante a explanação teórica do termo *mistanásia* em confronto com as características da falta de oxigênio medicinal, a pesquisa definiu a responsabilidade criminal e o tipo penal a ser atribuído aos sujeitos públicos (Presidente da República, Governadores e Ministros da saúde), pela configuração das mortes mistanásicas ocorridas na cidade de Manaus (AM).

2 DEFINIÇÃO, AMPLITUDE E ASPECTOS JURÍDICOS DA MISTANÁSIA

Em meados do século XX, falava-se em eutanásia social para mencionar situações em que pessoas morriam vítimas de fatores externos, não interligados a responsabilidade médica, mas encrustados na ausência de insumos hospitalares que possibilitassem o exercício pleno do direito à saúde.

Em contrapartida, insurgiu o termo mistanásia, por Márcio Fabri dos Anjos em 1989. Para o citado autor, era necessário estabelecer diferenças e ponderar significações distintas entre eutanásia e mistanásia, vez que afirmar uma em detrimento da outra não traria complementação, pelo contrário, ante a característica antagônica de ambos os conceitos poderia ensejar confusão etimológica.

Em sua construção etimológica e atribuições de significações, ANJOS⁶ explicou:

A eutanásia pode ser entendida como morte suave, feliz, ao passo que a mistanásia é a morte infeliz, dolorosa. Isso nos remete, dentro da área da biomedicina, aos pacientes terminais sofredores, seja pela convicta recusa em não se inferir no processo de morte, seja pelo mau atendimento médico – hospitalar. Mas nos remete também muito além da área hospitalar. E nos faz pensar na morte provocada de formas lentas e sutis por sistemas e estruturas.

Desse modo, a mistanásia possui um significado antagônico se comparada com a eutanásia, visto que a primeira está relacionada à morte de pessoas cujas vidas são desvalorizadas, que acontece às margens da sociedade, ao passo que a segunda não possui atrelamento com a dimensão social, estando tão somente ligada a questões médicas que favorecem a antecipação normalizada, suave e feliz do evento: morte.

5 HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 654-657.

6 ANJOS, Márcio Fabri. *Eutanásia em chave de libertação*. Boletim do Instituto São Camilo nº 57. 1989, p. 06.

Para RICCI⁷ a mistanásia:

Trata-se de um conceito de grande poder provocatório, convocatório, sobretudo no campo ético-moral, justamente por ser capaz de deslocar o foco ao situar a morte precoce na esfera do “mal evitável”, evocando o princípio moral de “evitar o mal”. A atribuição de responsabilidade moral e social pelas mortes evitáveis sacode as consciências, mobiliza para ações defensivas, preventivas e afirmativas em situações adversas e de vulnerabilidade, além de favorecer e insistir nas mudanças comportamentais e socioestruturais.

Do vocabulário inglês “*mis*” que quer dizer “mau, errado, inadequado” ao derivado do grego “*tanatos*” equivalente à “morte”, ou seja, “morte de forma inadequada”⁸. Assim, a mistanásia sempre foi uma realidade mortífera presente na sociedade brasileira anteriormente a criação do seu conceito e principalmente quando pensada a partir dos indicadores socioeconômicos que vitima pobres solícitos a circunstâncias precárias, com pouca ou nenhuma qualidade de vida.

A mistanásia envolve aspectos sociais e pessoais, consequências da atuação ou omissão de vários sujeitos, sejam eles: os agentes públicos em seu dever de abster-se das violações e garantir a efetividade do direito à saúde, ou, o médico em seu dever de zelar pela vida do paciente. É, portanto, resumidamente, uma morte “indireta, causada por abandono, omissão ou negligência social”⁹.

Nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá salienta, que a mistanásia transcende o contexto hospitalar e, por esta razão, não se compara aos padrões de morte com intervenção pré-determinada. Assim, a autora pondera a mistanásia como ausência de atendimento médico eficaz, atribuída a falhas no sistema de saúde, a proteção deficitária dos direitos de natureza fundamental e a não salvaguarda de outras questões políticas, econômicas e sociais. Portanto, trata-se de morte miserável, ocorrida antes e fora da hora¹⁰.

Em outra perspectiva, Martin ressalva que a mistanásia pode dividir-se em três categorias diferentes: a primeira consiste na massa de doentes que, por motivos políticos, sociais e econômicos não se tornaram pacientes, são aqueles que não conseguiram ao menos ingressar no sistema de saúde; a segunda categoria diz respeito à realidade dos que, apesar de se tornarem pacientes, são vítimas de erros médicos e; por último, a terceira que se refere aos pacientes que acabam sendo vítimas de práticas erradas por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos¹¹.

No que se refere aos aspectos jurídicos, não existe texto de lei em específico que faça menção explícita à mistanásia, da mesma forma como não existe para a eutanásia, distanásia e ortotanásia. Entretanto, quando termina o viver, cabe ao titular da existência opinar pelo modo como se deve ocorrer o final de sua vida, de modo que os fatores externos à sua vontade não sejam determinantes ou impeçam a escolha pelo morrer¹². Assim, percebe-se que o direito à escolha é intrínseco ao paciente que se encontra em Estado paliativo.

7 RICCI, Luiz Antônio Lopes. *A morte social: mistanásia e bioética*. São Paulo: Paulus, 2017, p. 49.

8 OLIVEIRA, Cleberson Cardoso De. *Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde*. Londrina (PR): Thoth, 2020, p.43.

9 RICCI, Luiz Antônio Lopes. *A morte social: mistanásia e bioética*. São Paulo: Paulus, 2017, p. 50.

10 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.88.

11 MARTIN, Leonardo. *Eutanásia – Distanásia – Ortotanásia*. Dicionário Interdisciplinar da Pastoral da Saúde. São Paulo: Paulus 2000, p. 472.

12 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *O direito subjetivo à morte digna: uma leitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovidio González*. *civilistica.com*, v. 5, n. 2, 29 dez. 2016, p.14.

Contudo, não há como fugir da discussão que diz respeito a real vontade do indivíduo, ou ainda decifrar que alguém em estado gravíssimo de saúde tenha capacidade de autodeterminação para morte, mesmo que diante da sua eminência¹³. Diante disso, os códigos disciplinares, à exemplo do Código de Ética Médica, positivou expressa vedação quanto ao adiantamento da morte no art. 41, segundo a qual, proibiu-se que o médico encurte, seja de que forma for à vida de seu paciente, independente da solicitação ou consentimento deste, ou ainda do seu representante legal¹⁴.

Portanto, depreende-se que a *prática ativa da eutanásia é veemente condenada pelo Código de Ética Médica*, bem como a realização da distanásia. E o que se extrai do art. 41 é a *vedação expressa* a qualquer possibilidade de retirada da vida do paciente, seja a pedido dele ou de qualquer familiar. Porém, em se tratando de doença terminal, o parágrafo primeiro do mesmo artigo adverte ao médico não empreender ações terapêuticas e diagnósticas obstinadas ou inúteis à alteração do quadro clínico¹⁵.

Assim, a lacuna legislativa (que não positivou a mistanásia como crime), não impediu que essa prática fosse interpretada e discutida como uma violação ao direito à saúde e à vida. Como é sabido, o primeiro direito violado (a saúde) exige uma conduta dual por parte do Estado, que extrapola os limites das unidades básicas de saúde, unidades pronto atendimento, ambulatorios e hospitais para atingir o campo da prevenção.

Neste sentido, quis o legislador no art. 196 da Constituição Federal positivar que¹⁶:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Percebe-se, assim, que na construção deste artigo, o legislador foi categórico ao elencar o dever do Estado atrelado à promoção da efetividade do Direito à Saúde, isso para dizer que o direito em questão para ser efetivado necessariamente, conta com a atuação dos agentes públicos (Presidente, Vice-Presidente, Governadores e Secretários) que estão legitimados a agir para a promoção, proteção, e quando da violação, para a recuperação do direito à saúde.

Como se não bastasse, no artigo próximo, o legislador reafirmou a competência do poder público em fiscalizar e controlar as ações de serviço de Saúde.

Desse modo, predispos¹⁷:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

13 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.110-111.

14 BARROS, Edmilson de Almeida Júnior. *Código de Ética Médica comentado e interpretado*. Resolução CFM 2017/2018. São Paulo: CIA do e-book, 2019, p. 466.

15 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 199.

16 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 61.

17 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 61.

Nesse sentido, não existe saída para o Estado e seus agentes públicos, a não ser prover o acesso à saúde. Caso contrário, estaremos diante de uma irreverência a esse direito e, por conseguinte, a uma irreverência à própria cidadania que consiste no “exercício do poder para a educação e para a saúde.”¹⁸

No mais, apontar aspectos jurídicos não é somente falar sobre violação ao direito à saúde, mas é também sobre prevenção. Nesse aspecto, o legislador foi assertivo ao mencionar na redação do art. 198, inciso II da Constituição Federal: “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas”¹⁹, ou seja, na perspectiva do legislador esse direito é antes de qualquer atitude: prevenção.

Na esfera internacional do Direito, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos também não trouxe o conceito de mistanásia. No entanto, encontram-se positivados no capítulo “da promoção da Declaração” as diretrizes para que se evitem as mortes mistanásicas como é caso da criação de comitês de ética pelos Estados, a implementação dos princípios da Declaração por meio de medidas legislativas e administrativas e o incentivo a educação em bioética²⁰.

Em época anterior à citada Declaração, vale citar importante contribuição ao tema, em especial no ano de 1948 com a criação e constituição jurídica da Organização Mundial da Saúde (OMS), pois com sua ascensão houve o rompimento da:

Tradição negacionista, passando a vigorar uma concepção positivista e progressiva da saúde assim considerada como um estado de completo bem – estar físico, mental e social, e não somente de ausência, de doença ou enfermidade²¹.

De igual modo, a Magna Carta de 1988 influenciada pelos valores da citada Declaração, consagrou o direito à saúde em amplitude como um direito social atrelado ao direito à vida, de modo a abarcá-lo como um direito de todos (da coletividade) e um dever do Estado.

Nesse interim, pode-se afirmar que o direito à saúde assumiu pós Declaração de 1948, uma nova conceituação jurídica, não somente porque fora elevado à condição de pré-requisito para a aquisição de outros direitos, mas pelo fato de abranger o dever do Estado em fornecer políticas de bem-estar social.

Nesse particular, comenta MORAES²²:

O direito à vida consiste no primordial direito do ser humano do qual emanam todos os demais. Ele abrange não apenas o direito de manter-se vivo, mas também o de concessão de possibilidades para que o indivíduo tenha condições de capacitar o pleno desenvolvimento das faculdades que lhe são inerentes.

Essa *questão da mistanásia* torna-se ainda mais passível de reflexão jurídica quando pensada pelo prisma da provocação, pois as mortes não são culturais, são ocasionadas, “enquanto a eutanásia, distanásia e ortotanásia estão relacionadas ao despedir da vida, a

18 OLIVEIRA, Cleberson Cardoso De. *Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde*. Londrina: Thoth, 2020, p. 29.

19 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 61.

20 UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, 2005. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf Acesso em: 12 jan. 2021.

21 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.515-516.

22 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66.

mistanásia impede o bem-viver”²³, mata não no sentido direto empregado pelo homicídio “matar alguém”, mas mata lentamente pela negligência, falta de recursos, fatores socioeconômicos dentre outras causas.

Por esta razão, a mistanásia deve ser discutida ante a possibilidade de enquadramento em um tipo penal para ser punida, ainda que, em alguns casos, aparentemente o sujeito ativo pareça abstrato. A discussão sobre punibilidade deve passar necessariamente pela obrigação do Estado e dos seus agentes públicos, não só de evitar as mortes mistanásicas, mas em promover nos moldes da Constituição Federal o direito à saúde.

Ainda sobre o aspecto jurídico da mistanásia, vale ressaltar que o direito à saúde deve ser pensando primeiramente como um direito humano universal e fundamental que impõe o dever ao Estado e aos seus agentes públicos de se abster das violações, seja por ação ou, no estudo de caso em apreço, por omissão.

Na tentativa de evitar as mortes mistanásicas, o Estado Brasileiro criou o Sistema Único de Saúde (SUS) lapidado no art. 200 da Constituição Federal²⁴, que dispõe suas competências, dentre elas:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Enfim, a título de complementação, o legislador infraconstitucional criou a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, por meio da qual regulamentou as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Novamente, a legislação trouxe um conceito ampliativo para a saúde não entendida em um contexto isolado, mas atrelado ao bem-estar. Conforme preceitua o art. 3º:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social²⁵.

23 RICCI, Luiz Antônio Lopes. *A morte social: mistanásia e bioética*. São Paulo: Paulus. 2017, p. 54.

24 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 59.

25 BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 02 jan. 2022.

Na mesma toada, o art. 2º da mencionada Lei nº 8.080 elevou a saúde como um direito fundamental que deve ser provido pelo Estado, através do provimento de condições ao seu exercício.

Em resumo, ao conceito de mistanásia foram atribuídas inúmeras significações quando pensada seu aspecto jurídico. O Direito aproveitando-se da postulação bioética dedicou-se a atribuir valoração ampliativa a saúde, dissertando sobre prevenção, não omissão e políticas públicas. Ainda que na esfera jurídica não exista menção explícita à temática, foi possível perceber que o direito à saúde e a mistanásia constituem aspectos dicotômicos, de modo que a não salvaguarda do primeiro constitui a realização da segunda.

3 CRISE NO SISTEMA DE SAÚDE E AUSÊNCIA DE CILINDROS DE OXIGÊNIO MEDICINAL EM MANAUS (AM)

Este estudo levou em consideração a crise na saúde pública no Brasil, debruçando-se em específico na problemática da falta de oxigênio medicinal que ocorreu na cidade de Manaus (AM). A escolha da situação problema se deu pela repercussão na mídia, da falta de cilindros de oxigênio medicinal e sua notoriedade em imagens de pacientes, que eram transferidos às pressas para outros hospitais ou que morriam por asfixia.

Antes de tratar o tema numa realidade específica, vale explicar que a COVID-19 causada pelo coronavírus tornou-se a principal adversidade do século XXI. Esta doença pode ser classificada como respiratória e infecciosa, ou que causa a síndrome respiratória aguda grave. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 31 de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China, foram detectadas as primeiras ocorrências de pneumonia causada por um agente patológico desconhecido às autoridades de saúde²⁶.

No dia 7 de janeiro de 2020 foi anunciado o primeiro sequenciamento do genoma viral causador da doença (COVID-19) e, nos cinco dias depois, a China comunicou a sequência genética para a OMS por meio do banco de informações internacionais de saúde intitulado *Global Initiative on Sharing All Influenza Data (GISAID)*²⁷.

A partir daí, a doença se propagou rapidamente pelo mundo, inicialmente no continente asiático, que registou casos da doenças na Coreia do Sul, Tailândia e Japão nos dias 15, 13 e 20 do mês de janeiro, respectivamente. Na sequência, o vírus foi importado para outros países, por exemplo aos Estados Unidos, que registrou casos da doença em 23 de janeiro de 2020²⁸.

No Brasil, entre abril e maio de 2020, houve a chamada “primeira onda” da pandemia, momento em que os sistemas de saúde do Amazonas demonstraram dificuldades para responder efetivamente ao recrudescimento do número de casos da doença. Por conseguinte, os leitos de UTI alcançaram a quase totalidade de ocupação²⁹ e o sistema funerário colapsou, sendo necessário o sepultamento de vítimas da doença em valas comuns³⁰.

26 World Health Organization – WHO. *Coronavirus disease 2019 (Covid-19): situation report 51*. Geneva: World Health Organization; 2020. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331475/nCoVsitrep11Mar2020-eng.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

27 ZHU N; ZHANG D; WANG W; LI X; YANG B; SONG J. *A novel coronavirus from patients with pneumonia in China*, 2019. *N Engl J Med.* Feb. 2020, v.382, i.8, p.727-733. <https://doi.org/10.1056/NEJMoa2001017>.

28 LIPSITCH M; SWERDLOW DL; FINELLI L. *Defining the epidemiology of Covid-19: studies needed*. *N Engl J Med.* Mar. 2020, v.382, i.13, p.1194-1196. <https://doi.org/10.1056/NEJMp2002125>.

29 *Amazonas atinge 96% de ocupação em leitos de UTI da rede pública de saúde, diz Susam*. G1. 23, abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/04/23/amazonas-atinge-96percent-de-ocupacao-em-leitosde-uti-da-rede-publica-de-saude-diz-susam.ghtml>. Acesso em 25 abr. 2020.

30 DINIZ, Carolina. *Cemitério de Manaus suspende enterros em vala comum e volta a usar covas individuais após redução de mortes*. G1. Manaus (AM), 17 Jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/17/cemiterio-de-manaus-suspende-enterros-em-valacomum-e-volta-a-usar-covas-individuais-apos-reducao-de-mortes.ghtml>. Acesso em: 19 jun. 2020.

Após o primeiro pico da doença, em dezembro de 2020, a Secretaria Estadual de Saúde do Amazonas registrou, na quinta versão do documento “*Plano de Contingência Estadual para o Recrudescimento da Infecção Humana pelo SARS-CoV-2 COVID-19 (2020)*”³¹, dados da Fundação de Vigilância de Saúde que trouxeram novo indicador de alta na média móvel de internações desde setembro daquele ano. Atestou-se ainda, aumento exponencial da ocupação de leitos de Unidades de Terapia Intensiva UTI em Manaus (AM), tanto na rede pública quanto na rede privada.

Diante da situação, houve ao final de 2020 a publicação do Decreto estadual nº 43.234 de 23 de dezembro 2020, que estabelecia medidas restritivas no período de festividades e a abertura de novos leitos de UTI, ou seja, já havia por parte do poder público o reconhecimento de uma situação nova que demandava atenção e providências.

Diante disso, os indicadores apontavam no término do ano 2020, aumento exponencial de casos e de óbitos por COVID-19. Reconhecia-se também o “caos” que poderia sobrevir ao sistema hospitalar, em termos de falta de infraestrutura ou recursos que suportasse a alta projeção de casos da doença³². Porém, apesar dos dados, o Governo estadual revogou o citado Decreto no dia 27 de dezembro de 2020, motivado por diversas manifestações contrárias às medidas de isolamento realizadas na capital Amazonense.

Em momento posterior, o Ministério da Saúde enviou uma equipe ao Estado do Amazonas, no dia 3 de janeiro de 2021, primeira semana daquele ano, momento em que houve nova crescente no número de internações³³. Essa equipe tinha apenas o objetivo de avaliar uma situação que já se evidenciava grave e, em razão da sua natureza fiscalizatória, não se verificou medida que, de fato, mitigasse ou prevenisse “o colapso” do sistema de saúde local, tal como distado no documento Plano Manaus:

Decidiu-se, então, pelo envio, a Manaus, de um dos secretários, formado em medicina, para avaliar a situação logo após a virada do ano. Escolheu-se, para a tarefa, a Secretária de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Mayra Pinheiro. Decidiu-se por realizar a viagem apenas após o ano novo, em virtude do início de mandato de gestores municipais e de possíveis trocas de secretariado³⁴.

Ademais, o Plano Manaus³⁵, elaborado em 04 de janeiro de 2021, foi objeto de reunião com os representantes do Ministério Público e as autoridades estaduais. Ao final, este plano concluiu-se:

- a) Há possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias, devido à falta de recursos humanos para o funcionamento dos novos leitos;
- b) Há deficiência na resolutividade da atenção primária, por não estarem utilizando as orientações de intervenção precoce para COVID-19, conforme orientações do MS;

31 SECRETÁRIA DE ESTADO DA SAÚDE. Fundação de vigilância em saúde do Amazonas. *Plano de Contingência Estadual para Infecção Humana pelo Sars-Cov-2 (Covid-19)*. 2020. Disponível em: http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/plano_de_contingencia_coronavirus_-_versao_02052020.pdf. Acesso em: 05 dez. 2021.

32 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 17. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

33 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 250. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

34 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 250. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

35 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 251-252. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

- c) Há dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos;
- d) Há dificuldades na contratação de profissionais com habilitação para atuação nas UTIs;
- e) Há necessidade de estruturação de leitos de UTI com celeridade para atendimento aos pacientes que já demandam internação, constatada pela alta ocupação dos leitos dos serviços de urgência e emergência (salas rosas e vermelhas) - taxa de ocupação atual de 89,1%; e - estima-se um substancial aumento de casos, o que pode provocar aumento da pressão sobre o sistema, entre o período de 11 a 15 de janeiro, em função das festividades de Natal e réveillon.

Assim, já havia previsibilidade da *situação caótica* existente desde o início da pandemia. Diante disso, é importante frisar, que a responsabilidade pela manutenção das unidades hospitalares de saúde, que posteriormente seria alvo do agravamento e superlotação pela pandemia, por lei, paira *exclusivamente* sob os governos que possuem sua administração, portanto, sob o governo estadual e federal.

Diante dos documentos, pode-se concluir no primeiro momento que o governo federal, por meio da comitiva enviada para a observância do avanço da situação de pandemia, já possuía, antes do colapso no sistema de saúde, ciência da carência de insumos que fossem capazes de paralisar as atividades hospitalares.

Como se não bastasse, houve alerta inclusive do governo do Japão ao governo do Brasil³⁶, no dia 09 de janeiro de 2021, sobre uma nova variante do vírus Sars-CoV. Ainda assim, os agentes públicos permaneceram inertes, motivo pelo qual testemunharam nas semanas posteriores a subida no número de casos, com uma demanda de serviços hospitalar ainda maior do que aquela verificada no 1º semestre de 2020.

Por todo o exposto, ante a ausência de um monitoramento e de um planejamento por parte do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Ministros da Saúde acerca do fornecimento de insumos hospitalares, sobretudo o abastecimento de oxigênio medicinal naquela região, irrompeu-se o estopim para a grave crise de saúde que estava por vir.

Da forma como previsto, os meios de comunicação internacional e nacional noticiaram a crise no Brasil, dentre eles, o *The Gaurdian*, cuja manchete assim predizia: “Erupção de COVID no maior estado do Brasil deixa trabalhadores da saúde implorando por ajuda”³⁷.

No Brasil, a notícia da crise foi comunicada com as manchetes: “Crise do Oxigênio no Amazonas: entenda quanto falta e as ações para repor o insumo”³⁸ ou “Documentos mostram que mais de 30 morreram nos dois dias de colapso por falta de oxigênio em Manaus”³⁹.

Da primeira notícia do Portal G1 da Rede Globo de televisão (meio de veiculação nacional), constava que o consumo de oxigênio em períodos sem picos de internação era entre 15 e 17 mil litros cúbicos por dia, já nos picos de internação esse valor triplicava,

36 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 252. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

37 *Covid eruption in Brazil's largest state leaves health workers begging for help* (Tradução Livre). THE GUARDIAN, Brasil, 14 jan. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/14/brazil-manaus-amazonas-covid-coronavirus>. Acesso em: 20 abr. 2021.

38 *Crise do oxigênio no Amazonas: entenda quanto falta e as ações para repor o insumo*. G1. Manaus (AM), 15, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/15/crise-do-oxigenio-no-amazonas-entenda-o-quanto-falta-e-as-aco-es-para-repor-o-insumo.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

39 *Documentos mostram que mais de 30 morreram nos dois dias de colapso por falta de oxigênio em Manaus*. G1. Manaus (AM), 25 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

podendo chegar a 76,5 metros cúbicos dia, o que superava a capacidade de produção das três principais fornecedoras da região (White Martins, Carbox e Nitron).

Já a segunda notícia, também do portal G1, trouxe a consequência primeira da falta de oxigênio, “a primordial” que caracteriza situação de mistanásia as chamadas *mortes coletivas*, que com base na notícia supracitada totalizaram aproximadamente 30 mortes.

Com o advento do relatório final da CPI da COVID-19, os noticiários se confirmaram, os médicos relataram a morte por asfixia de grande número de pacientes. Dentre os depoimentos do relatório que apontam para a falta de cilindros de oxigênio, vale ressaltar a comunicação nº TG AMR 19/2021.03 de 16 de janeiro de 2021 (Anexo ao Doc 855 – Requerimento 10/2021), dita pela diretora executiva da anistia internacional, Senhora Jurema Werneck ao ministro da saúde, Eduardo Pazuello:

Não há leitos, não há ambulâncias e não há oxigênio em diversos hospitais e unidades de saúde de Manaus e, também alguns do interior do Estado do Amazonas. Segundo dados coletados pelo Consórcio de imprensa que reúne diversos veículos de comunicação do Brasil, a média móvel de óbitos pela covid-19 no Estado do Amazonas aumento em 187% nos 14 primeiros dias desse ano de 2021. Esse percentual do Amazonas é mais que quatro vezes maior que a média móvel de mortes no Brasil todo que é de 42%, também de 1º a 14 de janeiro.⁴⁰

Ademais, o relatório técnico parcial de vigilância apontou para os 30 óbitos por hipóxia, ambos pacientes com COVID-19 atingidos pela falta de insumos, em especial cilindros de Oxigênio medicinal entre os dias 14 e 15 de janeiro de 2021⁴¹. E, ao encontro dessas informações, a empresa White Martins, (principal fornecedora do gás oxigênio na região) ressaltou que, a partir de 26 de dezembro de 2020, cresceu o consumo diário do referido gás no Estado, superior à capacidade produtiva nominal da planta da empresa em Manaus (AM)⁴².

Em momento anterior ao colapso da saúde, o Presidente da república parecia estar agindo estrategicamente quando sancionou a Lei nº 13.979/20 que trouxe diversas medidas para o enfrentamento da pandemia, dentre elas, algumas presentes no art. 3º: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; e) *tratamentos médicos específicos*⁴³.

No entanto, a postura do Presidente e, por sua vez, dos agentes públicos permaneceu ineficaz, ainda que a nova lei trouxesse positivamente a *alínea (e)* que previa tratamento médico específico para a manutenção da vida e saúde dos pacientes, o que se verificou através do relatório da CPI da COVID e das notícias veiculadas na mídia foi o contrário: pacientes desfaleceram em virtude da falta de planejamento estratégico que fornecesse quantidade suficiente de cilindros de oxigênio medicinal.

40 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 253. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

41 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 256. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

42 SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19. Grifo Nosso*, 2021, p. 258. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

43 BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979com. Acesso em: 27 jul. 2021.

Desse modo, verificou-se na rede pública hospitalar uma desestabilização que ocorrera em desacordo com a previsão do art. 16, inciso XVIII da Lei nº 8.080/90 que assevera ser responsabilidade de ambos os entes da federação a direção nacional do Sistema Único da Saúde⁴⁴, não havendo planejamento estratégico em comum as mortes mistanásicas sobrevieram ao Estado do Amazonas.

Diante do recrudescimento da pandemia elucidado, sobretudo, na ausência de leitos, ambulâncias e insumos hospitalares. Bem como em razão do conteúdo disposto no relatório técnico parcial de vigilância do Estado do Amazonas, (que apontou a possível falta de oxigênio na rede de gases medicinais), depreende-se inequívoca a ideia que sustenta a inércia dos agentes públicos, que mesmo diante das ameaças ao direito à saúde e à vida, não traçaram estratégias para que se evitassem as mortes mistanásicas.

4 DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS AGENTES PÚBLICOS

A responsabilidade penal é o instituto pelo qual se justifica a possibilidade de punição para alguém que tenha cometido uma ação ou omissão que cause dano a outrem. É a que resulta de crimes cometidos pelos agentes públicos (aqui compreendidos: Presidente, Vice-Presidente, Ministros e Secretários de Estado) no exercício de sua função ou em razão dela.

Com base na doutrina majoritária, é possível classificar a responsabilidade penal em subjetiva e objetiva. A primeira foi definida por Bitencourt como:

O comportamento humano voluntário e consciente dirigido a um fim. É comportamento exterior, vontade dirigida a um fim, com antecipação mental do resultado preterido e da escolha dos meios⁴⁵.

Essa espécie de responsabilidade, consagrada pelo Código Penal Brasileiro no art. 13, reitera a ideia de que o autor desejou a realização da conduta (dolo), não agiu quando tinha o dever legal de agir (omissão) ou quando se coalizou com um dever de cuidado (culpa).

Já a segunda espécie de responsabilidade, essa não foi recepcionada pelo Código Penal, porém é recorrente na esfera civil, por força do art. 927 do Código Civil que autoriza a reparação do dano, independente de culpa. Assim, a responsabilidade objetiva configura-se independentemente da natureza culposa ou dolosa da ação do agente, bastando a causalidade entre o dano causado e o ato do agente para nascer o dever de indenizar⁴⁶.

4.1 Agente Público

A pesquisa escolheu o termo “agente público” para se referir ao (Presidente da república, Vice-Presidente, Ministros de Estado etc.). Existem, porém, doutrinas que preferem usar a terminologia “agentes políticos” para as pessoas que gozam de cargos públicos de representação política.

Nesse sentido, Dantas⁴⁷ esclarece:

44 Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

45 BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 302.

46 SOUZA, Marcos Valério Guimarães de. *Responsabilidade civil: teoria objetiva e subjetiva*. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/674/responsabilidade_civil_teorias_objetiva_e_subjetiva. Acesso em: 11 nov. 2021.

47 DANTAS, Alessandro, KRUGER, Ronald Rodor. *Manual de Direito Administrativo*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 244.

Os agentes políticos são aqueles que exercem os mais altos cargos do escalão governamental, sendo responsáveis por estabelecer as diretrizes de atuação do Estado, além de gozar de ampla independência funcional. Nessa categoria entram todos aqueles que exercem mandatos eletivos diretamente decorrentes da Constituição: o Presidente da República e o Vice-Presidente; os governadores e os vice-governadores dos Estados e do DF; os prefeitos municipais e os vice-prefeitos; os senadores da República; os deputados federais; os deputados estaduais e os vereadores. Além destes, também integram essa categoria aqueles agentes diretamente nomeados pelos chefes dos Executivos, nas três esferas de governo, que são responsáveis, no mais alto escalão administrativo, pela implementação das políticas de governo, a saber: a) os ministros de Estado, nomeados pelo Presidente da República; b) os secretários de Estado, nomeados pelos governadores; c) os secretários municipais, nomeados pelos prefeitos.

Esses agentes políticos podem ser considerados espécies de agentes públicos, sujeitos de um modo geral, à mesma disciplina quanto à configuração de responsabilidade. Tais agentes em geral, e de acordo com a doutrina majoritária, estão sujeitos a três esferas de responsabilidade: criminal, administrativa e civil.

Ademais o art. 52 da Constituição Federal, parágrafo único, preleciona que a condenação do agente público se dará sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis⁴⁸. Do mesmo modo, o art. 3º da Lei nº 1.079/50 é categórico no sentido de que a imposição da pena pelo crime de responsabilidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum na justiça ordinária⁴⁹, como preceitua o processo penal, evidenciando, assim, uma notória distinção entre os crimes comuns e os crimes de responsabilidade.

Por esta razão, os agentes públicos podem cometer crimes de responsabilidade ou crimes comuns, incidindo a eles a responsabilização penal com as devidas penas, assunto que será objeto dos próximos tópicos.

4.2 Da instauração das Comissões parlamentares de inquérito.

Com a ocorrência da mistanásia omissiva⁵⁰ (mais comum quando se fala em responsabilidade dos agentes públicos), e que significa latente violação ao direito humano, fundamental e social à saúde, insurgem mecanismos dispostos na Constituição Federal do Brasil para a defesa dos direitos das minorias em situação de vulnerabilidade, apuração e fiscalização de condutas omissivas ou irregularidades de interesse público cometido pelo governo federal e seus agentes. Dentre esses mecanismos está a instauração da intitulada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que substitui a investigação policial.

Essas Comissões estão previstas no art. 58, § 3º, da Constituição Federal e são regulamentadas pela Lei nº 1.579, de 1952. De acordo com essa lei, as CPIs podem em suas atribuições determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de

48 Art. 52. Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

49 BRASIL. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm. Acesso em 12 nov. 2021. Acesso em 13 nov. 2021.

50 A mistanásia omissiva é o processo de nadição da pessoa, por meio da antecipação da morte ou do prolongamento de dor ou sofrimento desnecessário, devido à negligência, imprudência ou imperícia [...], seria, portanto, a inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário à preservação de sua saúde (condição quantitativa ou ontológica, neste caso a pessoa não consegue se tornar paciente), ou acessibilidade precária, carente de condições adequadas para o correto tratamento (condição qualitativa ou axiológica) (OLIVEIRA, Cleberson Cardoso De. *Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde*. Londrina: Thoth, 2020, p.89).

ministros de Estado, recolherem depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos.

No que tange aos procedimentos penais, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Penal e no que couberem os art.(s) de 185 aos 96. Desse modo, as CPIs, podem inquirir testemunhas para depor, respeitadas as regras de impedimento e proibição dos art. (s) 202° aos 225° do Código de Processo Penal.

Podem ainda às CPIs, *dar Ordem de Prisão em Flagrante* para quem impedir ou tentar impedir o seu funcionamento, bem como realizar *busca e apreensão* desde que necessária para apreender coisas, instrumentos, ou qualquer elemento importante para esclarecimento das investigações.

No dia 13 de abril de 2021 foi criada no Brasil a *CPI da COVID-19*, que, em momento posterior, também foi chamada *CPI da Pandemia*. Essa CPI, em especial, teve como estopim a situação da crise de saúde pública no Estado do Amazonas enfatizando em seus textos as omissões e irregularidades na execução de ações vinculadas a não atuação do Presidente da República, Ministros da Saúde e Governadores.

Dentre os pontos citados pelo idealizador da CPI, o Senador Randolf Rodrigues (partido REDE-AP) estava a previsibilidade do caos da falta de cilindros de oxigênio, bem como a omissão do governo federal, ante o crescimento da taxa de contágio e morte pelo COVID-19 no Brasil.

Como é sabido, ao término das investigações das CPIS se elabora o *Relatório Circunstanciado da CPI* que posteriormente deve ser publicado no Diário do Congresso Nacional e encaminhado às autoridades do art. 102 do Regulamento interno do Senado federal.

Com a CPI da COVID não foi diferente, ao término dos trabalhos houve o envio do relatório à Mesa que por sua vez encaminhará suas conclusões ao Ministério Público e a Advocacia Geral da União, para que estes promovam a responsabilidade civil ou criminal dos investigados.

Desse modo, mesmo que o art. 58, § 3º da Constituição Federal do Brasil use a expressão “*se for o caso*” existe um dever implícito de encaminhar conclusões e elementos necessários ao Ministério Público para o órgão decida a respeito dos enquadramentos típicos e punição dos investigados.

Enfim, como explicado acima, toda CPI elabora um relatório final. Assim, dentre os pontos trazidos pela CPI da COVID -19 urge ressaltar os atinentes a responsabilização e enquadramento típico dos agentes públicos (aqui entendidos Presidente, Governador, Ministros da saúde e Secretários de Estados).

4.3 Da responsabilidade penal dos agentes públicos pela configuração da mistanásia.

Ao adentrar na temática da responsabilidade dos agentes públicos pela ocorrência da mistanásia omissiva, necessariamente o operador do Direito passará pela reflexão atinente à responsabilização objetiva (instituto vetado pelo Direito Penal), como já tratada, porém, vale ressaltar outras possibilidades de punição criminal dos agentes públicos, em razão do *dever legar de agir*. Primeiramente, se encontra na Constituição Federal⁵¹ a possibilidade de

51 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 21.

punição desses agentes via ação de regresso, quando configurada situação de dolo ou de culpa. Desse modo, assegura o art. 37, § 6º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse caso, o legislador usou uma expressão mais abrangente, “agentes” para tratar daquelas pessoas vinculadas à administração pública direta ou indireta, porém sem abranger outras possibilidades. O texto é categórico, afirma-se exclusivamente uma única possibilidade de punição para o agente público, se não outra, a denominada “ação de regresso” (situação em que o Estado assumiu uma culpa que não lhe pertencia, portanto, cabe ao Estado executar contra o agente que deu causa).

Existem, porém, outras possibilidades de punir, tendo em vista a *omissão*, ou melhor, dizendo, o *não cumprimento do dever legal* de prestar saúde, sem que isso caracterize a chamada “responsabilização objetiva”. Sendo assim, na perspectiva da punibilidade, o *código de Direito Penal quando* trata da relação de causalidade entre o crime e o sujeito ativo, consagra no art. 13 a teoria subjetiva da imputação, segundo a qual, o sujeito responde na proporção daquilo que deu causa.

Dispõe o parágrafo 2º do referido artigo⁵²:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Para os objetivos desta pesquisa, interessa falar da omissão do parágrafo 2º, já que o Estado, representado por seus agentes (Presidente, Governadores, Ministros de Estado entre outros) não proveu o oxigênio necessário para a manutenção da saúde e vida dos pacientes internados na cidade de Manaus (AM), de modo que se tornaram omissivos quando *deveria e podia* agir conforme determinado pela Constituição Federal no art.196.

Sobre o tema da omissão, dispõe o professor DITTICIO⁵³:

A omissão é penalmente relevante quando a lei impõe ao agente que pratique determinada conduta, mas este, podendo, não o faz. Não se trata, pois, de simples abstenção, ou de simples não fazer, mas de não fazer o que a lei determina que se faça. O conteúdo típico dos tipos omissivos se revela na violação do dever de agir.

52 BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

53 DITTICIO, Mário H.; ADJAIR, de A. Cintra; ALAMIRO V. Salvador Netto. *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10 ed. Barueri: Manole, 2020, p. 25.

Ou seja, a infração dos agentes de Estado não deve ser entendida somente pela simples abstenção, mas em primeira análise, pelas consequências causadas, (aqui materializadas na ausência de planejamento estratégico de governo que impedisse a morbidade e as próprias, citadas, mortes mistanásicas).

De todo modo, os agentes investidos nos poderes que lhes são próprios, a citar o poder executivo, por exemplo, podem por força do art. 76 da Constituição Federal⁵⁴ “ser” responsabilizados pelas violações ao direito à saúde, isso porque o legislador foi assertivo ao mencionar uma participação auxiliar dos ministros de Estado no citado poder, o que justifica, configuradas as violações, futuras punições.

Na mesma toada, o artigo sucessor, número 84 da Constituição Federal, consagrada que o Presidente da república deve “exercer com o auxílio dos ministros de Estado, a direção superior da administração federal”⁵⁵, ou seja, cabe ao Presidente da República com a instrução do ministro da saúde pensar diretrizes e políticas públicas para driblar as mortes mistanásicas e garantir a afetividade do direito à saúde.

No mais, se observa que o art. 85, inciso III, a possibilidade de responsabilização do Presidente da República nos chamados “crimes de responsabilidade”⁵⁶, quando preceitua:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Do mesmo modo, o art. 4º da Lei nº 1079/50 que versa sobre os crimes de responsabilidade⁵⁷, também lecionou pela responsabilização do Presidente da república ao trazer em mesma redação, inciso III, o crime de responsabilidade pelos atentados contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais.

Ora, se o art. 6º da Constituição Federal⁵⁸ confere ao direito à saúde o “status” de direito social, logo, quando os pacientes, uma vez internados, não conseguem dar seguimento para o seu tratamento em virtude da falta de insumos (gaze, soro fisiológico, seringas, cilindros de oxigênio, medicações), estes se encontram violados pelo não exercício do seu direito social à saúde.

54 Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. BRASIL. *(Constituição da República Federativa do Brasil)*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 32.)

55 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 33.

56 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 33.

57 Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

58 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017, p. 11).

No mais, toda conduta omissiva ou comissiva do chefe do executivo federal ou estadual que atente contra o pleno exercício do direito à saúde configura crime de responsabilidade, que por sua vez é passível de impeachment. Isso porque, é dever do Estado garantir subsídios para a efetivação do direito à saúde, mais do que isso, o Presidente da República deve zelar pelo garantismo, e, portanto, ser punido quando configuradas as violações.

Os crimes de responsabilidade estão descritos no art. 85 da Constituição Federal, bem como os definidos na Lei 1079/50. Tais crimes, por força do art. 74 da citada Lei⁵⁹ podem ser praticados, não somente pelo Presidente da República, abarcam-se no tipo os governadores dos Estados e do Distrito Federal, ministros de Estado e secretários de governo.

Pode ainda, o chefe do executivo da União e dos Estados responderem por crimes comuns, previstos no Código Penal (parte geral e especial). Dentre os delitos possíveis, pode-se cogitar o crime de Homicídio (impróprio) – art. 121, bem como o crime de epidemia – art. 267 – ambos do Código Penal. Crimes pautados, não na ação, mas precisamente na omissão materializada nos resultados que produziram.

Nas palavras do professor CAPEZ⁶⁰:

[...] o agente tinha o dever jurídico de agir, ou seja, não fez o que deveria ser feito [...], quando a norma dizia o que ele deveria fazer, passando a omissão a ter relevância causal. Portanto, como consequência, o omitente não responde só pela omissão como simples conduta, mas pelo resultado produzido, salvo se este não lhe puder ser atribuído por dolo ou culpa.

Dito isso, antes de comentar os tipos penais supracitados, cabe analisar as modalidades doutrinárias pelas quais esses crimes podem ser praticados.

Nesse sentido, o jurista Mário Henrique Ditticio⁶¹ explica:

Dividem-se os crimes omissivos em próprios e impróprios (ou comissivos por omissão). Crimes omissivos próprios são aqueles cujos tipos (que estabelecem o dever de agir), localizados na Parte Especial, determinam a prática de uma conduta pelo agente, em prol da proteção a algum bem jurídico. Os tipos não preveem um resultado para a sua consumação, mas tão somente um não agir no sentido determinado pela norma (delitos de inatividade). Nesses delitos, o autor – que tem o dever de agir – pode ser qualquer pessoa que se encontre na situação descrita na norma (crimes comuns). Crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão) são àqueles que correspondem aos tipos proibitivos, em que o resultado típico é “causado” não por ação, mas por omissão de alguém que tenha o dever de proteger o bem jurídico, dever este que atinge todo àquele se encontrar em algumas das situações delineadas pelas alíneas desde parágrafo (crimes próprios).

O primeiro enquadramento típico para os agentes públicos diz respeito à configuração do crime de homicídio descrito no art. 121 do Código Penal na modalidade *imprópria*. Neste sentido, à título de exemplo, sabe-se que a eutanásia em qualquer de suas formas, sempre foi tratada pelo Direito Penal Brasileiro como homicídio, ainda que na modalidade privilegiada⁶².

59 Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei (BRASIL. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm. Acesso em: 12 nov. 2021).

60 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

61 DITTICIO, Mário H; ADJAIR, de A. Cintra; ALAMIRO V, Salvador Netto. *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri: Manole, 2020, p.26.

62 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.192.

Reza o citado artigo: “Art. 121 - *Matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos*”. E, sobre esse crime, comenta João Paulo Martinelli⁶³:

O homicídio simples é a modalidade subsidiária do crime, pois não foi conceituado em lei. Haverá o homicídio na modalidade simples do caput, portanto, quando, por exclusão, o crime não se enquadrar em qualquer das hipóteses que configuram uma qualificadora ou uma causa de diminuição. Matar alguém implica retirar a vida da vítima.

Esse tipo penal admite a modalidade omissiva imprópria com fulcro naquelas situações do parágrafo 2º do art. 13 do Código Penal⁶⁴, alíneas (a), (b) e (c).

Com base na situação problema da falta de cilindros de oxigênio na cidade de Manaus (AM) que levou à morte aproximadamente 30 pacientes, por exemplo, pode-se averiguar a presença de nexo de causalidade entre a omissão de quem deveria, por força do art. 196 da Constituição Federal, fornecer os cilindros de oxigênio garantindo a efetividade do direito à saúde e a configuração das mortes que poderiam ser evitadas.

Não seria *exagero* pensar na possibilidade de enquadramento típico do homicídio para os agentes públicos, pois da mesma forma que uma mãe responde pelo crime de homicídio, e não por omissão de socorro, na situação em que deixa de alimentar seu filho, e em razão disso, ocorre à morte, os agentes públicos, em observância ao dever de garantir o direito à saúde, devem responder configuradas mortes de pacientes, pelo mesmo delito (homicídio).

Outro tipo penal comum, que também poderia ser cogitado aos agentes públicos é o descrito no art. 267, considerado (crime de epidemia)⁶⁵. Sobre este tipo penal, o jurista Edson J. Torihara tece comentários a respeito do tipo penal em análise para maior compreensão, assim preceitua:

Trata-se de crime comum, podendo ser sujeito qualquer pessoa, inexigível qualquer qualidade ou condição especial, enquanto o sujeito passivo é a sociedade, expressa por intermédio do perigo de lesão a um número indeterminado de pessoas. O elemento subjetivo é o dolo, consistente na consciência e na vontade de praticar a conduta visando à causação da epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos. Note-se que irrelevante a forma de propagação, existentes as mais diversas, afigurando-se relevante, somente, que o risco e a forma de propagar o germe seja materialmente apta ao fim que se destina. [...] o crime se consuma quando é criado efetivo perigo à incolumidade pública, mediante a propagação de germes afigurando-se possível à tentativa. Trata-se de crime comissivo, podendo, no entanto, ser praticado, nos termos do art. 13 § 2, do CP, por via da omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do status de garantidor.⁶⁶

63 MARTINELLI, João PO; DITTICIO, Mário H; ADJAIR, de A. Cintra; ALAMIRO, Salvador Netto. *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri: Manole, 2020, p. 186.

64 Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Relevância da omissão. § 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2021).

65 Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. § 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro. § 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

66 TORIHARA, Edson Junji; DITTICIO, Mário H. ADJAIR, de A. Cintra; ALAMIRO, Salvador Netto. *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2020, p. 26.

O comentário sobre o tipo penal em análise apontou duas grandes características: a primeira sobre a consumação do crime que se materializa exclusivamente na criação de uma situação problema que coloca em estado de perigo a incolumidade pública, já a segunda diz respeito às formas (ação ou omissão) aplicáveis ao crime, o que admite a omissão imprópria (quando o agente goza de status de garantidor).

Destarte, o tipo penal pode ser perfeitamente aplicado na modalidade omissiva ao Presidente, ao Ministro da saúde, bem como aos Governadores e Secretários de Estado, pois como restou demonstrado compete ao chefe do poder executivo com auxílio dos governadores e ministro da saúde elaborar políticas públicas para a contenção da epidemia, a fim de que haja efetivo controle da situação e se evite, portanto, o adoecimento e a morte mistanásica da população.

Enfim, se ao invés de “combater”, as condutas se traduzirem em “abster-se”, ou “não fazer”, tal fato favorecerá a pandemia, configurando assim o crime de epidemia, na modalidade preterdolosa do parágrafo 1º, e se ocorrer o evento morte, a pena deverá ser aumentada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da situação descrita, discutiu-se a responsabilidade criminal dos agentes públicos (Presidente da república, Governadores, Ministros e Secretários de Estado), para então, definir, ante aos possíveis enquadramentos típicos, o sujeito ativo que deverá ser responsabilizado pelas mortes coletivas, precoces e evitáveis.

Notou-se que não existe um enquadramento típico para a mistanásia no Código Penal, da mesma forma que não existe para a eutanásia. No entanto, verificou-se um *dever estatal* positivado no art. 196 da Magna Carta que supre as necessidades de um tipo penal específico.

No mais, o art. 197 elevou ao grau de importância às ações e serviços de saúde colocando “nos ombros” do Poder Público, a regulamentação, fiscalização e controle do citado direito. Do mesmo modo, ao encontro do art. 197, a Lei nº 8.080/90 no art. 16, inciso XVIII assevera ser *responsabilidade de ambos os entes da Federação a direção nacional do Sistema Único da Saúde*.

Quanto à possibilidade de responsabilização dos agentes públicos, o art. 85 da Constituição Federal, bem como a Lei nº 1.079/50 elegeram como crime de responsabilidade os atos do Chefe do Executivo Federal que atente contra o exercício dos direitos sociais (o que inclui o direito à saúde, por força do art. 6º da Constituição Federal). Não somente o Presidente, mas também os Governadores de Estado, Ministros de Estados e Secretários de governo podem ser responsabilizados como previsto expressamente no art. 74 da citada Lei 1.079 de 1950.

Para além dos denominados crimes de responsabilidade, esses agentes podem ainda, responder judicialmente por crimes comuns previstos no Código Penal. Dentre os delitos e com base nesse estudo na situação de falta de oxigênio medicinal em Manaus (AM), cogitaram-se dois: 1) Homicídio (art. 121) (que não fora tipificado pela CPI da Covid, porém no relatório falou-se em crime contra humanidade, e como é sabido quem define esses crimes é o Estatuto de Roma que contempla o homicídio no seu rol)⁶⁷; e 2) Epidemia (art.

67 “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) *Homicídio*; b) *Extermínio*; c) *Escravidão*; d) *Deportação ou transferência forçada de uma população [...]*.” (BRASIL. DECRETO Nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 nov. 2021).

267) - ambos do Código Penal, na modalidade omissão imprópria.

Quanto ao primeiro crime, o verbo do tipo preleciona *matar alguém*, muito embora se espere uma ação direta, esse delito admite a omissão imprópria, pois como restou demonstrado, o Estado tinha o *dever de agir* através dos seus agentes para evitar o resultado (30 mortes) na cidade de Manaus (AM).

Como os agentes públicos não agiram, ou melhor, agiram sem estratégia de saúde que pudesse reverter ou atenuar a situação, por conseguinte, sobreveio à morte desses pacientes, logo, estes agentes produziram o mesmo resultado do tipo penal em análise – qual seja – a morte, devendo responder pelo crime de homicídio.

Quanto ao crime de Epidemia, a doutrina é unívoca, podendo o delito ser praticado quando o agente possui o dever positivado em lei de evitar o resultado dado o conteúdo mencionado no artigo 13, § 2º, do Código Penal. Por esta razão, admitiu-se a forma omissiva imprópria para omissão dos agentes públicos.

Por todo o exposto, ante a situação de mortes mistanásicas ocasionadas na cidade de Manaus (AM) os agentes públicos, observada a persecução penal e a produção de provas pela CPI da COVID-19 devem ser penalizados pelos delitos configurados na lei de responsabilidade, bem como pelos crimes comuns de homicídio impróprio e crime de epidemia, aplicando-lhes as penas previstas nos seus respectivos tipos penais.

REFERÊNCIAS

Amazonas atinge 96% de ocupação em leitos de UTI da rede pública de saúde, diz Susam. G1. 23, abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/04/23/amazonas-atinge-96percent-de-ocupacao-em-leitosde-uti-da-rede-publica-de-saude-diz-susam.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ANJOS, Márcio Fabri. *Eutanásia em chave de libertação*. Boletim do Instituto São Camilo n° 57, 1989.

BARROS, Edmilson de Almeida Júnior. *Código de Ética Médica comentado e interpretado*. Resolução CFM 2017/2018. São Paulo: CIA do e-book, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2017.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979com. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 02 jan. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Covid eruption in Brazil's largest state leaves health workers begging for help (Tradução Livre). THE GUARDIAN, Brasil, 14 jan. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/14/brazil-manaus-amazonas-covid-coronavirus>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Crise do oxigênio no Amazonas: entenda quanto falta e as ações para repor o insumo. G1. Manaus (AM), 15, jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/15/crise-do-oxigenio-no-amazonas-entenda-o-quanto-falta-e-as-acoes-para-repor-o-insumo.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

DANTAS, Alessandro, KRUGER, Ronald Rodor. *Manual de Direito Administrativo*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINIZ, Carolina. *Cemitério de Manaus suspende enterros em vala comum e volta a usar covas individuais após redução de mortes*. G1. Manaus (AM), 17 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/17/cemiterio-de-manaus-suspende-enterros-em-valacomum-e-volta-a-usar-covas-individuais-apos-reducao-de-mortes.ghtml>. Acesso em: 19 jun. 2020.

DITTICIO, Mário H.; ADJAIR, de A. Cintra; ALAMIRO V. Salvador Netto. *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri: Manole, 2020.

Documentos mostram que mais de 30 morreram nos dois dias de colapso por falta de oxigênio em Manaus. G1. Manaus (AM), 25 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.

LIPSITCH M; SWERDLOW DL; FINELLI L. *Defining the epidemiology of Covid-19: studies needed*. N Engl J Med.. Mar. 2020, v.382, i.13, p.1194-1196. <https://doi.org/10.1056/NEJMp2002125>.

MARTIN, Leonardo. *Eutanásia – Distanásia – Ortotanásia*. Dicionário Interdisciplinar da Pastoral da Saúde. São Paulo: Paulus 2000.

MARTINELLI, João PO; DITTICIO, Mário H; ADJAIR, de A. Cintra; ALAMIRO, Salvador Netto. *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri: Manole, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Cleberson Cardoso De. *Mistanásia: Responsabilidade Estatal e o acesso à saúde*. Londrina (PR): Thoth, 2020.

RICCI, Luiz Antônio Lopes. *A morte social: mistanásia e bioética*. São Paulo: Paulus, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *O direito subjetivo à morte digna: uma leitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovídio González*. *civilistica.com*, v. 5, n. 2, 29 dez. 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. Fundação de vigilância em saúde do Amazonas. *Plano de Contingência Estadual para Infecção Humana pelo Sars-Cov-2 (Covid-19)*. 2020. Disponível em: http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/plano_de_contingencia_coronavirus_-_versao_02052020.pdf. Acesso em: 05 dez. 2021.

SENADO FEDERAL. *Relatório Final da CPI da COVID-19*. 2021. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1wyq0Lwe0a6mLRz1a4xKqdpjarlWTDXPj/view>. Acesso em: 24 out. 2021.

SOUZA. Marcos Valério Guimarães de. *Responsabilidade civil: teoria objetiva e subjetiva*. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/674/responsabilidade_civil_teorias_objetiva_e_subjetiva. Acesso em: 11 nov. 2021.

TORIHARA, Edson Junji; DITTICIO, Mário H. ADJAIR, de A. Cintra; ALAMIRO, Salvador Netto. *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2020.

UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, 2005. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

World Health Organization – WHO. *Coronavirus disease 2019 (Covid-19): situation report 51*. Geneva: World Health Organization; 2020. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331475/nCoVsitrep11Mar2020-eng.pdf>. Acesso em 29 mar 2020.

ZHU N; ZHANG D; WANG W; LI X; YANG B; SONG J. *A novel coronavirus from patients with pneumonia in China*, 2019. *N Engl J Med.*. Feb. 2020, v.382, i.8, p.727-733. <https://doi.org/10.1056/NEJMoa2001017>.

Recebido em: 07.04.2022

Aprovado em: 05.05.2023

Como citar este artigo (ABNT):

BARBATO JR., Roberto; CONTE, Christiany Pegorari; CARDOSO, Luiz Guilherme Luz. A configuração da mistanásia e a responsabilidade criminal dos agentes públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.48, p.38-59, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/05/DIR48-02.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CRISE DA EFETIVIDADE EM NOVOS PATAMARES EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA

FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CRISIS OF EFFECTIVENESS AT NEW LEVELS AS A RESULT OF THE PANDEMIC

Carlos Alberto Ferri¹
Estevão Schultz Campos²

RESUMO: O artigo aborda a construção dos direitos fundamentais como historicamente conquistados pelos indivíduos e sociedade organizada. O Estado deve sempre primar pela efetividade dos direitos fundamentais independente da vontade do governante, que apenas lida com o direcionamento da vontade geral na escolha do melhor método e modelo de implementação desses direitos fundamentais. O instrumento previsto na Constituição de 1988 é complexo e carregado de normas que tratam da efetividade dos direitos fundamentais à democracia fiscal. A crise surgida na atualidade pela pandemia do COVID-19 pode ser a mais tenebrosa da nossa geração. A sociedade deve manter-se coesa na busca da continuidade efetiva e impedimento ou minoração da regressão no modelo Constitucional de Direitos Fundamentais, que visa a preservação da dignidade da pessoa humana. Em conclusão, o texto apresenta a impossibilidade do retrocesso em razão da limitação orçamentária do Estado em momento pandêmico.

Palavras-Chave: covid-19; direitos fundamentais; interpretação constitucional; mínimo existencial; reserva do possível.

ABSTRACT: The article addresses the construction of fundamental rights as historically conquered by individuals and organized society. The State must always strive for the effectiveness of fundamental rights, regardless of the will of the ruler, who only deals with the direction of the general will in choosing the best method and model for implementing these fundamental rights. The instrument foreseen in the 1988 Constitution is complex and full of norms that deal with the effectiveness of the fundamental rights to fiscal democracy. The crisis that has arisen today because of the COVID-19 pandemic may be the darkest of our generation. Society must remain cohesive in the search for the effective continuity and impediment or lessening of the regression in the Constitutional model of Fundamental Rights, which aims at the preservation of the dignity of the human being. In conclusion, the text presents the impossibility of regression due to the budgetary limitation of the State in a pandemic moment.

Keywords: constitutional interpretation; covid-19; existential minimum; fundamental rights; possible reserve.

1 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Unimep. Professor e Coordenador no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa de diagnóstico da tutela jurídica dos impactos ambientais do parcelamento do solo urbano do município de Engenheiro Coelho/SP. Advogado. Conciliador Judicial e membro da comissão de Direitos Humanos da OAB/Campinas. E-mail: carlos.ferri@ucb.org.br.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Bolsista CAPES/PROSUP. Professor de Direito nas áreas de Direito Civil e Constitucional do Centro Universitário Adventista (UNASP). Advogado. E-mail: estevaoadv@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico desenvolvido em qualquer país tem sempre origem na vontade humana. O conceito de constitucionalismo pode ser indicado como movimento que busca, a partir do estabelecimento da Constituição, a garantia da liberdade humana com a criação de instituições para limitar o poder político opondo-se a governos autoritários.

A norma constitucional é vetor importante da estabilização das relações sociais, limitadora da ação estatal e, por fim, orientadora da vontade social. A norma constitucional material regula a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos fundamentais, estando no texto constitucional ou não³.

O presente artigo analisará a compreensão dos Direitos Fundamentais e sua construção axiológica-dogmática para a contribuição da organização social. Ademais, os direitos fundamentais como modelo interpretativo no Estado Democrático de Direito e que não podem ser afastados em qualquer situação, mesmo diante de uma crise iminente. Todas as instituições democráticas devem efetivar a propagação desses direitos fundamentais, sob pena de se admitir o retrocesso.

Metodologicamente, define-se a pesquisa como teórico-conceitual, o que parece adequado por balizar suas avaliações na envergadura histórico e cultural de pesquisa, tendo em vista que busca rediscutir as bases do fundamento teórico para propor novas discussões constitucionais, sem, no entanto, implicar uma imediata mudança jurídico-doutrinária.

Nessa perspectiva, o texto foi construído em torno da definição dos direitos fundamentais, a evolução desses direitos, a interação com as finanças públicas e limitações na efetividade.

2 PELA DEFINIÇÃO DO TERMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, há de se questionar quais as características, conceito, natureza e alcance dos direitos fundamentais.

Equivocadamente, usa-se de modo unívoco a expressão “direitos fundamentais” como sinônimo de “direitos humanos”. Os anglo-americanos utilizam o termo direitos humanos ou do homem, por outro lado, os publicistas alemães lançam mão do termo direitos fundamentais. Para essa perspectiva publicista alemã, advoga Hesse que os direitos fundamentais são os insculpados pela Constituição e, deve a própria norma maior limitar os direitos fundamentais, de forma clara e precisa, evitando-se a dogmática imprecisa ou geral⁴. Na perspectiva de Carl Schmitt, os direitos fundamentais nada mais são que aqueles direitos designados como tais no texto constitucional⁵.

3 “Para DROMI, o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização”. Importa salientar, aqui, o constitucionalismo da verdade. Nesta referência existem duas categorias de normas a serem analisadas. “Uma parcela, que é constituída de normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; e uma outra sorte de normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis.” “As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais.” (TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/>. Acesso em: 20 abr. 2023, p. 16).

4 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. alemã por Lucas Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

5 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducion Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial Textos, 2009, p.179.

A primeira roupagem desses direitos fundamentais é observada com o reconhecimento, incontestemente, da liberdade controlável para que se evite conflitos entre os particulares e ilimitada da perspectiva do indivíduo frente ao Estado. A importância da liberdade traz à baila a compreensão de certo absolutismo da liberdade com pouquíssimos momentos de relativização do conteúdo de proteção.

O modo de implicação da liberdade para o contexto dos direitos fundamentais resgata a concepção natural de direito inerente ao ser, que garante a essência da dignidade humana e sua contribuição histórica e filosófica para a condução universal da liberdade, direitos fundamentais e direitos humanos.

Ao analisar a terminologia, Perez Luño⁶ informa que os direitos humanos são declarações de determinados momentos históricos que concretizam, dentre diversos direitos, a liberdade. A compreensão de Cunha quanto a essa perspectiva é que os direitos humanos, assim denominados, compreendem as prerrogativas universalmente aceitas para garantia da vida humana, no entanto a expressão direitos fundamentais deve ser utilizada por abarcar de modo genérico todas as espécies de direitos⁷. A cabo dessa digressão, Bobbio⁸ supõe que todas as tentativas de se definir o melhor termo são tautológicas e gravitam a essência: o sujeito. O direito fundamental é ferramenta jurídica garantidora do direito de liberdade inerente ao ser humano no âmbito do ordenamento jurídico humano⁹.

Materialmente, os direitos fundamentais têm sua circunscrição na dignidade da pessoa humana, como vetor de compreensão das evoluções dos direitos e garantias fundamentais do Sujeito.

2.1 A evolução dos direitos fundamentais

Os direitos humanos fundamentais vinculam-se à liberdade e à dignidade da pessoa humana no *modus* histórico e filosófico de afirmação dos valores culturalmente construídos em sociedade. A constatação universal desses direitos insculpidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, é responsabilidade direta da Revolução Francesa.

Ao analisar o período, De Cicco¹⁰ destaca a importância dos séculos XIX e XX para os momentos posteriores vividos pela humanidade: A Revolução Francesa representa o triunfo da burguesia sobre a nobreza, o triunfo do político e social e seus princípios igualitaristas, nos mesmos motes que da Reforma Protestante do século XVI. Em 5 de maio de 1789, na Assembleia dos Estados Gerais, o Rei Luís XVI reuniu os trezentos representantes do clero, trezentos representantes da nobreza e seiscentos membros do terceiro estado na tentativa de acalmar os ânimos sociais e corrigir os graves problemas financeiros administrativos. Ocorre que em 14 de julho de 1789, os representantes do Terceiro Estado proclamaram a queda da

6 LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948, p.32. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 569.

8 “A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.17).

9 ISHIKAWA, Lauro. *O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p.40.

10 DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 7. ed. rev.. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.157-159.

Bastilha. Essa foi a motriz da fermentação política-revolucionária. Em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem reuniu os expoentes ideais de Locke e Rousseau.

A Declaração dos Direitos do Homem exprime os direitos fundamentais como “naturais, inalienáveis e sagrados”, lembrando o caráter dos Direitos Naturais repisados por Hugo Grócio. Liberdade, igualdade e fraternidade, esses foram os princípios basilares do teor da universalidade da Declaração e que marcam o início dos direitos fundamentais.

Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade. Tais direitos foram os primeiros a serem expostos na norma constitucional na forma de direitos civis e políticos.

No Constitucionalismo brasileiro, apenas na Constituição de 1891, no art. 72, garantiu-se as liberdades vinculadas aos direitos civis e políticos. Percebe-se que esses direitos são acoplados pelos Estados num processo dinâmico que permite ao sistema do Ordenamento Jurídico a constante percepção existencial das mudanças sociais, por mais que em alguns Estados esse processo seja tardio sem, no entanto, negar que a percepção desses direitos tem sempre espaço para novas implementações.

A grande característica dos direitos de primeira geração é ter o indivíduo que se opõe ao Estado. São direitos subjetivos que auxiliaram o sujeito/indivíduo na compreensão da liberdade, como inalienável.

Os direitos fundamentais de segunda geração aparecem no século XX, em decorrência da primeira geração. Os direitos dessa nova fase são direitos sociais, culturais e econômicos. Esses direitos de segunda geração foram introduzidos de diversas formas no Constitucionalismo no molde de Estado Social e, logo depois, ganharam contornos de reflexão antiliberal¹¹. A segunda geração de direitos fundamentais surge de modo filosófico e no contexto político emergente de luta por desigualdades que não foram respondidas pelo Estado Liberal. Os contextos máximos normativos de constatação Constitucional são observados na Constituição de Weimar de 1918 e na Constituição do México de 1916.

De início, há de se declarar que os direitos sociais, embora essas Constituições acima tenham dado juridicidade, não encontraram no contexto universal a mesma aceitação dos direitos fundamentais de primeira geração. Durante épocas a juridicidade dos direitos sociais foi objeto de embate quanto sua aplicabilidade. O ponto de toque está na percepção da inexistência do indivíduo – o ser – sem a garantia da concretização dos direitos de primeira geração, ou seja, não há de se falar em direitos individuais sem o concretizar/efetivar. Daí, decorrem as discussões teóricas que os direitos fundamentais de primeira geração têm eficácia imediata e os direitos de segunda geração tem eficácia mediata¹².

Quando se analisa o Constitucionalismo brasileiro, percebe-se que os direitos de segunda geração são implementados na Constituição de 1934. A proposta revolucionária eclode da busca da implementação de preceitos sociais, não observados na Constituição de 1891. O modelo escolhido pela Assembleia Constitucional de 1933 tendeu aos preceitos do *Welfare State*¹³.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.564.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.568: “Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. Cresceu, pois, com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração o juízo de que esses direitos representam de um certo modo valores, compondo uma unidade de ordenação valorativa que alguns juristas temes possa ressuscitar ou correr o risco de ressuscitar a rejeitada concepção de sistema, à qual, segundo Scheuner, os direitos fundamentais seriam irredutíveis.”

13 BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Paz e Vida, 1991, p.326-327: “Mas não padece dúvida que a tônica da Constituição de 34 recaiu sobre o Estado social. O novo pacto, sobre a inviolabilidade do direito à subsistência, não mantinha como as Constituições anteriores o direito de propriedade em toda a sua plenitude, senão que ao garanti-lo assinalava que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, sujeitando-o assim às limitações que a lei determinasse. O preceito sobre desapropriação por necessidade pública, mediante previa e justa indenização, não dispunha que ela se faria dinheiro, como depois a constar da Constituição de 46, art. 141, §16, que tanto obstaculizou a concretização da reforma agrária no país.”

Os direitos fundamentais da terceira geração consubstanciam-se na conscientização de um mundo desenvolvido e subdesenvolvido. A constância não está apenas em entender os direitos individuais e coletivos, ou seja, os direitos individuais e sociais. Ao final do século XX a percepção é da necessidade de afirmação do gênero humano e sua existência. Emerge dessa nova fase a fraternidade como modelo de direito ao desenvolvimento, conforme exposto por Karel Vasak, analisado por Bonavides¹⁴.

Por outro lado, Etienne-R. Mbaye, formula a percepção que os direitos de terceira geração podem ser reconhecidos como direito ao desenvolvimento e, sua caracterização maior é a solidariedade. Nessa perspectiva, o direito ao desenvolvimento afirma que Estados e indivíduos sempre terão à vista a descoberta de novos direitos.¹⁵⁻¹⁶

Em nosso modelo Constitucional, apenas em 1988 lograram reconhecimento normativo-constitucional os direitos inerentes a fraternidade ou solidariedade, insculpidos como direito ao meio ambiente equilibrado, art. 225; direito à paz mundial, art. 4º, VI e VI e direito ao desenvolvimento, art. 3º, II.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão estão em fase de formulação na doutrina Constitucional. Paulo Bonavides decreta que essa fase é caracterizada pelo fim do neoliberalismo nascente da derrocara da soberania estatal como teoria de determinação da vontade absoluta do Estado. Com isso, apresenta-se uma nova dimensão de direitos fundamentais não adstritos ao território, ou seja, há direitos fundamentais globalizados. Na perspectiva globalizada apresentam-se o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Os direitos de quarta geração têm como vetor não o reconhecimento interpretativo, mas a concretização¹⁷.

3 A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao analisar a questão, Sarlet declara a íntima relação da existência dos direitos fundamentais e a indissociável noção de Constituição e Estado de Direito. Na Declaração dos Direitos do Homem, no artigo 16, é pronunciado que toda a “sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”¹⁸. Essa afirmação é a base das Constituições escritas. Materialmente, há determinação da existência de um núcleo que delimite a atuação do poder estatal. Os direitos fundamentais são alçados ao patamar determinante da existência simbiótica de Estado e indivíduo¹⁹.

Essa perspectiva faz com que se prospete o Estado Ideal formatado pela Constituição, Estado de Direito e Direitos Fundamentais.

Como conquista da humanidade, o Estado Democrático de Direito representa a percepção social da necessidade de organização. Essa perspectiva surge em decorrência das diversas classes sociais que foram se instaurando com as afirmações dos grupos sociais.

14 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.569.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.570.

16 Ao analisar a perspectiva do direito ao desenvolvimento, afirma o professor Lauro Ishikawa: “Com efeito, seguindo a afirmação de Bobbio de que ‘o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los’ e à clara advertência de que ‘para protegê-los, não basta proclamá-los’, pois ‘o problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos’, [...]”. (ISHIKAWA, Lauro. *O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p.40).

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.571.

18 ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 58.

A arrematação do modelo percebe-se com a criação de estratos sociais que se privilegiaram de suas posições e, em decorrência, estabeleceram desigualdades sociais²⁰.

Os conflitos sociais levaram a busca pela democracia como resistência à concentração do poder, ou seja, a participação coletiva na construção social. Pela democracia, governos começaram a garantir igualdade efetiva na forma de direitos que perfazem a dignidade da pessoa humana, no molde de direitos fundamentais²¹.

Da perspectiva sistêmica, o Ordenamento Jurídico pátrio incorporou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1988, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Antes da adesão formal ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, em 1992, curiosamente, o Brasil promulgou a Constituição Federal da República em 1988. Tida como Constituição Cidadã, a Lei Fundamental do Estado do Brasil destaca no Título II os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. É possível sustentar que dentre as características fundamentais encontradas nos seres humanos há conjugação entre autonomia e dignidade para a determinação da ação ética, na sistemática Kantiana²².

Importa reconhecer a aptidão humana de expressar adequadamente seus sentimentos e de definir e organizar sua conduta, visando atingir objetivos pré-determinados, já que essa aptidão induz ao poder de interferir com a realidade, de modo a obter liberdade. O Direito emana da vontade humana como expressão desse poder de autodeterminação.

A Constituição Federal de 1988 é a exata representação da instrumentalização do poder na escolha democrática dos valores éticos-sociais que conduzirão a sociedade na efetivação dessas garantias individuais. Os direitos fundamentais, conforme ensina Canotilho, são expressões da evidência da norma como justa, ética e válida²³, ou seja, passam a interagir com o sistema normativo como fonte axiológica para criação, efetivação e moderação dos direitos.

Nessa perspectiva, é válido o ensinamento de Bonavides ao considerar a quarta geração de direitos fundamentais como: i) a universalidade ao direito de concretização da

20 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado democrático e social de direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>.

21 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado democrático e social de direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p.5. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. “Em rápidos traços foi essa a caminhada histórica que levou, no século vinte, às concepções dos direitos humanos individuais e sociais como direitos fundamentais da pessoa humana, de todas as pessoas humanas sem qualquer discriminação. E isso foi consagrado em documentos de natureza política e jurídica, de origem e alcance nacional, como a Constituição, e de alcance internacional, como as Declarações, os Tratados, as Convenções e outros documentos que definem direitos e obrigações dos Estados signatários. No plano internacional tem especial importância, pelo caráter de universalidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas-ONU em 1948, proclamando no art. 1º que ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.”

22 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010, p.18: “Os dois outros conceitos imprescindíveis são os de autonomia e dignidade. A autonomia expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. O indivíduo é compreendido como um ser moral, no qual o dever deve suplantar os instintos e os interesses. A moralidade, a conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal. A dignidade, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia.”

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.115.

democracia; ii) direito à informação; e, iii) pluralismo²⁴. Com isso, o Estado precisa rediscutir a efetividade dos direitos fundamentais e a implementação de fato daquilo que a escolha democrática-constitucional já determinou.

A Constituição representa a unidade sistêmica do ordenamento jurídico, em especial, quanto a expressão dos seus valores materiais que vinculam todas as tomadas de decisões da sociedade²⁵, ou ainda, com a Constituição e sua perspectiva normativa-fundamental garantidora dos direitos fundamentais, qualquer decisão contrária representa retrocesso à dignidade do ser.

4 DEMOCRACIA, FINANÇAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se trata da aplicação dos direitos fundamentais, parte da doutrina ressoa a construção dogmática da reserva do possível, utilizada como critério interpretativo jurisprudencial²⁶ para delimitar os deveres estatais, principalmente os relacionados aos direitos socioeconômicos. A figura da reserva do possível (*Vorbehalt Möglichen*) nasceu na decisão *Numerus Clausus* do Tribunal Constitucional Alemão. Sobre a conjunção dos direitos sociais e econômicos, a doutrina alemã aplica-a respeitando-se a possibilidade orçamentária para distribuição dos recursos²⁷.

A jurisprudência brasileira assim se posicionou pela contextualização da questão orçamentária latente no Estado Democrático de Direito, isso porque a democracia desce às minúcias da escolha das políticas sociais adotadas pelo governo eleito. Torres eleva a perspectiva ao patamar de declarar a existência de um Estado Democrático Fiscal²⁸.

Aqui, a democracia representa o poder de escolha que a sociedade teve ao optar pela política fiscal-orçamentária escolhida pelo Governante, desde que tenha sido eleito pelas vias democráticas. A democracia deve ser substancial de modo a proporcionar efetividade participativa. Ao Governo cabe orientar essa participação, escolhendo políticas públicas que atendam aos anseios da sociedade, inclusive à minoria vencida no processo eleitoral.

Ao analisar a Alemanha da década de 1960, Habermas já destacava que a rígida separação entre o público e o privado estava a se desfazer, isso porque uma maior simbiose entre Estado e sociedade passou a existir. A (des)legitimação do Estado se fez pelo déficit orçamentário, tendo em vista a limitação natural na produção de bens pela sociedade financiadora do Estado, vez que este não produz riqueza. Em razão da progressiva análise realizada por Habermas, ao final da década de 80 o filósofo aponta a impossibilidade de o Estado Social Democrático atender a todas as demandas geradas pela sociabilização dos recursos públicos, que são limitados²⁹.

24 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

25 JUCÁ, Francisco Pedro. *Finanças Públicas e Democracia*. São Paulo: Atlas, 2014, p.13.

26 ADPF 45 MC/DF, Decisão de 29.04.2014, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 345: ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial – “Reserva do Possível”.

27 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.291: “Perspectiva asseverada por Canotilho, a conjunção ocorrerá: 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos; 4) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando apresentam dimensões pouco razoáveis”.

28 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.19: “O Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 (art.1º), por conseguinte, afirma-se sobretudo na via do orçamento, com o controle dos gastos públicos, o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais e certa regulação do social e do econômico, configurando-se como Estado Democrático Fiscal”.

29 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 14.

Surge, na perspectiva de Torres a influência do Orçamento na condução da democracia ao atentar para redução da desigualdade social, efetivando os direitos fundamentais³⁰.

Dessa forma a jurisprudência brasileira interpreta que os direitos sociais estão sujeitos à lei, com relevância da importância da normatividade orçamentária³¹.

A crise econômica do Estado não pode ser enfrentada como de menor importância para implementação do sistema público de assistência social ou de políticas públicas específicas. Isso não significa que haja espaço para retorno ao Estado Mínimo, mesmo o apreciado por Nozick³². Por contrário, deve permitir respostas não unívocas para a problemática da crise econômica³³.

O Estado como primado máximo da organização social deve, até certo ponto, estabelecer o padrão mínimo existencial para que o indivíduo exista. Sem o ser/indivíduo não há razão de existir do Estado³⁴.

O orçamento é o espelhamento representativo do consentimento dado pelos contribuintes ao Governo³⁵. O orçamento prevê a programação econômica da administração pública na condução dos diversos setores em atos de execução. A Constituição Federal do Brasil estabelece, no art. 165, §1º, que é obrigação do Estado instituir plano plurianual regionalizado, que garanta a execução de programas continuados para integração nacional³⁶. A integração nacional, no âmbito orçamentário, insere-se no plano plurianual apreciado pelo Congresso Nacional, art. §4º do art. 165, da CF; para fazer cumprir o combate “gelo econômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais” (art. 43 da CF). O desenvolvimento da Sociedade, com vistas ao bem comum de todos tem lastro em nossa norma fundamental. A implementação das políticas públicas tem viés material, na forma diretiva do art. 174 da Constituição Federal.

Como unidade política-federativa, o Estado Brasileiro, por meio da outorga Constitucional do art. 43 da norma máxima, busca meios de “realização das tarefas que poderão atingir o objetivo fundamental de erradicar pobreza e diminuir desigualdades sociais ao passo que se promove o desenvolvimento nacional”³⁷.

30 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.18: “Do ponto de vista orçamentário procura o equilíbrio entre a receita e a despesa pública e serve de fiador da redistribuição de rendas. O Estado Orçamentário atual, por conseguinte, tem o seu perfil tributário perfeitamente delineado e a sua vocação direcionada para os gastos relacionados com a garantia dos direitos humanos. Não abandona, porém, a responsabilidade pela proteção dos direitos sociais, senão até que serve de árbitro para a sua concessão, eis que tais direitos existem sob a “reserva do possível”, isto é, sob a reserva da soberania orçamentária”.

31 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.292.

32 NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.67: Seria moralmente inadmissível que as pessoas mantivessem o monopólio no Estado ultramínimo sem oferecer serviços de proteção a todos, mesmo que isso exigisse uma ‘redistribuição’ específica. Os administradores do Estado ultramínimo têm o dever moral de criar o Estado mínimo.

33 SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de John Rawls e a Constituição Federal do Brasil: o princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017, p.153.

34 SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de John Rawls e a Constituição Federal do Brasil: o princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017, p.153: “A perspectiva traçada impõe uma Constituição que transponha a simples barreira da organização administrativa e reflita nos fatores reais (incluindo as relações de poder) de determinado país, para um texto nobre e efetivo. A Constituição Federal de 1988 buscou propor a visão de transcendência entre assegurar a simples determinação clássica e avançar para minuciosidades determinantes na essência, representadas aqui como o mínimo existencial de cada pessoa. Sendo esse mínimo determinado pelos princípios da igualdade e redistribuição dos recursos, na forma do princípio da diferença.”

35 KIYOSHI, Harada. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 96.

36 “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020).

37 SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p.125.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, na forma do §2º, do art. 165, da Constituição Federal, corresponderá às metas e prioridades da administração pública federal. A natureza da LDO é incluir nas despesas os gastos para o exercício financeiro do ano posterior, antecedendo à lei orçamentária anual. Por seu turno, a Lei Orçamentária Anual ou Orçamento Anual inclui em seu bojo as despesas e receitas das esferas do exercício do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário³⁸.

Em se tratando de tempos normais, a operacionalização do orçamento no Brasil se dá com regras dispositivas e impositivas para que se obedeça ao teto constitucional de gastos e, não haja o superendividamento do Estado pelos diversos motivos acima expostos. Isso faz com que as finanças públicas respeitem a regra de ouro, ou seja, não pode o Estado realizar desembolso financeiro superior ao previsto pelo equilíbrio orçamentário³⁹.

Por fim, nessa análise, a regra de ouro fica condicionada, não mais às questões de déficit e superávit, mas sim às questões conjunturais que “humanizam” o desembolso e aplicação para desenvolvimento da sociedade.

4.1 Direitos fundamentais e Covid-19: a crise da efetividade em novos patamares

Em 31 de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi comunicada de casos surgidos de pneumonia decorrente de nova cepa denominada SARS-CoV-2, que provoca a doença COVID-19. De escalada progressiva, o alerta da OMS em 11 de março de 2020, declarou a nova síndrome como uma pandemia, caracterizada pela propagação mundial da doença⁴⁰.

No Brasil, os dados oficiais apontam o registro do primeiro caso em 27 de fevereiro de 2020. As informações atualizadas, concentradas e geridas pelo Ministério da Saúde, indicam 438.238,00 (quatrocentos e trinta e oito milhões, duzentos e trinta e oito mil) casos confirmados, 26.754,00 (vinte e seis mil, duzentos e cinquenta e quatro) óbitos confirmados até 28 de maio de 2020⁴¹. Esses são apenas alguns dos dados da dramática situação que enfrenta a humanidade, e em especial, a condição do Brasil.

Dentre as medidas adotadas em consonância com as regras da OMS, o distanciamento social é utilizado para diminuição do contágio e freio na taxa de ocupação das Unidades de Terapia Intensiva. Tal fato reverbera em outro aspecto relevante para a vida em sociedade: a *questão econômica*. Desse ponto, urge a análise perfunctória dos direitos fundamentais.

Em tempos normais, como no ano último, a República Federativa do Brasil

38 Em resumo: “O orçamento anual assume características de um programa de ação do governo interagindo com a lei do PPA e a LDO. A lei do PPA define o plano estratégico do governo a longo prazo, que fica mais no plano abstrato. A LDO seleciona as estratégias a serem implementadas. Aquela representa estratégia enquanto que esta representa a tática. A LDO estabelece um elo entre o PPA e a LOA que confere ao PPA um caráter dinâmico-operativo disponibilizando os recursos financeiros para a execução do plano estratégico definido pela LDO”. (KIYOSHI, Harada. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.102).

39 Em especial atenção a Emenda Constitucional 94, de 15 de dezembro, de 2016, apelidada de PEC dos Gastos Públicos, limitou por vinte anos os gastos públicos. O texto aprovado prevê que a definição dos gastos públicos levará em conta a despesa primária do ano anterior acrescida de inflação c/c Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A regra do teto de gastos não se aplica às transferências de recursos da União aos Estados e Municípios, previstos pelo federalismo fiscal, bem como ao desembolso financeiro destinado ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação Básica (Fundeb).

40 Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:Covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 28 mar. 2020.

41 Para os dados completos que são atualizados diariamente: Disponível em: <https://Covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

democraticamente estabeleceu o Plano Plurianual (PPA) pela Lei 13.971/2019, para o triênio 2020-2023. Dentre as diretrizes estabelecidas no art. 3º, propôs-se “a articulação e a coordenação com os entes federativos, com vistas à redução das desigualdades regionais.”⁴²

Em decorrência da PPA, a LDO previu meta de déficit fiscal primário de R\$ 118.910.000.000,00 (cento e dezoito bilhões novecentos e dez milhões de reais), sendo R\$ 124.100.000.000,00 (cento e vinte e quatro bilhões e cem milhões de reais) para os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e R\$ 3.810.000.000,00 (três bilhões oitocentos e dez milhões de reais) para o Programa de Dispêndios Globais⁴³. Para a Seguridade Social, especificamente, a estimativa de receita prevista da LOA, corresponde a R\$ 905.014.734.432,00 (novecentos e cinco bilhões, quatorze milhões, setecentos e trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais)⁴⁴.

Embora estratosféricas, as diretrizes fiscais para atendimento da Seguridade Social, apenas por parte da União, foram previstas, propostas e aceitas democraticamente para tempos de normalidade.

O direito à seguridade social é mais diretamente relacionado ao homem como indivíduo na sociedade, a fim de preconizar o bem-estar e sanar as deficiências sistêmicas, ou seja, está inserida na perspectiva de abrangência das garantias fundamentais.

A Constituição abordou entre os arts. 196 e 197 o direito de acesso ao Sistema Único de Saúde a todos, a ser garantido pelo Estado através de políticas sociais e econômicas. O regime de previdência social destina-se ao previdenciário geral com o fito de salvaguardar a sociedade em casos extremos, como doença, invalidez, morte etc., previstos nos arts. 201 e 202, da Constituição Federal. Encerrando a trinca da seguridade social, a assistência social é tida como processo universalizante do direito à seguridade por proporcionar a todos em situação de extrema necessidade, independente de contribuição e proteção material para subsistência.

Claus-Wilhelm Canaris, em suas conclusões sobre a primazia dos direitos fundamentais, apresenta que: i) o destinatário dos direitos fundamentais é o sujeito que detém a autonomia e o direito de autopreservação e; ii) os direitos fundamentais servem para controlar atos da administração pública⁴⁵. Pela perspectiva de Canaris, os direitos fundamentais não se limitam pela gerência/vontade do Estado. Em realidade, as gerações dos direitos fundamentais coadunam em reconhecer as garantias fundamentais e sua ocorrência oblíqua do conflito do indivíduo versus o absolutismo do Estado, o Estado Liberal Clássico, o Estado Socialista e tantas outras formas de limitação da liberdade, democracia e institucionalização constitucional.

Apontou-se anteriormente que predomina em nossa jurisprudência a teoria da reserva do possível como limitação da garantia da eficácia na aplicação instantânea dos direitos e garantias fundamentais. O direito administrativo, matéria de operacionalização da administração pública, admite a reserva do possível em termos de concretização administrativa dos tantos direitos sociais previstos na Constituição.

Fato é que quando se trata da reserva do possível como limitação da efetividade, de modo oblíquo, trata-se do mínimo existencial. Conforme a construção apresentada,

42 Lei Nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa/arquivos/Lein13.971de27dedezembrode2019.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

43 Lei Nº 13.898, de 11 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2020/Lei_13898/Texto_Lei.pdf.

44 Lei nº 13.978, de 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2020/Lei/Lei13978-2020.pdf>.

45 CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 52.

diferentemente de uma teoria socialista, o mínimo existencial é necessário para preservar a qualidade do ser quanto ser⁴⁶.

A cooperação tem que se dar de forma a impor a todos a mesma participação, seja por questão moral – muitos têm morrido em meio a pandemia – seja por questão racional – quanto antes o fim chegar, mais rápido o Brasil reorganizará a busca pelo mínimo existencial.

De modo provocativo, a Constituição Federal garante seguridade social a todos que integram a sociedade brasileira e que estejam em situação de extrema necessidade e carentes de proteção material para subsistência.

A equanimidade do direito de assistência social como proteção material para o mínimo existencial, na perspectiva teórica de Rawls, tem como premissa maior proporcionar o previsto para toda a universalidade sem qualquer distinção, ou seja, não o melhor disponível no mercado para determinado indivíduo, porque se assim o fosse estar-se-ia diante do Estado Socialista⁴⁸.

O necessário deverá ser entregue na medida que recursos sejam disponibilizados e signifique distribuição equânime, não privilegiando grupos ou indivíduos, tendo em vista que se tal ocorrer o sistema projetado na Constituição se torna ineficaz.

Qualquer atitude contrária do Estado em garantir o mínimo existencial *em tempos de crise*, não encontra respaldo na interpretação principiológica da reserva do possível. Embora pareça óbvio, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei do Orçamento Anual, na atual conjuntura, não deve guiar o modo de atuação do Estado, sob risco de irromper em contrariedade aos princípios máximos conformadores da Constituição, do Estado de Direito e dos Direitos Fundamentais.

O modelo interpretativo deve guiar-se por premissas distintas, mas, existem razões outras de afastabilidade da reserva do possível em tempos de crise? Sim, por óbvio, que sim: a) “possível” não se trata de grandeza aferível quanto à atuação do Estado. O Estado pode utilizar de diversas medidas para tornar possível uma prestação. Isso se dá com a reorganização das prioridades orçamentárias, a racionalização das despesas e a possibilidade de contrair empréstimos; b) ao Judiciário cabe declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais Poderes se houver critério para tanto, objetivado pela norma constitucional. Em tempos de normalidade, a intervenção indevida que não diz respeito a garantia dos direitos fundamentais, pode gerar instabilidade

46 SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de Jonh Rawls e a Constituição Federal do Brasil: O princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017, p.139: “A equidade de Rawls no contrato social tem toda relação com o retratado até o presente por relacionar a legitimidade governamental ao provimento de direitos políticos, civis e econômicos, dentro da realidade liberal. O segundo princípio estabelece a premissa de redistribuição de riqueza e rendimento para garantir igualdade com benefícios a todos. No preceito de igualdade, o determinante consiste na cooperação social. De modo prático, a democracia introduziria o próprio sistema de equidade social para cidadãos livres: ‘Serem os sujeitos pessoas iguais, quer dizer aptos a cooperar socialmente. Rawls afirma que as pessoas são livres em virtude do que podemos chamar de capacidades morais e capacidades da razão. Tais capacidades morais decorrem do facto de que eles são capazes de participar de um sistema equitativo de cooperação social e desdobram-se na capacidade para ter um senso de justiça, isto é, ‘na capacidade de entender, de aplicar e de agir segundo a concepção pública de justiça e a capacidade de adoptar uma concepção de bem – de formar e de racionalizar uma concepção racional do bem’.”

47 “Rawls salienta em especial a função de afectação de recursos traduzida na manutenção do sistema de preços, visando garantir uma concorrência eficaz, impedindo o desenvolvimento anômalo dos mercados e a identificação e correção de desvios à regra da eficiência resultantes das incapacidades dos mercados através de impostos e subsídios. É dentro desta função que concebe a fixação de um mínimo social fixado a partir da articulação entre as carências existentes. [...] Além da função de afectação de recursos, Rawls refere a função de distribuição cuja obrigação ‘é manter uma situação justa no que respeita à distribuição, através da tributação e dos necessários ajustamentos dos direitos reais’.” (CATARINO, João Ricardo. *Redistribuição tributária: estado social e escolha individual*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 92).

48 “Rawls salienta em especial a função de afectação de recursos traduzida na manutenção do sistema de preços, visando garantir uma concorrência eficaz, impedindo o desenvolvimento anômalo dos mercados e a identificação e correção de desvios à regra da eficiência resultantes das incapacidades dos mercados através de impostos e subsídios. É dentro desta função que concebe a fixação de um mínimo social fixado a partir da articulação entre as carências existentes. [...] Além da função de afectação de recursos, Rawls refere a função de distribuição cuja obrigação ‘é manter uma situação justa no que respeita à distribuição, através da tributação e dos necessários ajustamentos dos direitos reais’.” (CATARINO, João Ricardo. *Redistribuição tributária: estado social e escolha individual*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 92).

49 Sobre o tema sugiro a leitura do artigo: CAMBLER, Everaldo Augusto; DOS SANTOS, Estevão Campos; DE ALVARENGA, Robson. A dignidade dos animais e o ativismo judicial. *Revista Pensamento Jurídico*, v.11, n.1, 2017. Acesso em: 08 ago. 2017.

institucional⁴⁹. Ao Judiciário não cabe determinar qual a melhor política pública e sim ao Estado-Executivo defini-la. Ao Judiciário cabe declarar a omissão de políticas públicas; c) a impossibilidade de o Estado atender às demandas de despesas não serve como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social. As leis orçamentárias podem ser objeto de análise do STF, desde que antes se estabeleça critérios para tanto. É dever do Estado-Executivo apresentar, de acordo com a situação fática, a impossibilidade orçamentário-financeira além de garantir ao aplicar a proporcionalidade, o atendimento de direitos e garantias vinculadas aos destinatários dos direitos fundamentais⁵⁰.

Tanto assim que em razão da crise econômica, mesmo com algumas ressalvas e resistências governamentais, o Congresso Nacional em junção de forças com o Executivo Nacional, tramitou e aprovou em tempo recorde a Emenda Constitucional Nº 106, de 7 de maio de 2020, que instituiu o regime fiscal extraordinário para o desempenho de despesas tendentes a enfrentar a calamidade pública decretada em razão da pandemia. Não se trata do possível, e sim do necessário para manutenção da vida humana. Os direitos fundamentais não conhecem limitação quando se trata da preservação da vida humana.

Nessa mesma toada, a Medida Provisória 937/2020 aprovou crédito suplementar para a criação do auxílio emergencial para indivíduos de baixa renda, conforme regulamentado Lei 13.982/20, que alterou a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC). Embora a efetividade do auxílio emergencial seja altamente criticável em razão do grande número de brasileiros que ainda não conseguiu receber os valores mínimos, a previsão legal alenta, mas não por completo.

A democracia fiscal é o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais, axiologicamente. Sua aplicação, que visa a garantia da existência do ser, não depende de Emenda Constitucional como fonte integradora do sistema. A maior de todas as fontes é a existência do ser digno⁵¹.

Não há sociedade sem indivíduos. Não há cooperação sem sociedade. Não se fala de leis orçamentárias, normas constitucionais ou regra de ouro sem a existência e preservação do ser. Isso acontece com o constante e incessante desvelar dos direitos fundamentais que em tempos difíceis são redescobertos.

O caminho proposto por Rawls indica que o liberalismo permite a diferença social desde que não atinja patamar indesejável pela ótica dos princípios escolhidos e expostos na Constituição, ou ainda, “compete à função das transferências a fixação de um mínimo social. [...] A função de distribuição visa manter uma situação relativamente justa no que respeita à distribuição, por meio da tributação [...]”⁵²

Estabelecer a garantia do mínimo necessário, mesmo com transferência direta de recursos em situações gravosas, não tem correlação com a implantação do socialismo, isso porque “a ética da redistribuição distingue-se, [...] porque enfoca precisamente a moralidade da redistribuição”⁵³.

50 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.99.

51 Nessa perspectiva Rawls: “Então, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito bem como por uma identidade de interesses. Há uma identidade de interesses porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que terias qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços.”. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.5).

52 SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Teoria da justiça de John Rawls. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.35, n.138, p.193-212, abr./jun., 1998.

53 JOUVENEL, Bertrand. *Ética da redistribuição*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 19.

Distribuir os recursos captados na tributação através de mecanismo que efetive a existência humana é vetor hábil para redução da desigualdade que se aprofunda sensivelmente pela crise econômica, aproximando minimamente da pretensa equidade, isso porque “cabe à Administração pública escolher o destino da receita, que deve visar sempre ao bem-estar social”, do mínimo existencial⁵⁴.

Em tempos de crise não é muito reverberar o óbvio: a Sociedade deve cuidar dos seus, como Lispector, “o óbvio, [...], é a verdade mais difícil de se enxergar”⁵⁵.

5 CONCLUSÃO

Para Rawls, a justiça se adequa na “conformação das instituições sociais” capazes de organizar o Estado e propalar a igualdade humana fundamental. A liberdade fundamental surge para fundamentar as instituições ou sistemas legais determinados na Constituição Federal que objetivam distribuir os bens primários escolhidos.

Distribuição, nessa teoria, não significa a interferência irrestrita no cotidiano do cidadão e sim a participação do sujeito para manutenção e equilíbrio do contrato social. O Brasil não implementou, integralmente, direitos sociais, mesmo diante de um país continental e de fortes desigualdades regionais.

O liberalismo igualitário visa corrigir as desigualdades por vias contemporâneas. Com isso, a crise econômica introduzida pela pandemia da Covid-19 quebra toda a estrutura organizacional socioeconômica. As leis orçamentárias não são suficientemente claras, precisas e úteis para abarcar a complexidade dos novos fatos geradores causados e das possíveis desconstruções dos direitos fundamentais.

Percebe-se que a crise econômica gerará um impacto enorme nas ferramentas de conformação da justiça, ou seja, na efetividade buscada nos últimos anos para implementação dos direitos fundamentais. Em termos de gerações, embora se fale numa 4ª onda, o Brasil ainda luta pela efetividade final dos direitos e garantias de 2ª geração, em decorrência da instabilidade econômico-social disseminada em diversas camadas sociais.

Admitir, em razão da reserva do possível, que a atuação do Estado deva se limitar a determinados critérios antes aplicáveis em tempos normais, afronta a dignidade da pessoa humana. Não há limitação teórica possível para se garantir os direitos fundamentais quanto ao mínimo existencial em tempos de crise.

REFERÊNCIAS

ADPF 45 MC/DF, Decisão de 29.04.2014, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 345: ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial – “Reserva do Possível”.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Paz e Vida, 1991.

54 DWECK, Ruth Helena. *Federalismo fiscal – experiências distintas: Estados Unidos e Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2005, p. 17. (Textos para Discussão UFF/Economia).

55 LISPECTOR, Clarice. *Uma Aprendizagem ou o Livro dos Prazeres*. Rio de Janeiro: Rocco Editora, 1998, p. 32.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2020/Lei_13898/Texto_Lei.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Disponível: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa/arquivos/Lein13.971de27dedezembrode2019.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020

BRASIL. Lei Nº 13.978, de 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2020/Lei/Lei13978-2020.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 52.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado democrático e social de direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>.

DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011.

DWECK, Ruth Helena. *Federalismo fiscal – experiências distintas: Estados Unidos e Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2005, p. 17. (Textos para Discussão UFF/Economia).

Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS BRASIL. Atualizada em 28 de maio de 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:Covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 28 mar. 2020.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. alemã por Lucas Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ISHIKAWA, Lauro. *O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

JOUVENEL, Bertrand. *Ética da redistribuição*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 19.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Finanças Públicas e Democracia*. São Paulo: Atlas, 2014.

KIYOSHI, Harada. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LISPECTOR, Clarice. *Uma Aprendizagem ou o Livro dos Prazeres*. Rio de Janeiro: Rocco Editora, 1998.

LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de John Rawls e a Constituição Federal do Brasil: O princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial Textos, Traducion: Francisco Ayala, Madrid, 2009.

SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Teoria da justiça de John Rawls. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.35, n.138, p.193-212, abr./jun., 1998.

TAVARES, André R.. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Recebido em: 09.04.2021

Aprovado em: 28.04.2023

Como citar este artigo (ABNT):

FERRI, Carlos Alberto; CAMPOS, Estevão Schultz. Direitos fundamentais: a crise da efetividade em novos patamares em decorrência da pandemia. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.48, p.60-74, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/05/DIR48-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES REGIDAS PELA LEI 14.133/2021

ARBITRATION AS A MEANS OF OUT-OF-COURT SETTLEMENT OF DISPUTES IN THE SCOPE OF THE CONTRACTS GOVERNED BY LAW 14.133/2021

Márcia Walquiria Batista dos Santos¹
Carlos Antonio Matos da Silva²

RESUMO: Este artigo analisa as condicionantes da adoção da arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsias no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021. Por meio de uma convenção de arbitragem, as partes atribuem ao árbitro ou ao tribunal arbitral a solução da controvérsia através de uma sentença arbitral, sem a participação do Estado-juiz. A Lei 9.307/1996 reconhece a jurisdicionalidade da atividade arbitral. Ademais, a Lei de Arbitragem, em caráter genérico, e a Lei 14.133/2021, para as contratações por ela regidas, evidenciam a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir litígio relativo a direito patrimonial disponível, desde que observado o princípio da publicidade. Além disso, a Lei 14.133/2021 exige e observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes para a escolha do árbitro ou tribunal arbitral.

Palavras-chave: arbitragem; contrato administrativo; direito patrimonial disponível; interesse público indisponível; licitação.

ABSTRACT: This article analyzes the conditions for the adoption of arbitration as an extrajudicial means of dispute resolution in the scope of contracts governed by Law 14.133/2021. Through an arbitration agreement, the parties assign to the arbitrator or arbitral court the resolution of the dispute through an award, without the participation of the Judiciary power. Law 9.307/1996 recognizes the jurisdictionality of the arbitral activity. Moreover, the Arbitration Law, in general terms, and Law 14.133/2021, for contracts governed by it, show the possibility of the Public Administration using arbitration to settle disputes related to available property laws, as long as the principle of publicity is observed. In addition, Law 14.133/2021 requires the observance of isonomic, technical and transparent criteria for the choice of the arbitrator or arbitral court.

Keywords: arbitration; administrative contract; available property law; inalienable public interest; licitation.

1 Pós-Doutora em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades/USP (EACH). Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP Procuradora da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” (UNESP). Professora Titular do Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito (EPD). Professora Titular de Direito Administrativo do Centro de Ensino Superior de São Gotardo/MG. Membro efetivo da Comissão Especial de Direito Constitucional da OAB/SP.

2 Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de adoção da arbitragem para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021.

Precedentemente a essa análise, será fundamental conceituar licitação, considerando a sua natureza jurídica e objetivo, a fim de compreender que a sua exigência se relaciona preponderantemente com os contratos bilaterais celebrados pela Administração Pública.

Assim, será imprescindível estudar os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero que abrange as espécies contratos privados da Administração e contratos administrativos.

Logo após, passar-se-á à análise da posição doutrinária que defende que a arbitragem é jurisdição privada, bem como do tratamento sistemático conferido a essa modalidade heterocompositiva pela Lei 9.307/1996, notadamente quanto à aplicação dos princípios da manifestação da autonomia privada e competência-competência.

Realizada a reflexão sobre a concepção atual da arbitragem, será examinada a possibilidade de adoção dessa modalidade heterocompositiva para dirimir litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos administrativos, notadamente daqueles regidos pela Lei 14.133/2021.

Para isso, além da análise casuística da conveniência da adoção da arbitragem, será estudada a eventual existência de obstáculos normativos, como os princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade.

Desse modo, para investigar as condicionantes da adoção da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021, este trabalho analisará a produção teórica de eminentes doutrinadores brasileiros, aproveitando-a no desenvolvimento de todo o texto, bem como a experiência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do tema.

2 LICITAÇÕES

2.1 Fundamento constitucional

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 22, sobre as competências legislativas privativas da União.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Observa-se que constituinte derivado reformador manteve a mesma impropriedade técnica do constituinte originário, pois conservou entre as competências legislativas privativas da União a de estabelecer normas gerais de licitação e contratação.

De fato, conforme sustentado por Fernanda Dias Menezes de Almeida, trata-se de competência legislativa concorrente, uma vez que cabe à União estabelecer normas que

assentam princípios e diretrizes, e aos demais entes federativos, normas suplementares, de acordo com as suas especificidades e interesses. Nesse sentido, à luz de suas palavras:

É que, quando se trata de competência legislativa privativa, cabe a seu titular a disciplina integral da matéria, ou seja, a normatização de todos os seus aspectos, gerais e específicos. Já o estabelecimento apenas de normas gerais (assim consideradas, entre outras, as que assentam princípios, bases, diretrizes), a cargo de um dos entes federados, cabendo aos demais suplementá-las com a edição de normas específicas, é típico da competência legislativa concorrente. É como quer a posição doutrinária que aqui de aceita, quando a Constituição confere a um ente o estabelecimento de normas gerais sobre uma matéria, automaticamente está admitindo que a hipótese é de competência concorrente.³

A competência legislativa concorrente confere à União a responsabilidade de nacionalizar o essencial, de forma não exaustiva, sem descer a pormenores. Marçal Justen Filho ensina que a norma geral pode ser identificada por seu conteúdo, por sua finalidade ou, eventualmente, por ambos os critérios.

4.1) A norma geral em virtude do conteúdo ou da finalidade

A norma geral pode ser identificada por seu conteúdo ou por sua finalidade. Eventualmente, ambos os critérios podem estar presentes concomitantemente.

4.1.1) Norma geral quanto ao conteúdo

O critério de conteúdo para identificar a norma geral funda-se na natureza das matérias disciplinadas. Segundo esse enfoque, as normas gerais versam sobre temas essenciais e fundamentais, que dão identidade a um determinado instituto pertinente à licitação ou à contratação administrativa. Assim, seriam normas gerais aquelas que consagram a definição de contrato administrativo, de licitação, de projeto básico etc.

4.1.2) Norma geral quanto à finalidade

O critério da finalidade preconiza que a norma geral versa sobre temas cujo tratamento uniforme, de todos os entes federativos, for indispensável para promover a segurança jurídica e outros valores protegidos constitucionalmente. Assim se passaria com as hipóteses de contratação direta, com a disciplina da resolução do contrato administrativo etc.⁴

Assim, a norma geral visa a tratar uniformemente as questões que extravasam o interesse local, possibilitando que cada ente federativo edite normas específicas para regular as questões de interesse peculiar.

Para além disso, é importante destacar que, até a promulgação da Emenda à Constituição 19, de 4 de junho de 1998, a despeito de existir um regime único e geral para as licitações das entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta, havia expressa vedação de aplicação do regime publicista dos contratos administrativos às empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorassem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

A Emenda à Constituição 19, de 1998, entretanto, excluiu as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, titulares de personalidade

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.) et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.802.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 19.

jurídica de direito privado, do regime geral das licitações, determinando a existência de dois regimes jurídicos diversos para as licitações administrativas. Nesse sentido, a Constituição Federal passou a dispor, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Assim, infere-se que a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encontra seu fundamento de validade no art. 37, XXI, da Carta Magna. Ademais, conclui-se que a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, possui o seu fundamento constitucional de validade no art. 173, § 1º, III, da Carta Magna.

Este trabalho científico, em razão de seu propósito, limitar-se-á ao estudo do emprego da arbitragem às licitações e contratações realizadas pelas Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.2 Conceito

José dos Santos Carvalho Filho ensina que, para conceituar a licitação, faz-se necessário considerar a sua natureza jurídica e o seu objetivo. À luz de suas palavras:

Para conceituar a licitação, de forma objetiva, não se pode deixar de considerar dois elementos, que, inclusive, serão estudados separadamente. O primeiro é a *natureza jurídica* do instituto, ou seja, como este se insere dentro do quadro jurídico. O segundo consiste no *objetivo* a que se preordena, o que, aliás, constitui a própria *ratio essendi* desse instrumento.⁵

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 246.

A Lei 14.133/2021 atribui à licitação a natureza jurídica de processo administrativo, ou seja, um procedimento administrativo⁶ em contraditório. Assim, o legislador ordinário, visando a conferir legitimidade democrática à licitação, garantiu a participação efetiva do licitante e dos demais interessados na produção do resultado final⁷.

Ademais, a Lei 14.133/2021 autoriza a modificação do encadeamento lógico dos atos administrativos destinados à produção do resultado final, a fim de tornar o processo licitatório mais eficiente, senão vejamos:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I - preparatória;
- II - de divulgação do edital de licitação;
- III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;
- VI - recursal;
- VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do *caput* deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do *caput* deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

Assim, a fase de habilitação poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder a fase de apresentação de propostas e lances e a de julgamento, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

De fato, casuisticamente, a inversão de fases poderá ocorrer quando os requisitos de habilitação forem muito relevantes, ou seja, devendo, assim, ser consideradas apenas as propostas dos licitantes que comprovem a sua idoneidade técnica e econômico-financeira para executar o objeto.

Noutro giro, o *caput* do art. 11 da Lei 14.133/2021 enumera os objetivos a serem concretamente alcançados por meio do processo de licitação, *ipsis litteris*:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

⁶ O procedimento administrativo pode ser conceituado como uma sequência ordenada de atos logicamente encadeados e destinados à produção de um resultado final. Cada ato que compõe o procedimento é regido por uma norma que lhe confere validade. Ademais, o encadeamento lógico impõe a vinculação de cada um dos atos componentes do procedimento ao seu ato antecedente e subsequente. De fato, essa questão é juridicamente relevante, pois a validade dos atos posteriores exige a compatibilidade, exaurimento e regularidade dos atos anteriores. Impende destacar que há casos em que a lei autoriza a modificação desse encadeamento de atos para a produção do resultado final.

⁷ Nesse sentido, a Lei 14.133/2021 dispõe, *ad exemplum*: “Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados. Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.”

Marçal Justen Filho elucida que a licitação, de acordo com a Lei 14.133/2021, é um instrumento para a realização concreta de resultados, e não mais um procedimento destinado a orientar a conduta de um sujeito. Assim, observa em seu livro:

A Lei 8.666/1993 aludiu à licitação como instrumento para realização de determinados fins. A Lei 14.133/2021 alude a objetivos. Trata-se de uma pequena alteração terminológica, mas que não deve ser ignorada. A expressão “fim” apresenta uma dimensão mais subjetiva, indicando uma concepção escolhida para orientar a conduta de um sujeito. Já o vocábulo “objetivo” se refere a um resultado dotado de uma dose de autonomia em face de escolhas pessoais. A alteração terminológica não implica uma ruptura radical com a estrutura conceitual da licitação, mas revela a orientação de vincular o processo de licitação à realização concreta de resultados.⁸

Posto isso, a licitação pode ser conceituada como um processo administrativo de natureza instrumental, destinado à realização concreta de resultados, consubstanciados na seleção da melhor proposta possível⁹, observância do tratamento isonômico¹⁰ entre os licitantes e promoção da inovação e desenvolvimento nacional sustentável.

3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato é o fato jurídico decorrente de uma composição de interesses, cujos efeitos são desejados pelas partes (*ex voluntate*). Logo, as partes podem escolher o ato jurídico lícito a ser praticado, bem como o seu conteúdo eficaz, que resulta da incidência de uma norma que aceita a intervenção da vontade humana. Infere-se, assim, que a manifestação de vontade e a lei são elementares causais do contrato.

Os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero, são aqueles ajustes bilaterais em que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual. O contrato da Administração, seja qual for a espécie, caracteriza-se como atividade administrativa norteada pelos critérios de conveniência e de oportunidade privativos da Administração Pública.

Os contratos privados da Administração¹¹, primeira das espécies do gênero contratos da Administração, são regulados pelo Direito Civil ou Empresarial. Assim, como os ajustes são regulados pelo direito privado, a situação jurídica da Administração se aproxima da do particular, não lhe sendo atribuídas, em regra, quaisquer prerrogativas.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 256.

9 A melhor proposta possível corresponde a uma relação custo-benefício, apresentando-se quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. De fato, a melhor proposta possível caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato.

10 A isonomia exige tratamento igual na lei e perante a lei. Não obstante, não caracterizam violação à isonomia as diferenciações realizadas pela lei e pela Administração Pública quando houver correlação lógica entre o critério de discriminação e a discriminação decidida em função dele. José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o “princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental, e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar ‘igualdade de condições a todos os concorrentes’. (...) É claro que a lei admite que o administrador, ao enunciar as regras do procedimento, defina alguns requisitos para a competição. A igualdade aqui, como bem anota IVAN RIGOLIN, é de expectativa, porque todos têm, em princípio, iguais expectativas de contratar com a Administração. Desse modo, a possibilidade efetiva de alijar licitantes do certame deve ocorrer após o instrumento de convocação, quando se verificar que não preenchem os requisitos aí demarcados.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.254).

11 À guisa de exemplo, são contratos de direito privado da Administração: a locação, a doação, a permuta e outros do gênero.

Os contratos administrativos, segunda das espécies do gênero contratos da Administração, são os contratos típicos da Administração, pois sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado. Nesse sentido, o art. 89 da Lei 14.133/2021 estabelece que os “contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

Marçal Justen Filho ensina que os contratos administrativos não apresentam idênticos caracteres. Existem, assim, os contratos administrativos de colaboração ou cooperação, que, para determinados setores da Administração Pública, são regidos pela Lei 14.133/2021, e os contratos administrativos de delegação, disciplinados por uma pluralidade de outros diplomas. Os contratos administrativos de cooperação são ajustes normalmente bilaterais e comutativos, envolvendo compras, serviços, obras e alienações, sujeitos a regime jurídico de direito público. Os contratos administrativos de delegação, por sua vez, são ajustes que versam sobre a delegação a particulares do exercício de atribuições administrativas, que desencadeiam relações jurídicas de direito público perante os administrados, mediante remuneração fundada em desempenho, e não necessariamente proveniente do erário. Ademais, esse autor sustenta que a Lei 14.133/2021 atenuou as diferenças entre contratos de cooperação e de delegação. À luz de suas palavras:

2.2) Contratos Administrativos propriamente ditos

Os contratos administrativos propriamente ditos são relações jurídicas obrigacionais, em que uma das partes integra a Administração e que é investida de prerrogativas diferenciadas, tal como previsto no art. 103 da Lei 14.133/2021. (...)

Existem duas subespécies de contrato administrativo propriamente dito, que são o contrato administrativo de cooperação e o contrato administrativo de delegação. Essa distinção foi consagrada desde os primórdios da evolução do direito administrativo francês, ao qual se filia o direito brasileiro.

2.3) Contrato administrativo de cooperação

O contrato administrativo de cooperação tem por objeto prestação determinada, a ser executada por uma das partes para integração no patrimônio da outra.

Esses contratos usualmente são bilaterais e comutativos. Ou seja, impõem prestações a ambas as partes e tais prestações apresentam uma equivalência econômica. (...)

Tais contratos envolvem usualmente desembolso de recursos por parte da Administração em favor do particular. Esses contratos cujo objeto é definido com uma dose significativa de precisão e seu prazo em geral é mais reduzido.

A Lei 14.133/2021 disciplina contratos administrativos de cooperação praticados por determinados setores da Administração Pública.

2.4) Contrato administrativo de delegação

O contrato administrativo de delegação tem por objeto a atribuição a um sujeito privado do desempenho perante terceiros de atribuições de titularidade da Administração Pública, mediante remuneração fundada em seu desempenho e não necessariamente proveniente do erário.

(...)

Esses contratos abrangem especificamente as parcerias público-privadas, as concessões e as permissões de serviço público. Existe uma pluralidade de leis disciplinando essas contratações. Podem ser referidas a Lei 8.987/1995

(Lei Geral de Concessões) e a Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs), entre outras.
(...)

2.7) A atenuação das diferenças

A distinção entre contratos de cooperação e de delegação é fundamental. No entanto, a dinâmica da realidade vem conduzindo à atenuação das distinções entre as duas espécies de contratações acima referidas. Esse fenômeno é constatado na disciplina da própria Lei 14.133/2021. Assim, por exemplo, os regimes de contratação integrada e semi-integrada se constituem em soluções anteriormente praticadas apenas no âmbito dos contratos de delegação. Por igual, o regime de remuneração variável, tal como previsto nos contratos de eficiência, encontra a sua origem nos contratos de delegação.

Essas ponderações não significam reconhecer a superação da distinção entre contratos de delegação e de cooperação.¹²

Posto isso, infere-se que é o regime jurídico que, verdadeiramente, marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

De mais a mais, é importante ressaltar que a Lei 14.133/2021¹³, em regra, não se refere aos contratos unilaterais, tampouco aos atos de disposição praticados em benefício da Administração¹⁴.

Com efeito, a exigência de prévia licitação relaciona-se preponderantemente com os contratos bilaterais celebrados pela Administração Pública, que, na grande maioria, são comutativos ou sinalagmáticos, pois há a troca no patrimônio de cada parte. Logo, durante a execução do contrato administrativo, o contratado tem de realizar determinada prestação, que corresponderá ao dever de a Administração adimplir a sua prestação.

Para além disso, a Lei 14.133/2021¹⁵ não contempla a prerrogativa ou competência anômala¹⁶ de a Administração descumprir as obrigações decorrentes do contrato

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 65-67.

13 A Lei 14.133/2021 prevê: “Art. 2º Esta Lei aplica-se a: I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

14 “Mas há hipóteses de contratos unilaterais em favor da Administração, em que se impõe a realização da licitação. A ausência de obrigação de pagamento por parte da Administração não conduz, de modo necessário e inafastável, à desnecessidade da licitação. É indispensável assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa, tal como o tratamento isonômico entre diversos potenciais interessados. (...) Pode haver casos em que a gratuidade da prestação executada em favor da Administração envolve uma solução que não se configura como a mais vantajosa. Assim se passa, de modo especial, nos casos em que a Administração necessitará realizar outros desembolsos para obter o resultado pretendido. (...) Outra hipótese de licitação obrigatória é aquela em que a liberalidade do particular é acompanhada de interesse pessoal indissociável. Isso se passa quando o particular estiver em condições de auferir vantagens não diretamente em face da Administração, mas quanto a terceiros. A liberalidade em favor da Administração será contrabalançada por benefício obtido no relacionamento com outros. Em muitos casos, a situação assemelha-se a uma concessão de bens ou serviços públicos. Poderá, inclusive e se for o caso, aplicar-se a legislação correspondente.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666/1993*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.73, E-Book).

15 A Lei 14.133/2021 dispõe: “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato. § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese prevista no inciso I *do caput* deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

16 “Por tradição essas competências são denominadas de “prerrogativas”, mas isso não deve induzir o aplicador a uma interpretação literal. Não existe, num Estado Democrático de Direito, *prerrogativas* nem *privilégios*, na acepção medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Presume-se que as finalidades buscadas pela atividade administrativa do Estado não poderiam ser satisfatoriamente atingidas se houvesse a aplicação do regime jurídico de direito privado. Portanto, o Direito atribui competências anômalas à Administração Pública. Por meio delas, o Estado pode cumprir os deveres a si impostos.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.1280).

administrativo. De fato, assegurada a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras, essa lei atribui à Administração o poder-dever de inovar, de modo unilateral, as condições originalmente pactuadas no contrato administrativo, sempre que presentes os pressupostos normativos que visam à realização adequada e satisfatória de interesse público indisponível.

4 ARBITRAGEM

A arbitragem é um mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias em que as partes, por meio da convenção de arbitragem, conferem ao árbitro, ou ao tribunal arbitral, a solução definitiva de seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.¹⁷

Joel Figueira Jr. ensina que a arbitragem caracteriza-se como uma porta de acesso à ordem jurídica justa, “assim compreendida como harmonia dos sistemas e instrumentos processuais com a tutela jurisdicional oferecida, de maneira a ofertar ao consumidor do direito soluções em tempo razoável, compatível com a lide, com segurança, justiça na decisão e cabal efetividade”¹⁸, possibilitando às partes atribuírem, consensualmente, a solução da controvérsia a terceiro imparcial, não integrante do Poder Judiciário.

No mesmo sentido, José Francisco Cahali ensina que:

Na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição, aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. Caracteriza-se, assim, como um método adversarial, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida por integrante do Poder Judiciário.¹⁹

Tira-se por conclusão que o ponto fulcral da arbitragem é a autonomia privada²⁰. “Com efeito, dois são os elementos da disciplina jurídica da arbitragem contemporânea a dar efetividade à autonomia da vontade: a irrevogabilidade unilateral da convenção arbitral e a possibilidade de se buscar judicialmente a instituição da arbitragem.”²¹

Para além da autonomia para celebrar a convenção de arbitragem, a Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) assegura a possibilidade do estabelecimento de qualquer arranjo procedimental, desde que respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento²². “A flexibilidade do procedimento, portanto, é mais uma das vantagens

17 Nesse sentido, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe, *in verbis*: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...) Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

18 FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.105.

19 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 43.

20 A autonomia da vontade, símbolo do individualismo, foi substituída pela autonomia privada, símbolo da socialidade e eticidade. A autonomia privada, efetivamente, limita a autonomia da vontade por meio da incidência da boa-fé objetiva, solidariedade social e equilíbrio material entre as prestações, bem como da vedação ao abuso de direito. Enfim, a autonomia privada, hodiernamente, deve relacionar o plano normativo (morfante o dos direitos fundamentais) com o plano da realidade social, pois o negócio jurídico não deve interessar apenas às partes, mas cumprir, sempre que possível, uma função socialmente significativa.

21 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.35.

22 O art. 21 da Lei 9.307/1996 dispõe, *ad litteram*: “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

oferecidas pela arbitragem, com a possibilidade das partes, a partir do caso concreto, definirem o procedimento mais adequado.”²³

Ademais, a Lei de Arbitragem possibilita às partes definirem o direito material a ser aplicado para dirimir o litígio, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. É possível, outrossim, que as partes determinem que o litígio será solucionado com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. As partes podem, ainda, definir que o árbitro ou o tribunal arbitral julgue por equidade.

Pelo que se viu, pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Em outros termos, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isto possa ensejar qualquer vício no julgamento. Ao conceder poderes para julgar por equidade, não podem as partes esperar que obrigatoriamente o árbitro afaste o direito positivo, o que configura mera faculdade, como se percebe claramente: neste caso, porém, será sempre interessante que o árbitro explique que apesar da autorização para julgar por equidade, está aplicando o direito posto por considerar adequada a solução dada pela lei ao caso concreto.

Numa visão francamente realista, não se pode deixar de notar que a arbitragem *ex aequo et bono* submete as partes a sérios riscos, pois o que parece justo a elas pode não parecer ao árbitro (e vice-versa). Assim, podendo ser negligenciadas limitações legais e regras de direito material, a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes!²⁴

Infere-se que a arbitragem, hodiernamente, em razão da incontroversa crise do Poder Judiciário, constitui adequada modalidade heterocompositiva para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, haja vista a qualidade de seus procedimentos e decisões.

4.1 Arbitragem como jurisdição

A natureza jurídica da arbitragem sempre foi tema de grande divergência.

A teoria privatista, que tratava a arbitragem como manifestação da autonomia privada, até o advento da Lei de Arbitragem, não encontrava dificuldade para ser sustentada, uma vez que o laudo arbitral só se aperfeiçoava com a chancela da autoridade do Estado-juiz.

Hodiernamente, o entendimento doutrinário dominante é no sentido de que a Lei de Arbitragem adotou a teoria jurisdicional, uma vez que a “jurisdição arbitral é outorgada por lei *in abstracto*, e atribuída *in concreto* ao árbitro pelas partes que assim quiserem”²⁵. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona, um dos notáveis autores da Lei 9.307/1996, ensina que:

O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacanha de jurisdição, não há lição mais

23 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 282.

24 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66-67, E-book.

25 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.135.

concisa e direta que a de Giovanni Verde: “[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes”.

(...)

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. (...)

O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.²⁶

De fato, a Lei de Arbitragem dispõe que o árbitro é juiz de fato e de direito²⁷, e que a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, produzindo, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial. Logo, a sentença arbitral obriga as partes, transferindo-se ao Estado-juiz apenas a execução da obrigação descumprida, uma vez que a Lei nº 9.307/1996 não outorga ao árbitro os poderes de coerção e execução de suas decisões (*coertio* e *executio*), por corresponderem, inegavelmente, ao uso concreto ou potencial da força. Ademais, o árbitro, no exercício de sua ação cognitiva, deve proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção²⁸, a fim de aplicar o direito ao caso concreto.

De mais a mais, a Lei de Arbitragem expressamente prevê o princípio *kompetenz-kompetenz*, cabendo ao árbitro decidir sobre a sua própria competência ou jurisdição²⁹. Com efeito, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/1996, o árbitro ou tribunal arbitral decidirá sobre a possibilidade de o litígio relativo a direito patrimonial disponível ser dirimido por meio da jurisdição privada, ante a inexistência de vício na convenção de arbitragem ou no contrato que contenha a cláusula compromissória.

26 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27, E-book.

27 O art. 18 da Lei 9.307/1996 dispõe: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

28 Nesse sentido, a Lei 9.307/1996 estabelece: “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.”

29 Francisco José Cahali defende que, tecnicamente, o árbitro possui competência para decidir sobre a sua jurisdição, afastando, assim, a jurisdição estatal, e não a competência de um órgão do Poder Judiciário. À luz de suas palavras: “Na verdade, embora se traduza como princípio da *competência-competência*, e assim se refira a doutrina ao identificar esta regra, como antes referido, se contém neste princípio a essência da jurisdição que, *in abstracto*, é inerente ao árbitro, pois se atribui a ele, *in concreto*, o poder de avaliar o litígio a ele submetido e concluir pela inviabilidade de sua apreciação no seu próprio juízo arbitral, ou seja, diz o árbitro que a matéria não é arbitrável, e, assim, de ser por ele apreciada. Desta forma, a regra confirma uma vez mais a opção legislativa de outorgar jurisdição ao juízo arbitral. Neste caminho a doutrina, à qual nos filiamos, diz que o princípio da competência-competência deveria ser da ‘jurisdição-jurisdição’. O árbitro tem competência para avaliar a possibilidade de o litígio ser submetido à sua jurisdição ou não, haja vista a natureza jurisdicional da arbitragem.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.151).

Não se pode olvidar, entretanto, que a Lei 9.307/1996 possibilita ao Estado-juiz o controle *a posteriori*³⁰ das decisões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Desse modo, após o árbitro ou tribunal arbitral proferir a sentença, a parte poderá propor a ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem³¹.

Para além disso, o art. 21 da Lei 9.307/1996 estabelece que a “arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.” Logo, desde que respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, bem como os requisitos da sentença arbitral, as partes podem estabelecer as regras procedimentais particulares e adequadas ao caso concreto, optando, inclusive, pela incidência de regras do Código de Processo Civil.

5 Adoção da arbitragem para dirimir controvérsias nas contratações regidas pela Lei 14.133/2021

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes da edição da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, já admitia a utilização da arbitragem para a solução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos.

Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento de mérito do Recurso Especial 904.813 – PR, afirmou que a previsão do juízo arbitral, no lugar do foro da sede da Administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia relacionada a direito patrimonial disponível, não vulnera o princípio da vinculação das partes ao edital de licitação, pois não há falar que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para a solução de controvérsias. Assentou, ademais, que, embora seja cláusula obrigatória do contrato administrativo, a cláusula de foro não pode ser considerada essencial e incompatível com a convenção de arbitragem, uma vez que as áreas de abrangência de uma de outra são distintas, inexistindo qualquer conflito. Aduziu, outrossim, que, no âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para dirimir controvérsias relacionadas a direitos indisponíveis, sendo necessária, portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos.

A Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, teve o seu âmbito de aplicação ampliado pela Lei 13.129/2015, para o fim de prever a possibilidade de a Administração Pública Direta e Indireta utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, *in verbis*:

30 Esse controle *a posteriori* visa a evitar que a parte, com o intuito de protelar a solução do litígio por meio da jurisdição privada, buscase o Estado-juiz para decidir, primeiramente, sobre a competência, suspeição ou impedimento do árbitro, assim como acerca da nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem.

31 A Lei de Arbitragem, ao tratar do controle *a posteriori* da decisão do árbitro que reconheceu a sua competência, estabelece, *ad litteram*: “Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. (...) § 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei. (...) Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Assim, a Lei de Arbitragem passou a evidenciar, em caráter genérico, a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem como meio de solução extrajudicial de litígio relativo a direito patrimonial disponível.

A Lei 14.133/2021, no mesmo sentido, prevê que, nas contratações por ela regidas, é possível o emprego de diversos meios de solução extrajudicial de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, senão vejamos:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

É importante destacar que a conveniência da adoção da arbitragem deve ser analisada casuisticamente, por meio de um juízo de adequação que vise a atender às finalidades para as quais a utilização desse meio de solução extrajudicial de litígios foi prevista no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles, por intermédio de seu livro, ensina:

De fato, no cotejo entre arbitragem e processo judicial, importante considerar que “a linha de demarcação entre custo e benefício é sutil, e frequentemente aquilo que em certo momento parece um elemento negativo ou positivo pode induzir a optar pela arbitragem ou pelo processo ordinário, mais tarde, no caso concreto, pode assumir valor oposto e revelar-se como elemento impeditivo”.

(...) Mesmo no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, não é possível afirmar, abstratamente, a maior celeridade, economicidade ou mesmo qualidade e eficiência da sentença arbitral, isso por que não preponderam, a esse respeito, fatores estruturais dos mecanismos de solução de controvérsias em comparação, mas características institucionais e funcionais localizadas, cuja generalização acaba por se desprezar, levando a conclusões equivocadas.

(...)

Diversamente do que ocorre na relação entre particulares, na qual a opção pela arbitragem está submetida apenas à vontade dos sujeitos, o motivo é parte integrante do ato administrativo, o qual deve atender às finalidades para as quais a permissão para utilização desse mecanismo foi prevista em lei. (...) Necessário, portanto, discutir quais parâmetros devem servir

de base à decisão administrativa pela arbitragem e devem ter servido de fundamento aos permissivos legais em cada caso.³²

Nesse cenário, à guisa de exemplo, aponta-se que a opção pela arbitragem ocorre, normalmente, nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte.

As licitações e contratações referentes a obras, serviços e fornecimentos de grande vulto³³ normalmente são financiadas por agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro de que o Brasil seja parte. Assim, haverá um contrato de mútuo celebrado entre a instituição estrangeira e a entidade integrante da Administração Pública brasileira, bem como um contrato administrativo firmado entre esta entidade e o sujeito privado contratado.

Impende destacar que o art. 1º, § 3º, da Lei 14.133/2021³⁴ prevê a possibilidade de afastamento de suas normas e a aplicação das normas e procedimentos da instituição estrangeira para a seleção e contratação do sujeito privado. Todavia, o afastamento da incidência da legislação doméstica somente será admitido se: a) for um requisito para o aperfeiçoamento do contrato de doação ou financiamento; b) houver acordo prévio entre a instituição estrangeira e a entidade integrante da Administração Pública Brasileira; e c) não ofender a soberania nacional, a indisponibilidade de interesses fundamentais e os princípios constitucionais que disciplinam a atividade administrativa do Estado.

Assim, por exemplo, nos contratos de financiamento celebrados com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), há a recomendação expressa de inclusão da arbitragem comercial internacional nos contratos de aquisição de bens e contratação de obras, senão vejamos:

2.43 As condições do contrato conterão dispositivos a respeito da legislação aplicável e foro para a solução de controvérsias. A arbitragem comercial internacional tem vantagens práticas em relação a outros métodos de solução de controvérsias. Assim, o Banco recomenda aos Mutuários a inclusão dessa forma de arbitragem nos contratos de aquisição de bens e contratação de obras. O Banco não poderá ser designado como árbitro nem se poderá solicitar ao Banco que designe árbitro. No caso de contratos de obras, de fornecimento e instalação, e contratos de empreitada integral, a cláusula relativa à solução de controvérsias estabelecerá, também, mecanismos tais como juntas de revisão de controvérsias ou árbitros, cuja designação vise possibilitar a solução mais rápida.³⁵

Embora se trate de uma recomendação, e não de um requisito para o aperfeiçoamento do contrato de financiamento com o BID, a conveniência da adoção da arbitragem comercial

32 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.30-32.

33 O art. 6º, XXII, da Lei 14.133/2021 define como obras, serviços e fornecimentos de grande vulto “aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)”.

34 “Art. 1º. (...) § 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas: I - condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República; II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que: a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação; b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor; c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;”

35 BRASIL. Políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento. Revisão BID-Brasil, 20 de janeiro de 2012. Disponível em: https://www.economia.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2017-11/politicas-bid-obras-e-bens--gn-2349-9--rev_-09-1.pdf. Acesso em: 04 mai. 2022.

internacional como meio de solução de controvérsias no âmbito do contrato administrativo decorre da possibilidade de assegurar a incidência de soluções praticadas no âmbito do mercado internacional, notadamente porque, em regra, nas licitações e contratações referentes a obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, há a participação de licitantes estrangeiros³⁶.

Além da análise casuística da conveniência da adoção da arbitragem, há, ainda, a necessária superação de obstáculos normativos, como a observância: a) dos princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade; e b) dos critérios isonômicos, técnicos e transparentes no processo de escolha do árbitro ou tribunal arbitral.

5.1 Os princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade como obstáculos aparentes

Verdadeiramente, os interesses públicos são titularizados pela coletividade. Assim, a Administração Pública tem, nos termos da lei, o poder-dever de gerir, conservar e velar pelos interesses públicos que lhe foram confiados.

Observa-se, entretanto, que tanto a Lei 9.307/1996, que teve o seu âmbito de aplicação ampliado pela Lei 13.129/2015, como a Lei 14.133/2021 possibilitam a utilização da arbitragem pela Administração Pública para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Com efeito, diante da expressa autorização legislativa, o princípio da indisponibilidade do interesse público consiste apenas num obstáculo aparente, pois não inviabiliza a adoção da arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsia relativa a direito patrimonial disponível.

A discussão concentra-se, então, no fato caracterizador do direito patrimonial disponível, ou seja, na arbitrabilidade objetiva (matérias que podem ser decididas pela arbitragem).

No contrato administrativo, os direitos indisponíveis são aqueles que restringem os direitos do contratado no interesse da coletividade. Assim, não é possível a utilização da arbitragem para dirimir litígios relacionados ao poder-dever de a Administração: a) fiscalizar a execução do contrato administrativo; b) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e c) inovar, de modo unilateral, as condições originalmente pactuadas no contrato administrativo, sempre que presentes os pressupostos normativos.

Os direitos patrimoniais disponíveis, por sua vez, são aqueles bens e direitos subjetivos da Administração Pública, de dimensão patrimonial, que comportam renúncia, transação e alienação, desde que respeitados os limites determinados pelo ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho ensina que há confusão terminológica entre interesse público e direitos subjetivos de titularidade da Administração Pública. Para esse autor, o interesse público relaciona-se com os fins últimos que justificam a existência do Estado, ao passo que os direitos subjetivos de titularidade da Administração Pública possuem dimensão patrimonial, podendo ser objeto de renúncia, disposição ou alienação. À luz de suas palavras:

A controvérsia sobre o cabimento da arbitragem em contratações administrativas foi influenciada por uma confusão terminológica. Tradicionalmente, reconhece-se que o interesse público não é disponível. As a expressão “interesse público”, utilizada em tais hipóteses, não se confunde com direitos subjetivos de titularidade da Administração Pública. No âmbito do direito administrativo, o “interesse público é um conceito

36 O art. 6º, XXXV, da Lei 14.133/2021 define licitação internacional como a “licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro”.

específico, relacionado com os fins últimos que justificam a existência do Estado. Apresenta um sentido próximo a “Bem Comum”. Considerando a questão sob esse enfoque, a indisponibilidade do interesse público significa a vedação à busca pelo agente administrativo de qualquer finalidade distinta do interesse coletivo. Daí não se segue que todos os direitos subjetivos atribuídos ao Estado sejam indisponíveis.

O Estado é investido da titularidade de bens e de direitos de dimensão patrimonial, que podem ser objeto de alienação, renúncia e disposição.

A arbitragem não envolve o comprometimento da Administração Pública com a realização do interesse público, mas se refere a litígios que versam sobre o relacionamento jurídico com terceiros, tendo por objeto direitos subjetivos de natureza patrimonial.³⁷

Carlos Alberto de Salles elucida que ocorre uma indevida extensão da indisponibilidade do interesse público ao regime jurídico a que se submetem os bens do Estado. Reconhece que, a despeito de os bens públicos estarem vinculados ao atendimento de finalidades públicas, essa vinculação não impossibilita a sua disponibilidade, desde que atenda a determinada finalidade e o ato de disposição observe o devido processo legal administrativo, notadamente os postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Revela, ademais, que, excepcionalmente, há bens públicos que são deveras indisponíveis, quando afetados a um caráter coletivo. Assim, por meio de seu livro, explica:

O problema a esse respeito reside no fato de ocorrer uma indevida extensão da afirmada indisponibilidade do interesse público, ao regime jurídico a que se submetem os bens do Estado. O engano está na falsa premissa de que “sendo o interesse público indisponível e sendo os bens públicos meros instrumentos para a consecução desse interesse, os bens seriam, por conseguinte, também indisponíveis.”

(...)

Dessa vinculação, todavia, não é significativa da impossibilidade modificação da titularidade do bem público. Tal expressão não indica mais do que a vinculação de um bem a uma finalidade específica. Novamente, não se verifica propriamente uma indisponibilidade.

Respeitadas as finalidades a que se destinam, atos de disposição, com a transferência de sua titularidade, do Estado para o particular, ocorrerem trivialmente pelo Poder Público.

A administração pública, por exemplo, quando realiza o pagamento de uma obra ou uma simples campanha de vacinação, está dispondo de bens públicos. (...) Nas duas hipóteses há evidente exercício de disponibilidade de recursos públicos. Não se argumenta haver nesses casos mera retribuição, pois o pagamento contratual inclui parcela de lucro pelo prestador de serviço e a vacina pode – e deve – ser aplicada mesmo a quem nunca pagou um tributo.

(...)

É preciso insistir quanto à inexistência de uma regra de *indisponibilidade material* em relação aos bens públicos. A afirmada “indisponibilidade” indica não mais que uma disponibilidade condicionada, consistente na existência de um vínculo de finalidade e a necessidade do ato de disposição observar a determinados requisitos, expressos na forma de um *devido processo legal administrativo*.

Apenas excepcionalmente, como destaque no item anterior, ocorrem situações de indisponibilidade material de bens públicos. Essas situações têm lugar

37 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1582.

quando a um bem público se empresta um caráter coletivo, em razão, por exemplo de um atributo ambiental ou de um valor cultural incidente sobre um imóvel.³⁸

Para além disso, tanto art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996 como o art. 152 da Lei 14.133/2021 dispõem que a arbitragem observará o princípio da publicidade.

O princípio da publicidade visa a dar transparência aos atos administrativos e jurisdicionais, assim como contribuir para a concretização da moralidade, imparcialidade e eficiência. De fato, a publicidade robustece a confiança da coletividade na Administração Pública e no Poder Judiciário, pois possibilita o controle dos atos praticados pelos agentes públicos no exercício de suas funções.

Assim, a despeito de a confidencialidade³⁹ da arbitragem ser a regra - seja por força da convenção de arbitragem, seja pela previsão no regulamento da instituição arbitral aceita pelas partes, uma vez que possibilita que os segredos empresariais, defeitos de produtos ou serviços e aspectos contábeis sejam preservados -, o processo arbitral em que a Administração Pública for parte terá de observar, necessariamente, o princípio da publicidade.

Todavia, impende ressaltar que essa observância ao princípio da publicidade restringir-se-á à Administração Pública.

Não há falar que o árbitro ou o tribunal arbitral possuirá o dever de prestar informações relativas a atos praticados e decisões proferidas no processo arbitral em que a Administração Pública for parte, notadamente porque, nos termos do art. 13, § 6º, da Lei 9.307/1996, o árbitro, no desempenho de sua função, “deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

O contratado, da mesma forma, não possuirá o dever de prestar informações inerentes ao processo arbitral em que participar, pois o segredo de seu negócio compõe o estabelecimento empresarial, que se encontra protegido pelo sistema constitucional brasileiro, uma vez que decorre da livre iniciativa e da livre concorrência.

Marçal Justen Filho, por meio de seu livro, ensina que:

No setor privado, é usual a previsão do sigilo no tocante aos processos e às decisões arbitrais.

No entanto, a publicidade inerente à atividade administrativa não é compatível com a manutenção do sigilo das ações e omissões relativas às controvérsias de que participe a Administração Pública.

Mas essa exigência de publicidade é exigível do litigante público. Ou seja, não cabe ao árbitro dar ao conhecimento generalizado as suas decisões. Ninguém é autorizado a exigir que o árbitro, ou a câmara arbitral que administrar o processo arbitral, divulgue os eventos verificados no curso de uma arbitragem.

Os interessados dispõem da faculdade de exigir que a entidade administrativa divulgue os eventos a ela pertinentes. Isso compreende inclusive aqueles ocorridos no bojo de um processo arbitral.⁴⁰

38 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 293-295.

39 “A lei 9307/96 não prevê expressamente a confidencialidade como regra obrigatória, mas no rol dos deveres dos árbitros, o artigo 13, § 6º, prevê que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Também o artigo 189, IV, do Código de Processo Civil de 2015 prevê o segredo de justiça em processos que versem sobre arbitragem, inclusive sobre o cumprimento da carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p.36).

40 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1588.

Destarte, conclui-se que os princípios da indisponibilidade do interesse público e publicidade não são obstáculos à adoção da arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsias no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021.

5.2 O processo de escolha dos árbitros

O art. 154 da Lei 14.133/2021 dispõe que o processo de escolha dos árbitros e dos colegiados arbitrais observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Logo, a indicação do árbitro ou tribunal arbitral deve ser fundada na especialização sobre a matéria a ser decidida pela arbitragem, experiência na administração de processos arbitrais com a Administração Pública e confiabilidade decorrente de sua idoneidade e competência.

Com efeito, trata-se de ato discricionário que traduz uma avaliação quanto à solução mais satisfatória e adequada.

Hodiernamente, os entes federativos, em regra, têm realizado o cadastramento de câmaras arbitrais, que consiste na criação de uma lista referencial das entidades que cumprem requisitos mínimos para serem indicadas para administrar procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública.

À guisa de exemplo, há o Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019⁴¹, que dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

Importante destacar que o cadastramento de câmaras arbitrais, por si só, não caracteriza vínculo contratual entre a Administração Pública e as câmaras arbitrais cadastradas, tampouco gera qualquer direito subjetivo de escolha para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos administrativos celebrados.

6 CONCLUSÃO

O desafio deste trabalho foi discutir as condicionantes da adoção da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021.

Precedentemente a esse estudo, foi fundamental conceituar licitação, considerando a sua natureza jurídica e objetivo, e os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero que abrange as espécies contratos privados da Administração e contratos administrativos.

Assim, como a Lei 14.133/2021 atribui à licitação a natureza jurídica de processo administrativo e autoriza, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes,

41“Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. § 1º O credenciamento de que trata o *caput* consiste em cadastro das câmaras arbitrais para eventual indicação futura em convenções de arbitragem e não caracteriza vínculo contratual entre o Poder Público e as câmaras arbitrais credenciadas. § 2º A Advocacia-Geral da União disciplinará a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos no *caput* e poderá estabelecer outros para o credenciamento das câmaras arbitrais. Art. 11. A convenção de arbitragem poderá estipular que a indicação da câmara arbitral que administrará o procedimento arbitral será feita pelo contratado, dentre as câmaras credenciadas na forma prevista no art. 10. § 1º A administração pública federal poderá, no prazo de quinze dias, manifestar objeção à câmara escolhida, hipótese em que a parte que solicitou a instauração da arbitragem indicará outra câmara credenciada, no prazo de quinze dias, contado da data da comunicação da objeção. § 2º A indicação da câmara arbitral escolhida e a sua eventual objeção serão feitas por correspondência dirigida à outra parte, ainda que a cláusula compromissória estabeleça que esta escolha será promovida logo após a celebração do contrato de parceria. § 3º A câmara arbitral indicada poderá ser substituída antes do início da arbitragem, desde que com a anuência de ambas as partes, independentemente da celebração de termo aditivo ao contrato de parceria.”

a modificação do encadeamento lógico dos seus atos administrativos, desenvolveu-se a concepção de que a licitação se trata de um instrumento para a realização concreta de resultados, consubstanciados na seleção da melhor proposta possível, observância do tratamento isonômico entre os licitantes e promoção da inovação e desenvolvimento nacional sustentável.

Analisou-se, outrossim, que os contratos da Administração, cuja noção corresponde a um gênero, são aqueles ajustes bilaterais em que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual.

Os contratos privados da Administração, primeira das espécies do gênero, são regulados pelo Direito Civil ou Empresarial, razão pela qual não são atribuídas, em regra, quaisquer prerrogativas à Administração.

Os contratos administrativos, segunda das espécies do gênero, são os contratos que sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado. Ademais, observou-se que os contratos administrativos de colaboração ou cooperação são ajustes normalmente bilaterais e comutativos, envolvendo compras, serviços, obras e alienações. Os contratos administrativos de delegação, por sua vez, são ajustes que versam sobre a delegação a particulares do exercício de atribuições administrativas, que desencadeiam relações jurídicas de direito público perante os administrados, mediante remuneração fundada em desempenho, e não necessariamente proveniente do erário.

Ademais, estudou-se que a arbitragem é uma vantajosa e adequada modalidade heterocompositiva para solucionar com definitividade litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sem a participação do Estado-juiz. Assim, por meio de uma convenção de arbitragem, as partes atribuem ao árbitro ou ao tribunal arbitral a solução da controvérsia através de uma sentença arbitral, que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial.

A Lei 9.307/1996 reconheceu a jurisdicionalidade da atividade arbitral, o que se infere pela técnica legislativa empregada, que assegura a garantia do devido processo constitucional no desenvolvimento da arbitragem e a equiparação da sentença arbitral à sentença proferida pelo Estado-juiz. Além disso, essa lei privilegiou os princípios da manifestação da autonomia privada, competência-competência, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro, todos caros à arbitragem.

Observou-se, igualmente, que a Lei de Arbitragem, em caráter genérico, e a Lei 14.133/2021, para as contratações por ela regidas, evidenciam a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem como meio de solução extrajudicial de litígio relativo a direito patrimonial disponível.

Logo, inferiu-se que é possível o emprego da arbitragem para a solução extrajudicial de controvérsias relacionadas a bens e direitos subjetivos da Administração Pública, de dimensão patrimonial, que comportem renúncia, transação e alienação, desde que respeitados os limites determinados pelo ordenamento jurídico. De resto, a despeito de a confidencialidade da arbitragem ser a regra, percebeu-se que o processo arbitral em que a Administração Pública for parte terá de observar, necessariamente, o princípio da publicidade, cujo respeito restringir-se-á à Administração Pública.

Por derradeiro, especificamente nos termos da Lei 14.133/2021, estudou-se que a indicação do árbitro ou tribunal arbitral tratar-se-á de ato discricionário, fundada na especialização sobre a matéria a ser decidida pela arbitragem, experiência na administração de processos arbitrais com a Administração Pública e confiabilidade decorrente de sua idoneidade e competência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento. Revisão BID-Brasil, 20 de janeiro de 2012. Disponível em: https://www.economia.go.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2017-11/politicas-bid-obras-e-bens--gn-2349-9--rev_-09-1.pdf. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 904.813 – PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de outubro de 2011.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.) et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. *E-book*.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666/1993*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-Book*.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Recebido em: 18.07.2022

Aprovado em: 03.04.2023

Como citar este artigo (ABNT):

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; SILVA, Carlos Antonio Matos da. A arbitragem como meio de solução extrajudicial de controvérsias no âmbito das contratações regidas pela Lei 14.133/2021. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.48, p.75-94, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/07/DIR48-04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

O QUE PASSA PELAS GRADES E SE FAZ DESDE A RUA: RETRATO DA FORMAÇÃO DE UM CONSELHO DA COMUNIDADE

WHAT LIVES THROUGH THE CAGE IS BORN IN THE STREET: PORTRAIT OF THE FORMATION OF A COMMUNITY COUNCIL

Ana Gabriela Mendes Braga¹
José Eduardo Adami de Jesus²

RESUMO: A presente investigação analisa, a partir dos registros e falas das personagens envolvidas, a criação do Conselho da Comunidade sobre sistema penitenciário em Franca-SP. Sua instituição foi fruto da mobilização das familiares de pessoas presas – principalmente mulheres – que sofrem (com) a prisão de seus entes. A partir da análise do processo da criação do Conselho mapeamos as expectativas e demandas daqueles que se estabeleceram como primeiros conselheiros(as). Para tanto, realizamos uma pesquisa qualitativa de inspiração etnográfica através da observação participante nos encontros mensais do órgão, entrevistas semiestruturadas com as personagens envolvidas nesta articulação e análise documental das atas das reuniões de formação – além de outras comunicações oficiais. O Conselho da Comunidade pôde ser visto como um potencial agregador da sociedade civil com a prisão, compondo não somente aquilo que se desestrutura com sua existência, mas o que se comunica e se constrói a partir (ou apesar) dela. Trata-se de uma tentativa de contribuir para que se possa pensar a prisão em movimento e em relação, a partir de processos e articulações inconclusas que agregam a comunidade e os espaços acadêmicos.

Palavras-chave: cárcere; comunidade; conselho; extensão; universidade.

ABSTRACT: The present research analyzes the creation of the “Community Council” on the penitentiary system in Franca-SP, based on the records and speeches of the characters involved. This mobilization was a form of contestation to reports of abuses that arose from the relationship between the prison institution and family members – especially women – who suffer the imprisonment of their loved ones. From the records of the process of creation of the council, we’ll map the expectations and demands of those who established themselves as the first members of the council. For that purpose, we conducted a qualitative analysis of ethnographic inspiration, through participant observation in monthly meetings, semi-structured interviews with the characters involved in this articulation and documentary analysis of the minutes of the creation meetings and other official communications. The Community Council could be seen as a potential aggregator of those who communicate with the prison some way, composing not only what is disrupted with its existence, but what is communicated, what is constructed from and despite it. It is an attempt to contribute to thinking about prison in movement and in relation, based on unfinished processes and articulations that aggregate the community and academic spaces.

Keywords: community; council; extension; prison; university.

1 Pós-doutora pelo Centro em Rede de Investigação em Antropologia (CRIA - UMinho) com bolsa BPE FAPESP (Processo 2018/10750-0) e à Universidade em Brasília (UnB). Doutora e Mestra em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo (USP), com período sanduíche junto ao Departamento de Antropologia da Universitat de Barcelona (UB) com Bolsa Capes de Doutorado Sanduíche (Processo: 99999.001015/2010-09). Professora de Graduação e Pós-graduação em Sentido Estrito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, Franca. Coordenadora do NEPAL (Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades) e do projeto de Extensão “Cárcere, Expressão e Liberdade” (CEL).

2 Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, Franca. Ex-Integrante do Grupo de Extensão Universitária “Cárcere, Expressão e Liberdade” (CEL). Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Esta é a lei. Mas há alguma coisa que, se me faz ouvir o primeiro e o segundo tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina — porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro.³

As palavras que abrem este texto ilustram algumas das inquietações que surgiram da conjugação campo-pesquisador(a) no decorrer da pesquisa. Encontramos na literatura, além de inspiração, um grande repertório de narrativas sobre conhecimento jurídico e o funcionamento cotidiano do sistema de justiça. Ainda que “esta seja a lei” – como a autora entoava – percebemos que a aproximação com uma realidade, mesmo que socialmente distante, pode reverberar em uma dupla dimensão das personagens envolvidas: no sentido de estruturar ainda mais os muros ou como uma possibilidade de fragilizar edifícios e ensejar perfurações.

O trecho acima é de uma crônica de Clarice Lispector baseada na notícia da execução de um homem pela polícia carioca em 1962. A partir dela se questiona: “É, suponho que é em mim, como um dos representantes do nós, que devo procurar por que está doendo a morte de um facínora. E por que é que mais me adianta contar os treze tiros que mataram Mineirinho do que os seus crimes.”⁴ Nessa trilha, de lançar luzes sobre a atuação do sistema de justiça, é que se insere a presente investigação. Em uma pesquisa de inspiração etnográfica, nos limites do direito e do próprio campo, analisamos o processo de criação do Conselho da Comunidade sobre sistema penitenciário na cidade de Franca/SP.

“Esta é a lei” não é uma resposta suficiente para aqueles que se dedicam ao estudo da política penitenciária e execução penal. Por isso recorremos aqui à Vera Malaguti Batista⁵, que desde os pressupostos da criminologia crítica, desconstrói a ideia do crime como algo ontológico, que teria aparecido na natureza como os peixes, abacates e esmeraldas, para ler o crime enquanto construto social – um dispositivo –, o primeiro passo para adentrarmos mais além da superfície da questão criminal.

Guiados por esse olhar criminológico, mas não só por ele, não podemos reivindicar neutralidade. Em nossa formação jurídica comumente somos treinados a uma distância do objeto, o que nos garantiria, em teoria, um saber universalizante e elitista, a produção de um saber por raros e compartilhado entre poucos. Não é essa nossa proposição. Esta investigação, sustentada por uma metodologia científica, vem propor análises através de um olhar situado e uma epistemologia de construção coletiva de conhecimento. Trata-se de uma tentativa de contribuir para que se possa pensar a prisão em movimento e em relação, a partir de processos e articulações inconclusas que agregam a comunidade e os espaços acadêmicos.

O superencarceramento em curso no país exige problematizações acerca das políticas instituídas nos mais diferentes níveis da administração pública. Dessa forma, mobilizações pela manutenção de direitos, como pela superação da prisão enquanto resposta para os problemas que encontramos na sociedade, são pertinentes. O Brasil desponta como a terceira

3 LISPECTOR, Clarice. *Mineirinho*. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/mineirinho-por-clarice-lispector/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

4 LISPECTOR, Clarice. *Mineirinho*. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/mineirinho-por-clarice-lispector/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

5 BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política Criminal. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro, v.1, n.2, jul./dez. 2009, p.3.

maior população carcerária do mundo (cerca de 748 mil aprisionados), sendo o estado de São Paulo – onde nos localizamos – responsável por 231.287 pessoas presas do total do país, conforme dados atualizados pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2020⁶.

Em meio a essa dinâmica surgem diversas possibilidades de construção de conhecimento e de resistência frente ao fenômeno do encarceramento. Como trataremos adiante, a atuação simultânea nas atividades de pesquisa empírica e extensão universitária nos provoca a produção de um saber localizado na realidade carcerária local e permeado pelas demandas da comunidade em relação ao sistema de justiça.

Inaugurado em 2010, o Centro de Detenção Provisória de Franca (CDP) teve sua transformação para *status* de Penitenciária por meio do Decreto Estadual n.º 62.762/2017. Conforme consta na página virtual Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) do Estado de São Paulo, ele foi construído para custodiar 847 homens, entretanto, a sua lotação já chegou a quase 2 mil presos⁷.

A ideia de criação de um Conselho da Comunidade em Franca surge em um cenário de articulação entre entidades locais e familiares que transitam pelas instituições do sistema de justiça criminal na cidade. No final de 2017, respaldada pela legislação brasileira, a sociedade civil mobilizou o poder público para sua concretização junto à Vara de Execuções Penais local. Após muitas mobilizações, entre diálogos institucionais e procedimentos burocráticos, o Conselho da Comunidade foi instituído pela Portaria n.º 01 de 2019 em abril. Para melhor compreensão, esboçamos aqui a ideia desta instituição:

O Conselho da Comunidade constitui órgão essencial para o futuro da execução penal, destinando-se a promover a participação da sociedade no cotidiano e nos destinos do sistema penitenciário, proporcionando maior assistência ao preso ou internado e contribuindo para sua aproximação familiar e social. Para este fim, deverá estar presente em cada comarca, incumbindo-lhe as funções de visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário e diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento⁸.

Nós, enquanto grupo “Cárcere, Expressão e Liberdade” (CEL), passamos a compor esse trânsito dentro e fora, além de dialogar com as personagens e instituições que orbitam a prisão. Há mais de dez anos, o grupo da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP e vinculado à Pró-reitoria de Extensão Universitária e Cultura (PROEX)⁹, desenvolve atividades de extensão universitária em estabelecimentos prisionais da região. O grupo atua no interior da penitenciária masculina da cidade desde 2017, realizando ali um projeto de remição de pena por leitura juntos aos encarcerados. Por meio dessa experiência extensionista é que surge o contato com o Conselho de ordem municipal e as reflexões desta pesquisa.

6 BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Período de Julho a Dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJlLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliiwid-Ci6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 13 dez. 2020.

7 SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. *Unidades Prisionais (penitenciárias)*. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/>. Acesso em: 06 fev. 2019.

8 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.180.

9 Composto por 20 alunos de graduação entre os cursos de Direito, Serviço Social e Relações Internacionais e 5 mestrandos do Programa de Pós-Graduação em Direito.

No decorrer desta investigação participamos das reuniões mensais de formação do órgão e conselheiros(as), realizamos análise documental das atas produzidas nesses encontros e entrevistas com figuras marcantes desse processo. Foram oito entrevistas com pessoas que representavam instituições relevantes no processo que investigávamos: a assistente social responsável pelo CRAS da Região Leste; duas usuárias desse órgão municipal – sendo uma delas egressa e visita de familiar preso; um membro do Grupo C.E.L.; a advogada responsável pela comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados local; o Defensor Público Estadual lotado à Vara de Execuções Penais; o membro indicado pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial; e um representante da Associação do Comércio e da Indústria de Franca.

Procuramos, a partir da experiência vivida em campo, atentar-nos àqueles que fazem a crítica ao sistema de justiça criminal na totalidade, suas instituições e violências, bem como nos preocupamos em ocupar espaços que possam favorecer o encontro com quem é atingido pela pena e fortalece-lo diante das instituições de controle – não como um fim, mas como um caminho. Posturas conciliáveis na medida em que, negando o cárcere, estamos nele para que seja menos cárcere. Nesse sentido, apropriamo-nos da experiência que tivemos junto daqueles que se consolidaram no Conselho, no espaço da extensão universitária e de um modelo de intervenção que dialoga com pressupostos da Criminologia Clínica de Terceira Geração, que por sua vez, também se encontrará interseccionada com a Criminologia Crítica.

O recorte deste texto é relativo ao momento inicial da criação do Conselho, cabendo a futuras produções outros panoramas sobre seu desenvolvimento. Pretendemos abordar os primeiros delineamentos dessa mobilização com uma leitura das expectativas e demandas colhidas daqueles que se envolveram na construção dessa figura da execução penal. Além desta introdução, este texto conta com outras cinco seções e a conclusão. Na primeira, denominada “O nó”, buscamos apresentar uma perspectiva da prisão em relação e dependência com diversos setores da sociedade, rompendo com o paradigma de seu hermetismo. Em “Linhas” trazemos à tona o início da formação do Conselho e como a experiência extensionista compôs essa mobilização. Na seção “Portas” abordamos as normativas relativas a esse órgão da execução penal. Em “Vozes” pontuamos os diferentes discursos que perpassaram essa construção e a necessidade do diálogo e do reconhecimento de uma voz forte do preso, egressos e familiares na elaboração da política criminal. Na quinta seção, “Entre grades”, expomos as principais expectativas e demandas daqueles que se posicionaram em torno do Conselho, reunidas em três categorias: “ser família” sobre os transbordamentos da prisão na penalização das familiares com entes encarcerados; “saúde” em que percebemos a função do encarceramento e a insuficiente assistência médica; e “quando a porta bate nas costas” acerca das mobilizações pela inclusão social e projetos voltados ao trabalho e educação.

2 O NÓ

O superencarceramento que enfrentamos globalmente revela o Brasil enquanto figura central deste fenômeno, o terceiro país que mais encarcera no mundo. A prisão não é uma realidade produzida intra-muros, mas também se constitui além deles. Parte da literatura prisional tem se debruçado sobre as mobilizações sociais, familiares e jurídicas que se estruturam a partir da prisão provocando o caráter total da instituição prisional: “definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação

semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”¹⁰.

O sistema penitenciário não se encerra no ambiente de confinamento produzindo outro mundo, uma sociedade à parte, ao contrário:

[...] é preciso relativizar a noção de totalidade absoluta da prisão, de que dentro e fora constituem dois mundos incomunicáveis, pois a relação entre esses dois “mundos” pode ser vista muito mais como continuidade do que como ruptura. Muitas vezes, a entrada na prisão representa uma continuidade nas relações estabelecidas fora do cárcere, ou mesmo possibilita a integração do preso em uma rede, formada pela comunidade, família e por pessoas de fora do espaço prisional, incluindo aqui os membros da facção criminosa¹¹.

Manuela Ivone da Cunha, em etnografia no sistema prisional português, aponta para uma rede de relações carcerais antes da prisão que garantirão que “a continuidade entre o interior e exterior é constitutiva da prisão, a ponto de esta não poder mais ser pensada senão através de um constante movimento de *zapping* entre ambos. Interior e exterior serão colocados em continuidade analítica”¹².

A partir dessa perspectiva, de continuidade analítica entre o dentro e fora dos muros, nos propomos a olhar como os contornos da prisão – especificamente na configuração penitenciária do estado de São Paulo – abrange uma rede muito maior do que as pessoas presas. A prisão se faz para além dos muros físicos, sendo compreendida em múltiplas esferas, especialmente as marcadas por vulnerabilidades sociais. A permeabilidade entre o dentro e fora prisional é atualizada, em grande medida, nos vasos comunicantes que gravitam em seu entorno:

Pode ser considerado um vaso comunicante toda forma, meio ou ocasião de contato entre o dentro e o fora da prisão. Trata-se de uma articulação particular que, ao mesmo tempo, une duas dimensões da existência social e define uma separação fundamental entre elas. Os vasos colocam em comunicação dois “mundos”, no entanto, não são desprovidos de bloqueios: neles, múltiplas negociações, determinações, poderes e disputas operam a diferenciação do que entra e sai, dificultando ou facilitando acessos, registrando (ou não) as passagens e estabelecendo destinações¹³.

A maior parcela desses “vasos” é institucionalizada e prevista em lei, por exemplo: a visita semanal por parte das familiares, atendimento da Defensoria Pública, troca de correspondências, etc. Sendo que o Conselho da Comunidade sobre sistema penitenciário é o órgão da execução penal que se situa justamente entre o dentro e o fora, onde a prisão extrapola seus muros e a sociedade vive a prisão.

O desenvolvimento do Conselho em Franca/SP partiu da demanda de um grupo de mulheres organizado na sede do Centro de Referência em Assistência Social da Região Leste (CRAS – Leste). Comunicações foram realizadas pelas assistentes sociais de lá, através de *e-mails* e ofícios convidando o Conselho da Municipal da Condição Feminina, a Defensoria

10 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974, p. 11.

11 BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Entre a prisão e o mundo: entrada da sociedade civil no cárcere e reintegração social*. *Revista Espaço Acadêmico*, n.154. Mar. 2014, p. 75.

12 CUNHA, Manuela Ivone. *Entre o bairro e a prisão: tráficos e trajectos*. Lisboa: Fim de Século, 2002, p. 19.

13 GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos*. São Paulo: Boitempo, 2017, p.77.

Pública e o Grupo de Extensão C.E.L para uma reunião e a partir desse encontro estes convidados se integraram no percurso. Essas instituições redigiram um ofício à Vara de Execuções Penais local, para que novas entidades¹⁴ pudessem ser convidadas a colaborar.

Essa lista apresenta, de certa forma, entidades que se comunicam, em maior ou menor escala, com a população encarcerada, egressos e familiares na realidade local. Um membro do Grupo C.E.L., em entrevista, revela como chegaram a essa lista:

A gente pensou sim. Porque a gente não pode colocar nomes que vão de cara desviar a função própria do conselho que a gente estava pensando ali. A gente não poderia colocar nomes que a gente sabia que iam completamente para outro sentido na atuação lá dentro da penitenciária. Porque a gente desde início tem esse compromisso com pautas e com críticas. A gente não vai colocar gente ali para fazer figuração. [...] Enfim, eu acho que foi mais ou menos esse o critério, ter uma relação direta de trabalho com o conselho da comunidade, ou com a penitenciária, ou com a comunidade em volta.

Além da representação das mais diferentes entidades, para a atuação do Conselho como órgão efetivo de fiscalização da execução penal é necessário, antes de tudo, um compromisso com as pautas ali tratadas e uma abertura para construções dialógicas.

Como dito, o Conselho não é um local adequado para se concentrar a representação política local, mas para abrigar pessoas engajadas na reintegração social, na dignidade humana, que tenham perfil para exercer atividades ligadas a estes propósitos, e não porque elas possuem representatividade em certa área local. Não se pode, diga-se mais uma vez, confundir formação de rede social pelo Conselho com formação de rede social no Conselho¹⁵.

No decorrer das articulações e nos mais diversos encontros para o desenho de estratégias, as entidades chamadas a comparecer não se apresentaram de modo constante. Algumas indicaram seus titulares e suplentes, mas sem assídua presença, entretanto entre os iniciais articuladores, e aqueles que se somaram, se consolidaram vozes e rostos em encontros mensais que dão subsídio a este texto.

Antes de avançarmos nas análises que aqui nos propomos, vale desatar alguns outros “nós” facilitando a compreensão deste movimento de formação do Conselho da Comunidade em Franca/SP. Como já citamos, nós, pesquisando esse processo, nos ligamos ao campo por meio da experiência extensionista no Grupo C.E.L. O Grupo contou com outros membros universitários que compõem as atividades no interior da penitenciária nas reuniões de conselheiros. E também, enquanto articulador desse processo, o grupo garantiu uma cadeira na composição do Conselho.

Como agentes que refletem sobre as suas práticas, em um movimento circular entre teoria e ação, partimos da experiência extensionista para dela fazer pesquisa. Nesta

14 Sugerindo para integrar o Conselho, para além das organizações assinantes: a Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Serviço Social, Associação do Comércio e Indústria de Franca, Regional de Franca do Ministério Público, Conselho Regional de Psicologia, de Medicina, Grupo de Extensão Universitária da UNESP “Núcleo de Cidadania Ativa”, Faculdade de Direito de Franca, Universidade de Franca, Unidade do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, do Serviço Social da Indústria, Secretaria municipal de Ação Social, de Saúde, de Educação, Fundação de Esporte, Arte e Cultura da Cidade de Franca, Secretaria estadual de Desenvolvimento Estadual, Conselho Municipal de Desenvolvimento e Participação da Comunidade Negra de Franca (COMDECON).

15 FERREIRA, Jorge Chade. *Os Conselhos da Comunidade e a reintegração social*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 96.

investigação nos abrimos à reflexividade, uma vez que compomos nosso objeto de estudo provocando as fronteiras entre sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Para tanto, tão importante “o que se fala” e “de onde se fala”, por isso destacamos quem são as pessoas envolvidas quando tratamos em coletivo e quais suas posições. Neste texto, de dupla autoria, orientadora e orientando desenvolvem em conjunto as análises aqui apresentadas. Desde a universidade nos fazemos presentes na prisão por meio do Grupo C.E.L. e como conselheiros da comunidade, desde estes lugares buscamos que a prisão se faça presente na universidade e na sociedade mais ampla. Esta pesquisa se desenha sobre a linha que perpassa esses lugares sociais, por vezes tidos como distantes entre si, demarcando as correlações entre prisão, universidade e comunidade.

3 LINHAS

O campo desta pesquisa também foi constituído a partir das atividades de extensão universitária desenvolvidas nos estabelecimentos prisionais locais. Há mais de uma década, o Grupo C.E.L (antigo Projeto CADEIA) realiza projetos de extensão em prisões da região. Durante esse período acompanhamos mudanças, construímos diálogos e realizamos ações dentro e ao redor do sistema carcerário de Franca. Assim, nesse momento tão importante para se repensar uma política criminal com as pessoas que sofrem o cárcere, o grupo se faz atuante ativamente na criação do Conselho garantindo – inclusive – uma cadeira de titular e suplente em sua configuração.

O contato com a Diretoria de Reintegração da Penitenciária Masculina de Franca foi construído por meio de alunas do curso de Serviço Social que passaram a desenvolver atividades de estágio ali. Nesse momento o grupo ainda atuava junto à Cadeia Pública Feminina da cidade, com visitas semanais às mulheres recolhidas, desenvolvendo ciclo de discussões e dinâmicas de grupo que abordavam diversas questões como gênero, sistema de justiça, política de drogas, família.

Com a desativação da unidade feminina e a transferência das presas, os contatos com a Penitenciária Masculina se estreitaram e avançaram. De início, em 2017, passamos a ter experiência com um grupo de trinta presos em que trabalhávamos numa dinâmica semelhante às nossas atividades anteriores. Já em 2018, o C.E.L passou a desenvolver suas práticas de intercâmbio de experiências e saberes por meio de um projeto de remição de pena por leitura – desafiando-se ainda mais na construção de um conhecimento tangível às realidades dispostas no processo extensionista, estejam essas pessoas privadas de liberdade ou não.

Atuamos na construção do Conselho da Comunidade imbuídos desse duplo olhar. Privilegiamos aqui a ideia da prisão que contrapõe o imaginário do cárcere como um ambiente hermético e isolado, alheio às influências para além do seu espaço físico. Na prática extensionista percebemos a porosidade desse ambiente, um elemento social que interfere e é interferido pela sociedade livre, sustentado pelas relações criadas a partir – e apesar – de sua existência.

Reside, então, um grande desafio: enquanto extensão universitária, projetamos nossas atividades para o interior penitenciário provocando o bloqueio institucional e o isolamento social constitutivo da privação de liberdade. No processo de criação do Conselho da Comunidade atuamos pela garantia de direitos e favorecimento da reintegração social da sociedade com as pessoas presas.

Recorremos ao registro em ata de 20 de outubro de 2017 para resgate dos primeiros passos que geraram a mobilização sobre o Conselho em estudo, sendo este o primeiro contato entre representantes do Grupo C.E.L e a atuação do Centro de Referência em Assistência Social da Região Leste da cidade de Franca/SP. Nesta data, fomos convidados

para comparecer, junto à Diretora de Reintegração Social da penitenciária em que as atividades eram realizadas, e tratarmos do histórico e aplicação do projeto extensionista.

Vivíamos o início do funcionamento do *scanner* para revista das visitantes da penitenciária em Franca e com isso o contato entre administração da instituição e familiares foi tema relevante no momento. A presença da Diretora de um dos setores da penitenciária e esse contexto, ao acompanharmos a ata em questão, pareceu ditar o tom denunciativo do encontro.

O coletivo expôs sobre as revistas íntimas vexatórias e o trato de alguns e algumas profissionais da penitenciária para com os familiares dos reclusos. *A diretora de Reintegração da Penitenciária* retratou a sobrecarga devido a quantidade reduzida de profissionais, trouxe o fato de muitos agentes se encontrarem adoecidos, bem como os índices de suicídio cometido pela categoria profissional.

A assistente social do CRAS Leste destacou que o objetivo do encontro é pensar conjuntamente alternativas para garantir os direitos das pessoas reclusas, suas famílias, e também pensar nas condições de trabalho dos agentes penitenciários.

A Diretora de Reintegração apresentou o atendimento médico dentro da penitenciária e as dificuldades em relação as consultas com especialistas que são agendadas pelo SUS, sendo que ocorre demora no agendamento das mesmas, consistindo em realidade de toda a rede pública de saúde. Também pontuou a falta de alguns medicamentos, muitas vezes contam com doações de hospitais, da Secretária de Saúde municipal, e quando necessário, solicitam a aquisição por parte dos familiares.

O membro do grupo C.E.L. e estagiário na Defensoria Pública sugeriu a criação de um conselho gestor da comunidade, que tem como uma das atribuições a fiscalização das penitenciárias, bem como, quando necessário, acionar os órgãos de defesa de direitos. As/os presentes avaliaram ser importante a criação do referido conselho, assim, *a assistente social do CRAS Leste* irá verificar uma data para que os interessados/as se reúnam e iniciem as ações necessárias para a implantação do mesmo.

Uma participante estava muito nervosa diante as falhas das políticas públicas, principalmente quanto a política de saúde e o atendimento ofertado pela Delegacia da Mulher, verbalizou estar cansada de participar de reuniões e não resolver nada, demonstrou descrença quanto ao espaço coletivos e os órgão de defesa de direitos¹⁶.

O membro do grupo C.E.L, e naquele período estagiário no setor de execução penal da Defensoria Pública local, colocou em pauta o Conselho no encontro e percebemos que sua fala reverberou em um reconhecimento da importância do órgão para políticas públicas voltadas às questões que gravitavam naquele ambiente. Entretanto, não escapou da inconformidade de uma assistida pelos serviços do CRAS, ressaltando sua indignação diante do contato que teve com organizações e espaços construídos para aplicação de políticas públicas e suas deficiências sistemáticas.

Houve, a partir desse encontro, o comprometimento do Grupo C.E.L, junto às representantes do CRAS Leste, para encaminhamento dessas demandas formalmente à Defensoria Pública. Dessa forma, compomos a mobilização para a construção da possibilidade de organização que despontava como um caminho para se coordenar projetos voltados ao encarceramento, possibilitando pensar estratégias de intervenção.

¹⁶ Nesse recorte da ata que registrou o encontro foram escritos os nomes das pessoas que estavam se manifestando na discussão, para fins desse estudo suprimimos esses vocativos e utilizamos suas funções em itálico para indica-los.

Constantemente, nos diálogos sobre o fazer extensionista, pairam inseguranças da nossa atuação nas duas esferas – prisão e mobilização em torno do Conselho. Ainda assim, confirmamos a experiência na construção do órgão da comunidade como uma forma de revestimento de nossa personalidade mais frágil de “grupo da universidade” – limitado na capacidade de ações contra penitenciária, estando nela. O conselho, entre esse desafio, pode ser como uma capa institucional e catalisador de ações contra posturas da penitenciária local.

Como parte fundante desse processo temos o contato com as familiares e egressos. Vozes necessárias para construção de um órgão institucional que esteja em consonância com a realidade da dinâmica que almejamos influir, para além do conhecimento da instrumentalização de sua efetividade.

Como lócus privilegiado do ensino, pesquisa e desenvolvimento de um olhar crítico, a universidade tem um importante papel de transformação social, não se restringindo à reprodução do conhecimento e à formação de profissionais, mas expandindo-se enquanto um espaço de reflexão sobre a criação da realidade carcerária, uma vez que nela também se constrói o saber que legitima o funcionamento do sistema punitivo¹⁷.

O Grupo C.E.L. passa a compor essa rede de articulação para que se possa trazer para o centro do debate as questões latentes do encarceramento na cidade, fazendo com que a universidade, nesse caso, cumpra seu papel de proporcionar uma troca de saberes e articulações que se revertam na emancipação desses setores em conjugação.

Portanto, diante da importância do Conselho da Comunidade no contexto da atuação com as estratégias de reintegração social, estes órgãos da execução penal poderiam promover e facilitar o intercâmbio e o diálogo entre a sociedade e o cárcere, a partir do envolvimento fundamental da universidade nesta aproximação, de modo que atuação dos Conselhos da Comunidade passe a ofertar uma proposta verdadeiramente reintegradora e que sirva de exemplo para novas práticas neste sentido¹⁸.

Estar nos espaços em que a prisão se faz presente nos provoca a constante reelaboração do saber, tendo em vista o contato com essas realidades. A partir da ação conjugada de extensão e pesquisa, propomos um movimento contínuo de ação-reflexão. Projetamos nossos esforços na responsabilidade de pensar uma política criminal que rompa com seus marcos de estigmatização, vulnerabilidade e punição. Retomando a noção de vaso comunicante, anteriormente explorada, reconhecemos nossa separação fundamental entre aqueles marcados pelo sistema penal em nosso país e em nossa área de atuação, percebendo os ditames da seletividade e das instituições de controle. Ainda, reconhecemos nossa união de dimensões na procura do exercício de alteridade e apreensão das humanidades diversas quando estabelecemos a ponte – ou amarramos linhas – entre a universidade, o cárcere e a comunidade.

17 BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração Social: discursos e práticas na prisão – um estudo comparado*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 111.

18 FERREIRA, Jorge Chade. *Os Conselhos da Comunidade e a reintegração social*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 291.

4 PORTAS

Parte fundamental do processo de construção do Conselho da Comunidade foram as diversas reuniões entre os representantes que se articulavam para sua formação. Nesses espaços algumas figuras se tornaram mais presentes que outras, alguns representantes nomeados não saíram do papel ou de uma indicação que não se fazia presente. Além das personagens já mencionadas, uniram-se ao processo: os dois Conselhos Municipais da Condição Feminina (CMCF) e de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra de Franca (COMDECON), as três Secretarias Municipais de Ação Social, de Saúde e de Educação, a Associação do Comércio e Indústria de Franca (ACIF), a unidade de Franca do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), a Ordem dos Advogados local indicou a representante da Comissão Interna de Direitos Humanos, assim como membros da sociedade civil não organizados nestas entidades, mas com interesse nas temáticas abordadas.

O Conselho encaminhou encontros de formação durante o primeiro semestre de 2018, buscando uma mobilização de esforços dos representantes ali conjugados. Através dessas reuniões elencamos algumas pautas e possíveis grupos de trabalho prioritários do Conselho. Aprovamos, para balizamento interno e ainda sem a devida formalização, um estatuto social e, em abril de 2018, elegemos a primeira diretoria, uma “executiva” para o órgão que se formava.

Diante desse cenário de tantas vozes, nós, membros do Conselho, sentimos a necessidade de encontros mais focados em discussões legais e teóricas nesse processo. As reuniões mensais não se mostravam suficientes para exaurir discussões sobre aquele campo tão delicado que nos articulamos para projetar atividades. Dessa forma, elegemos datas para reuniões em que pudéssemos debater alguns aspectos legais do conselho para maiores esclarecimentos de onde partíamos, onde estávamos e onde chegaríamos. O indicativo desse espaço seria também debater aspectos criminológicos e da realidade penitenciária.

A representante da OAB assumiu, então, um papel de significativa relevância, sendo por vezes um ponto de consulta e esclarecimentos no debate. Com experiência na advocacia criminal foi entusiasta desse espaço, como demonstra em entrevista:

Essa ideia de a gente fazer uma formação com relação a conhecimentos básicos de direito para as famílias, para as mulheres. Se fosse possível até mesmos para os presos, condenados, seria muito interessante se a gente conseguisse fazer isso. Mas esse início de tentar trazer essas mulheres, de tentar trazer um pouco de conhecimento, de tentar debater isso de igual pra igual, sem juridiquês, sem muitas amarras, já acho uma iniciativa formidável, sensacional, de ir às bases.

Aos 31 de janeiro de 2019, os conselheiros se reuniram na sede do CRAS Leste para dialogar sobre nossa formação. Entregamos aos representantes presentes um exemplar da Cartilha produzida pelo Departamento Penitenciário Nacional vinculado ao Ministério da Justiça¹⁹ que de modo bastante didático e direto traz uma esquematização dos passos a serem seguidos para implementação do Conselho, tudo isso de acordo com as delimitações estabelecidas pela Lei de Execuções Penais. Fizemos sua leitura, ressaltamos passagens, sem escapar comentários sobre os contextos nacionais e locais, bem como projetos de recrudescimento das instituições penais. Tínhamos ali a advogada representante da OAB,

19 BRASIL. Comissão para Implementação e Acompanhamento dos Conselhos da Comunidade. *Cartilha Conselhos da Comunidade*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2008.

o membro do SENAI, a Assistente Social que sediava a reunião, o C.E.L. (na pessoa deste graduando-pesquisador), quatro mulheres usuárias do CRAS e suas crianças que brincavam em outra sala com outra advogada indicada.

Segundo o artigo 4º da LEP²⁰, o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade em suas práticas de execução da pena, bem como da medida de segurança. Atribuída sua condição de órgão da execução penal, artigo 61, VII da LEP, as incumbências do Conselho são previstas na mesma lei nos artigos 80 e 81. Dispõe-se que haverá em cada comarca tal Conselho composto por, no mínimo, um representante da associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela OAB, um defensor público indicado pelo Defensor Geral e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Incumbe a essa organização visitas mensais aos estabelecimentos penais existentes na Comarca; entrevistas com os presos; elaboração de relatórios ao Conselho Penitenciário e relatórios mensais, com especificação de contas ao Juiz da Execução; e diligências para obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou ao internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

Segundo a Cartilha do Ministério Justiça, a atuação deve ser pautada em alguns princípios norteadores, sendo eles:

- a) Respeito aos direitos humanos: construção de uma cultura de respeito aos direitos; compreensão do direito a ter direitos; conhecimento e aplicação das normativas nacionais e internacionais.
- b) Democracia: igual possibilidade de acesso aos bens socialmente produzidos a todos; direito ao acesso à Justiça; e democratização das instituições públicas.
- c) Participação social: compreensão da prisão como integrante da sociedade e da comunidade; compreensão da prisão como uma instituição pública e, portanto, permeável ao controle da sociedade.
- d) Perspectiva histórico-social do delito: compreensão do delito e do delinqüente a partir de determinações econômicas, culturais, sociais e individuais; necessidade de abordagem transdisciplinar e multifatorial no enfrentamento da violência e da criminalidade²¹.

Assim, ao falarmos sobre o papel dos Conselhos nos debruçando sobre os delineamentos da Cartilha, percebemos a importância da representação da comunidade na implementação de políticas penais e penitenciárias no âmbito municipal – fazendo-se necessária uma função política de defesa de direitos humanos, articulação e participação nas forças locais pela construção de estratégias de reinserção do apenado e do egresso, não apenas numa função assistencial. Importante uma atuação em parceria com outras instâncias pela humanização das políticas sociais, inclusive na esfera estadual e federal²².

5 VOZES

Quando nos colocamos em reunião com vozes que provêm de distintos lugares e experiências, ainda mais quando estamos imbuídos de um olhar de desnaturalização da prisão enquanto espaço de justiça e política social, devemos trazer a escuta e a capacidade

20 BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

21 BRASIL. Comissão para Implementação e Acompanhamento dos Conselhos da Comunidade. *Cartilha Conselhos da Comunidade*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2008, p. 21.

22 BRASIL. Comissão para Implementação e Acompanhamento dos Conselhos da Comunidade. *Cartilha Conselhos da Comunidade*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2008, p. 21.

de articular a partir de diferentes olhares sobre o problema criminal. Não foi diferente na formação do Conselho. Essa atenção se fez imperiosa, pois ali estavam conjugadas distintas experiências com o cárcere. Alguns representantes das entidades informavam terem tido contatos somente profissionais com a penitenciária, como presença em eventos institucionais realizados no seu interior, contatos telefônicos, visitas para atendimento de clientes ou assistidos; outras figuras demonstravam suas experiências em filas de visita, em contato com órgãos judiciais e administrativos na *via crucis* burocrática por seus familiares, até membros com experiência encarcerada.

Resgatamos aqui o encontro de membros do Conselho no fim de maio de 2018, registrada em ata sob o n.º 6. Foi um momento de importantes alianças em que se definiu a composição da primeira gestão da organização. Tal ação buscava se adequar aos ditames formais instituídos para nosso reconhecimento, de acordo também com o Estatuto aprovado pelos membros no início do processo de criação. Segundo o documento: “Art. 3º. O Conselho tem a seguinte composição: a) Presidência; b) Vice-presidência; c) Secretaria-executiva; d) Tesouraria; d) Plenário.”

Nesse dia estavam representados o Grupo C.E.L., a OAB, o CRAS Leste por meio de suas usuárias, bem como da assistente social responsável, SENAI, Secretaria Municipal de Educação, Secretaria de Desenvolvimento e Ação Social e Conselho da Condição Feminina. Justificando sua ausência a Defensoria Pública Estadual e CONDECON. Após as apresentações, foram comentadas pela Assistente Social do CRAS Leste as demandas iniciais e relatado os contatos produzidos para estabelecimento daquela configuração.

Entre os indicados à presidência dois nomes despontaram: o do representante do CONDECON, egresso do sistema prisional que justificara ausência no dia por motivos de saúde e que em outros momentos expusera sua passagem pelas mais diversas penitenciárias do estado de São Paulo, além do seu objetivo de estruturar uma feira de artesanatos dos presos de Franca; e o da usuária dos serviços do CRAS Leste, membra do grupo de mulheres do órgão assistencial e egressa da Cadeia Pública da cidade – momento em que teve contato com o Grupo C.E.L., quando este ainda realizava projetos no estabelecimento prisional feminino.

A representante da OAB foi indicada para Vice-Presidência, o Representante do C.E.L. e estagiário na Defensoria Pública que atuou desde os primeiros passos das comunicações para Secretário-Executivo, a usuária do CRAS Leste com companheiro preso indicada à Tesouraria – que por ora, segundo relatado, não teria tantas obrigações visto a ausência de recursos financeiros. Com o consenso dos presentes, a usuária do CRAS Leste e egressa foi eleita presidenta do Conselho e o restante da mesa diretora ficou como indicado.

A partir dessas definições passamos para outra, a formação das frentes de atuação do Conselho em três comissões, conforme artigo 15 do Estatuto: “I – de Visitas a Estabelecimentos Penais e Fiscalização (CVEP); II – de Saúde, Educação, Trabalho e promoção de Direitos Humanos (CDH); III – de Reintegração Social e Apoio ao Egresso (CRS)”. Foram voluntariamente preenchidas as comissões, alguns elegendo estar até mesmo em mais de uma. Com o passar do tempo e do processo de formalização da entidade, a distribuição dos membros entre as comissões foi perdendo força, sendo reprogramadas reuniões para sua redefinição.

A descrição desse encontro é o retrato de um momento central para os seguimentos do conselho que se estabeleceram. Nesse momento se delimitaram e reforçaram responsabilidades, pudemos superar burocracias necessárias para o pedido de formalização e tivemos a eleição de uma mulher e egressa do sistema penitenciário como porta-voz de nossa organização.

Alvino Augusto de Sá²³ desenvolve a proposta de um modelo de terceira geração da Criminologia Clínica como uma atividade complexa de conhecimentos interdisciplinares voltados para a prática profissional a partir de uma escuta compreensiva de casos de indivíduos encarcerados ou em relacionamento com a justiça, fazendo uma leitura da dinâmica da instituição enquanto instância de controle, na qual se envolvem essas pessoas e profissionais que trabalham ali.

O autor busca compreender, no terceiro modelo, os comportamentos problemáticos, encarando-os como expressão de conflitos e confrontos que seus autores têm em relação às expectativas, normas e valores sociais e culturais, também levando em conta seu caráter de lesividade e conflitualidade na dinâmica que se estabelece entre autor e a vítima. Interessa a avaliação dos desdobramentos possíveis dos comportamentos problemáticos dos referidos indivíduos e a formulação de estratégias que contribuam para eles terem um sucesso saudável quando de seu retorno ao convívio social livre, inclusive por meio de um melhor equilíbrio interno e em sua relação com seu contexto social²⁴.

Conforme Braga²⁵, a escolha dos paradigmas dos modelos anteriores, o primeiro – voltado ao fato social bruto, à etiologia de caráter tradicional e positivista – omitiria a realidade criminal e como ela passa por uma construção social e está comprometida com as relações de poder existentes na sociedade. Já o segundo, da definição social, marginalizaria a visão acerca da realidade factual das transgressões e a existência de consequências negativas de determinados comportamentos, abstraindo, por exemplo, relações conflituosas do indivíduo como um ser concreto.

À primeira vista, uma criminologia clínica – que tem essencialmente como objeto de estudo o indivíduo – seria incompatível com os pressupostos críticos consolidados a partir da década de 60. Contudo, alguns criminólogos se dedicaram a construir uma criminologia voltada para os sujeitos, que não se aparta dos pressupostos críticos, a partir do estudo das condutas transgressoras não como violadoras da lei penal, mas comportamentos problemáticos²⁶.

Assim, coordenando as contribuições da Criminologia Clínica e de uma perspectiva crítica sobre o crime, podem ser lidos alguns pressupostos com fim de compreender o criminalizado a partir de sua história, elucidando relações de conflito em que está envolvido, de modo a compreendê-lo em sua individualidade e fortalece-lo perante o sistema punitivo sem reduzi-lo a um objeto de intervenção. Seriam eles: reconhecer o indivíduo selecionado pelo sistema penal como igual a todos os demais; observá-lo não a partir de uma abordagem etiológica, mas sim uma compreensão global de sua história, interpretando o sentido de seu comportamento e contextualizando sua vida; considerar também que ele foi criminalizado dentro de suas peculiaridades, mas não se esquecer que é um sujeito histórico, fruto de uma sociedade de classes e imerso em relações de poder; entender que não existe crime ou criminoso sem uma instância que lhe atribua esse rótulo; estar atento a seletividade do sistema de controle e das suas reproduções de violência²⁷.

Quando da construção do modelo de terceira geração, também chamado de inclusão

23 SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

24 SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

25 BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do Preso e as Leis do Cárcere*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 18.

26 BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do Preso e as Leis do Cárcere*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 17.

27 BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do Preso e as Leis do Cárcere*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 22-26

social, estamos diante de uma criminologia que se pauta no diálogo enquanto central do cenário e constituinte do modelo. Sua compreensão do comportamento problemático traz um outro olhar sobre aquilo que chamamos de “crime”, como a expressão de um contexto muito complexo em que o indivíduo condenado é um dos atores situados, ao lado de muitos outros também (igualmente) responsáveis pela criação da situação problemática. A compreensão dessas situações põe foco na historicidade em que o ator situado assumiu uma conduta que lhe pareceu mais adequada para o momento e que foi reconhecida como criminosa pelas instituições de controle²⁸.

A partir desse quadro teórico, propomos pensar a posição e historicidade da presidenta eleita para o Conselho. Um dos aspectos importantes levantados por Sá é reconhecimento de um “discurso forte” da pessoa presa ao se pensar propostas de intervenção na política penitenciária: “o discurso do preso passa a ser forte na medida que ele é valorizado, não partir de um referencial interpretativo (ainda que não se descarte a importância da interpretação), mas a partir de seu significado explícito”²⁹. Como o Conselho, no momento desta investigação, não ingressara formalmente no interior do cárcere local, as experiências da presidenta foram significativas em muitos momentos.

Ao acompanharmos sua atuação percebemos que seus contatos com o cárcere se deram de distintas perspectivas, ganhando ainda mais relevância para a construção de estratégias de intervenção do município. Em entrevista realizada e nas conversas trocadas em encontros, ela mostra uma vida atravessada pelas instituições punitivas: naquele período seu companheiro estava preso em outra Comarca, acompanhava uma “comadre” para visitar o filho preso na Penitenciária de Franca/SP e em março de 2019 seu filho adolescente foi internado junto à Fundação C.A.S.A. local.

Muitas das reuniões mensais do Conselho foram realizadas na sede da ACIF e com isso, em momentos diferentes, funcionárias que se apresentavam como estudantes de direito acompanharam os trabalhos. Em um encontro que aconteceu nesses moldes, uma das representantes do CRAS Leste (estagiária de Serviço Social na UNESP e membra do C.E.L.) apresentou uma demanda que chegara até ela: a fila de visitas à penitenciária e a demora para entrada de idosas e outras preferenciais.

Com isso nossa presidenta passou contextualizar os procedimentos de organização da fila, esclarecendo a função da *guia*: uma visitante mais experiente que fica responsável por organizar a fila, identificando mulheres com crianças de colo, grávidas, idosas. A *guia* possui uma posição de destaque nesse espaço. Ela informou ainda que a responsável pela Penitenciária de Franca era sua conhecida e poderia fazer algum tipo de ponte caso necessário. Ao ser indagada em entrevista sobre a eleição de seu nome para presidência e no que suas experiências poderiam contribuir, nos relata:

Ai eu fiquei surpresa, porque eu achei que a presidente ia ser alguém já com formação. Quando eu cheguei na reunião do Conselho que eles me apontaram como presidenta, nossa, eu fiquei cheia de orgulho, eu queria gritar pra todo mundo “ai gente! Eu sou a presidenta de um Conselho, nossa eu senti tudo isso na pele, eu senti o cárcere, eu senti a rejeição, eu senti a tristeza de estar naquele lugar, eu senti a fome, eu senti o frio”. E agora eu tô num outro patamar, eu consegui dar a volta por cima, e hoje eu posso

28 SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 369.

29 SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 369, p. 360.

bater no peito e falar que eu sou a presidenta do conselho e eu vou fazer alguma coisa para mudar, eu sempre falei que se eu conseguisse mudar a vida de um preso, pra mim, já *tava* ótimo. Fazer valer os direitos dele, que não foi feito os meus quando eu *tava*. E eu queria poder atuar mais, sabe, eu queria ter uma formação para poder conseguir atuar mais, infelizmente eu não tenho, o que eu tenho muito é a força de vontade. Eu sempre estou nas reuniões, só quando não dá mesmo que eu não vou. Eu queria conseguir levantar esse conselho mesmo, fazer bastante barulho com esse conselho. Mas assim, o que eu tenho mesmo para oferecer para o conselho é a minha força, é a minha história, a minha determinação, que eu sei que a gente vai chegar em algumas coisas positivas no final de tudo, com esse conselho e lá no fim eu vou falar, nossa, eu consegui, sabe, eu consegui melhorar alguma coisa para os presos, eu consegui melhorar alguma coisa dentro dessa penitenciária, eu me sinto muito, muito orgulhosa. Eu tenho muito orgulho de chegar nos lugares e falar “eu participo de um conselho da comunidade, cujo eu sou presidente”.

Quando reafirma seu lugar de egressa, a Presidenta se posiciona de um lugar de conhecimento e reconhecimento, reforça sua posicionalidade para entender e pensar as questões penitenciárias. Ela, com a vida atravessada pela prisão, vive na pele as violências que atacamos e deseja que possa fazer a diferença em trajetórias que são marcadas pela experiência no cárcere. Fazer barulho através do Conselho é uma forma de desafiar as vozes comuns que são ouvidas na conformação de estratégias de intervenção na política criminal, um especialista em abstrato.

Vale lembrar aqui o que Zaffaroni³⁰ elabora, dialogando com a criminologia clínica, de *etiologia da vulnerabilidade*. Diferente daquela criminologia que se volta para a biografia do indivíduo buscando explicações da formação de sua identidade delinquente, compreenderia o processo de fragilização daquela pessoa diante do sistema punitivo com o fim de revertê-lo. Dessa maneira, poderia evitar a criminalização secundária e romper com um destino marcado pela reincidência ou pela profecia daqueles que terão sua vida atravessada pelo cárcere de alguma forma.

Desde um olhar da criminologia crítica, sua função seria construir um saber necessário que permita auxiliar pessoas a reverter a deterioração do sistema penal e o que foi condicionado previamente como um bom candidato para o sistema, um saber que possa construir possibilidades de reduzir os níveis de vulnerabilidade diante do sistema penal³¹.

Como mencionado pela Presidenta, hoje ela estaria em outro patamar e teria conseguido dar a volta por cima, pode dizer que ocupa este cargo em um Conselho e que fará algo para mudar. Se conseguisse agir na vida de um preso, já estaria satisfeita. Seu conhecimento, portanto, é uma forma de consolidar e valorizar uma voz que experienciou o cárcere e continua sendo atravessada por ele (agora de outras formas), essencial para as estratégias do Conselho.

A relevância do reconhecimento de um “discurso forte” da presidência também foi pontuado pelo representante da Defensoria Pública do Estado quando questionado sobre formas que acreditaria capazes de aproximar a sociedade das pautas relacionadas às políticas públicas penitenciárias. Para ele, a presidenta poderia responder essa questão

30 ZAFFARONI. *Criminología: Aproximación desde un margen*. vol. 1. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1988.

31 ZAFFARONI. *Criminología: Aproximación desde un margen*. vol. 1. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1988, p.26.

melhor que ele que nunca vivera nada próximo a essa realidade. Assim, em uma formalização do conselho, essa presidenta poderia chegar até um diretor de segurança penitenciária e dialogar sobre os procedimentos da visita, por exemplo. As posições que a presidenta ocupa lhe insere uma perspectiva própria para enxergar a prisão e a ocupação de tal cargo no Conselho indica uma valorização desse saber. Emerge o diálogo como uma potente forma de aproximar os problemas que rondam a questão carcerária da sociedade que produz o próprio encarceramento.

Sobre essa condição dialógica necessária, desponta a fala de uma entrevistada, usuária do CRAS Leste que teve em sua família parentes distantes que se envolveram com o aprisionamento. Ela nos revela em entrevista que os contatos produzidos no processo de formação do conselho e no grupo de mulheres do CRAS lhe provocaram novas reflexões:

Minha cabeça mudou um pouco, hoje eu talvez contrataria e talvez daria uma chance para pessoa, porque eu aprendi a olhar o outro lado da moeda, através dos estudos, das palestras, das reuniões que nós tivemos, e depois que eu comecei a participar do conselho penitenciário também. E nessas reuniões que nós temos aqui no CRAS tem muitas meninas que tem maridos que foram presos, então eu conversei muito com elas.

De tal modo, colocamos luz sobre a reflexão de que

A promoção do diálogo entre a sociedade e o cárcere é o ponto crucial e primordial para as estratégias de reintegração social e, por isso, deve sempre ser levado em consideração no momento da elaboração das estratégias. É pelo diálogo que se construirá uma aproximação entre a sociedade e os encarcerados, entre a sociedade e seus egressos prisionais³².

Afinal, devemos lembrar que a proposta dialógica do modelo de terceira geração da criminologia clínica faz frente a possíveis salvacionismos. A interação de presos, egressos e familiares no Conselho da Comunidade longe de apontar problemas pessoais, com a lei, “representam o outro lado do discurso, o discurso que de fraco se torna forte [...]”. Um contraponto necessário e inafastável³³.

6 ENTRE GRADES

Chegamos a um ponto central de nossa participação enquanto pesquisadora e pesquisador na dinâmica de formação do Conselho da Comunidade: a percepção das demandas e expectativas gravitadas nesse entorno. Neste itinerário, dois são os direcionamentos dos projetos encaminhados: inicialmente a experiência da pena, aquela em que se submetem as pessoas presas e seus familiares nas dinâmicas de visitas e, depois, o processo de saída do cárcere, como proceder diante do estigma que recai sobre egressos do sistema e oportunizar e estratégias de inclusão social.

As demandas e expectativas em relação à atuação do Conselho da Comunidade em seu momento de formação foram organizadas em três tópicos: família, saúde e educação/trabalho.

32 FERREIRA, Jorge Chade. *Os Conselhos da Comunidade e a reintegração social*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 277.

33 FERREIRA, Jorge Chade. *Os Conselhos da Comunidade e a reintegração social*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p.200.

6.1 “Ser família”: a prisão além dos muros

O motor que impulsionou a formação do Conselho foi o relato de mulheres que sofriam a experiência da pena privativa de liberdade junto de seus entes encarcerados. O desrespeito por parte da administração penitenciária compunha o cenário dos finais de semana de visita, um vaso de comunicação e transbordamento da prisão nos dias atuais. Conforme aponta Godoi em etnografia do sistema prisional paulista:

A penúria material imposta pela administração penitenciária aos seus custodiados obriga que boa parte das necessidades básicas dos presos seja continuamente suprida por seus familiares, que levam aos presos nos dias de visita ou encaminham pelo correio os chamados “jumbos”, pesadas sacolas de alimentos e itens básicos. Ao vincular a economia familiar às condições de sobrevivência do preso, o Estado acaba por estender a punição a pessoas que sequer foram acusadas de qualquer delito. Por outro lado, ao dificultar as relações com a família, o Estado impõe condições de vida ainda mais sofríveis nas penitenciárias do interior³⁴.

São especialmente esposas, mães, irmãs, mulheres que assumem a responsabilidade de proporcionar a manutenção de vínculos afetivos de extrema importância para aqueles que estão dentro das grades. Além disso, possibilitam a subsistência e movimentações institucionais em favor de seus entes. As filas aos finais de semana não são um retrato exclusivo da porta da Penitenciária em Franca, ou nas quintas-feiras quando grande parte dos jumbos são depositados, são enfrentadas também na espera para atendimento na Defensoria Pública para acompanhamento das movimentações processuais, indicação de testemunhas, questões de saúde, ou junto ao INSS para resolução de burocracias quanto ao auxílio-reclusão, por exemplo.

Em entrevista, a assistente social do CRAS Leste informa as demandas que perpassam o atendimento de mulheres com entes encarcerados pelo órgão municipal:

Então tem a questão ligada a visita que seria a revista, elas chegam muito cedo, elas nem sempre tem como ir, muitas delas não têm dinheiro para fazer a sacola para levar, o transporte, para pagar um taxi ou ônibus, aí chega lá muito cedo, ficava muito tempo na fila e a hora que conseguia entrar já era hora de vir embora. Ainda também tem a questão que elas trazem que é a violação das pessoas que tão lá reclusas, então lotação de cela, condições desumanas dentro do sistema penitenciário, todas as regras que tem lá dentro, entre eles mesmos ou com os funcionários... ah se falar isso (eu comecei até a entender alguns termos que o pessoal fala) leva bonde (que vai para outro local). Então tem várias outras também que elas trazem ligadas a pessoa que está reclusa.

Cerca de dez mulheres usuárias do serviço do CRAS Leste tiveram participação frequente nas reuniões do Conselho. Relataram as dificuldades que atravessam nos dias de visitas, como: a precariedade da iluminação na porta da penitenciária na saída das visitas e a falta de um espaço protegido da chuva e do sol para a espera das familiares. Além da dificuldade de chegar ônibus até o local, visto que somente em determinados horários do dia o itinerário contempla os portões da prisão; fora deles, as visitas precisam percorrer uma considerável caminhada até o ponto mais próximo.

34 GODOI, Rafael. Penar em São Paulo: Sofrimento e mobilização na prisão contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.31, n.92, 2016, p.6.

Questões assim foram relatadas em encaminhamentos que realizamos às Secretarias Municipais para que pudéssemos nos reunir para tratar da responsabilidade do município na execução penal. Entre as ideias para que se atinja esse objetivo estão a realização de relatórios a partir do contato com as visitas nas filas de final de semana e a criação de um canal de recebimento de denúncias sobre supressão de direitos e garantias no contexto prisional e seu entorno. Aguardamos respostas aos ofícios para efetivação dessa demanda. Entretanto, temos de lembrar que no processo dessas formulações está a significativa possibilidade do Conselho em reunir as demandas dessas mulheres, reconhecendo, assim, os braços da punição que as alcança.

6.2 Saúde: a prisão ainda é suplício

Em 2017, a modificação do *status* do Centro de Detenção Provisória de Franca para Penitenciária levaram a novas configurações do projeto que desenvolvíamos. A assistente social que nos acompanhava e fortaleceu nossa entrada ali assumiu o posto de Diretora de Reintegração Social; a administração da penitenciária passou a enfatizar o cuidado para que presos condenados que participam da remição não tivessem contato com os presos ainda provisórios. Acompanhamos o inchaço da prisão nesse período. Nas nossas visitas, os bondes e viaturas policiais se tornaram ainda mais recorrentes nos portões da Penitenciária.

Ainda que transformada em uma instituição para cumprimento de pena, e não mais prisão provisória, poucas mudanças foram realizadas tanto em termos arquitetônicos, quanto em relação aos serviços prisionais. Os presos continuaram a ter à disposição somente um profissional da medicina. O médico da penitenciária é o único responsável pelos quase dois mil presos que já chegaram a estar custodiados ali. As demandas de saúde são várias e decorrem massivamente dos contatos que a superlotação produz, fazendo com que enfermidades contagiosas se espalhem e se agravem em grande medida.

Em reunião de formação do Conselho em abril de 2018, esteve presente o profissional responsável pelos atendimentos de saúde em Franca, indicado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) para compor cadeira entre os conselheiros. O médico trouxe à tona os entraves para realização de seu trabalho, a falta de insumos e sobrecarga de suas atividades. Expôs que não poderia compor as reuniões do conselho enquanto conselheiro, declinando a indicação do CREMESP, visto que para estar ali dialogando conosco naquele dia teve que deixar o atendimento na penitenciária.

Entre os entrevistados no percurso dessa investigação, a demanda de saúde esteve presente consideravelmente em suas falas. Ao ser questionado sobre a sua percepção de demandas a partir de sua participação em nossa organização, o representante da ACIF pontua:

Impressionante a falta de assistência médica em relação aos encarcerados, isso era uma informação que eu não tinha conhecimento e impressionante como falta assistência médica, odontológica, como é ineficiente, apesar do esforço enorme dos profissionais que lá trabalham, mas é insuficiente diante da quantidade da população carcerária. Isso é uma coisa que me saltou os olhos, como isso fica definitivamente a margem da sociedade, é com se de fato a sociedade se esquecesse daquelas pessoas. Não tem cuidado nem aparato nenhum para que de fato cumpram a pena e saiam de lá de uma forma melhor que entraram, impressionante como isso fica a margem das providências, tanto dos entes públicos, quanto de eventuais particulares interessados.

A presidenta do Conselho também apresenta a questão de saúde como uma questão urgente a ser pensada:

Acho que um dos maiores problemas é a saúde dos presos, dos que estão reclusos. Eu sinto uma certa dificuldade em relação a administração querer facilitar a melhoria nesse aspecto. Eles parecem que não tem muito interesse de melhorar a saúde, é um caos lá, um caos.

Diante dessa problemática a ACIF, a Defensoria Pública e a OAB, por meio de seus membros conselheiros, encaminharam um projeto no sentido dos alunos do curso de medicina das duas faculdades da cidade desenvolvessem um atendimento na penitenciária sob a supervisão de algum professor ou do médico responsável da penitenciária. Foram marcadas reuniões com diretores, reitores, ainda sem definições, mas essa foi uma ideia comemorada pelas familiares conselheiras.

Outra demanda recorrente durante toda a formação do Conselho e correlata à questão da saúde, foi a constante falta de água que acomete a penitenciária. Tal situação ilustra o duplo olhar extensão-pesquisa que marca este trabalho. Em uma das nossas visitas à penitenciária no projeto de remição por leitura, somos informados pelos presos sobre cortes sistemáticos da água por parte da administração. Em outro momento, tal situação foi sentida pelos membros da extensão ao terminarem nossas atividades, após sairmos do raio da escola e avançarmos para o prédio da administração, utilizamos o banheiro e, mesmo ali, não havia água para descarga, nem mesmo para lavarmos as mãos.

A partir dos contatos que tínhamos no período e com as membras do grupo no setor de assistência social, diagnosticamos que essa situação advém de uma condição estrutural do prédio, cuja capacidade para armazenamento de água é insuficiente para todo o dia e para tanta gente. De posse de tais informações, levamos a pauta para os encontros de formação do Conselho, momento em que a Defensoria Pública se responsabilizou em enviar uma comunicação oficial à administração da prisão para maiores averiguações sobre o corte de água.

A resposta, em reunião posterior, foi apresentada como um e-mail com dados genéricos por parte do Diretor responsável. Em sua mensagem ele apresentava a média de água utilizada por cada um dos 2 mil presos, em comparação com dados da Organização Mundial da Saúde, defendendo haver o respeito ao mínimo que qualquer ser humano precisa para viver.

O não fornecimento de condições básicas de saúde não é uma exceção do sistema penitenciário, mas faz parte do seu próprio projeto de existência. “Nada ali é depauperado por falta de verba, mas toda a degradação é fruto de um descaso programático. Se não fosse assim, não seria o cárcere”³⁵. Nesse ponto, ressaltamos as considerações de Davis³⁶ e Wacquant³⁷ que retratam como a instituição prisional ganhou centralidade no governo dos pobres e da população negra nos Estados Unidos especialmente com o fim do Estado de Bem-estar Social.

Destarte, ao direcionar a pauta de saúde das pessoas presas por meio do Conselho da Comunidade é necessário que estejamos cientes dessas diagramações sociais, afinal, a vontade de se articular forças para maior abrangência do atendimento médico não pode se

35 SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.378.

36 DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?*. Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

37 WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

encerrar nisso. As medidas urgentes para suprir os buracos do Estado na prisão devem ser lidas no quadro central de que a saúde pública no Brasil é de acesso gratuito e universal, ainda mais quando tratamos de pessoas sob tutela do Estado. Portanto, a luta maior é para que não só melhorem os serviços médicos nos estabelecimentos prisionais, mas diminuam a população presa, como forma de resistência ao projeto de marginalização do Estado. Sobre essas considerações, o membro representante do C.E.L., ao tratar da saúde e de como o Estado estabelece a pena, conclui:

Eu, sinceramente, eu acho que dos projetos que o conselho tem tentado tocar a mais urgente seria a da saúde, o de atenção à saúde, e tentar esse vínculo com as faculdades locais que são recentes. Cursos de medicina recentes. E tentar viabilizar essa atenção que eles já fazem no SUS, nas unidades básicas de saúde, tal. Eu acho que esse seria o essencial, é o zero. Antes mesmo de trabalho e estudo que na verdade eu acho que é a frente de trabalho que o conselho da comunidade tá mais avançado e eu acho que saia primeiro. Eu acho que é porque a questão de saúde é muito grave. A gente tem dois mil presos para um médico [...] a conta não vai fechar nunca, com o número de atendimentos e com o número de presos e a rotatividade muito grande; [...] eu, sinceramente, não me sentiria incomodado em ser apontado como estepe do Estado, porque eu acho que a missão da saúde é o básico. Se você puder criticar o conselho por qualquer coisa, pela saúde não, de fazer essa ponte com as faculdades de medicina locais. Seria o principal projeto. Apesar de eu não sei se vai ser tão fácil sair do papel.

Ante essas considerações, percebemos que não estamos perto de uma situação com respostas prontas, com caminhos já muito bem delineados. Projetamo-nos sobre uma questão de extrema delicadeza e urgência. Para que sejam desencarcerados, para que, enquanto conselheiros, universidade e comunidade, possamos assumir um papel reintegrador diante do cárcere, garantir a vida e saúde dessas pessoas faz parte do processo complexo de estar na prisão, pensá-la, tentar realizar isso sem produzir sua legitimação.

6.3 “Quando a porta bate nas costas”: prisão, trabalho e educação

O trabalho e estudo são demandas sempre presentes na prisão, que proporciona para o preso três coisas valorosas no cumprimento de pena: ocupa o tempo na prisão, abate tempo da pena por meio do instituto da remição e, no caso do trabalho, ainda recebe algum dinheiro para suas necessidades básicas e da família.

Entre as atividades encaminhadas pelo Conselho esteve a mobilização para a concretização de um curso profissionalizante na prisão, voltado principalmente à indústria calçadista. A cidade de Franca é um polo de produção de calçados, reconhecida como a “capital do sapato masculino”. Dessa forma, muitas das atividades do centro de educação industrial, o SENAI, em que seu representante se apresentou nos encontros, é voltada a esse nicho de mercado.

O Conselho almeja possibilidade de uma certificação que seja exterior à penitenciária, ou órgãos do sistema penitenciário, para que assim a profissionalização não conte já de cara com o estigma de ter sido produzida em período de encarceramento. O representante do SENAI explorou essa questão ao ser entrevistado:

Pois é, através da educação, não a educação propedêutica, mesmo porque esse não é o papel do SENAI, educação comum, mas sim a educação profissional, nesse sentido o SENAI presta um serviço de qualidade, capacitando pessoas, indivíduos interessados em áreas tecnológicas

para que possam ser reinseridos no mercado de trabalho através de uma ocupação digna, nobre, em que ele possa assegurar o seu próprio sustento [...]. Então nós temos que considerar ocupações que se possa deslocar até o sistema prisional. Uma condição de máquinas e equipamentos que permitam essas ocupações serem realizadas, isso, nesse momento, está mais facilitado, no que se refere a ocupação de pespontador de calçados, já que existe aí uma parceria anteriormente costurada e através dessas parcerias, algumas empresas, e o próprio sindicato patronal da indústria de calçados, são fomentadores dessa atividade lá dentro e próprio sindicato fazendo o próprio trabalho, como se comprometeu, disponibilizar os bancos de dados as oportunidades para que o egresso tenha condições de retornar ao mercado de trabalho de forma mais fácil.

Vale dizer que a possibilidade dessa atividade no interior penitenciário envolve, para além do ensino profissionalizante, o instituto da remição penal: desconto no tempo da pena por atividades de trabalho, estudo ou leitura ao serem realizadas as respectivas formalidades. As práticas a serem desenvolvidas no interior da penitenciária devem acompanhar uma escuta às demandas dessas personagens. Assim, quando pensamos a saída do cárcere e estratégias para recebimento dessas pessoas, o Conselho da Comunidade deve se atentar em reconhecer:

a) a autonomia destes indivíduos; b) entendê-los como sujeitos ativos das estratégias de reintegração social; c) que os egressos tenham discursos fortes e que sejam levados estes mesmos discursos em consideração na proposição e na execução das estratégias; d) que ocorram experiências exitosas de inclusão social³⁸.

Por isso, não vale somente que visualizemos, enquanto Conselho, as possibilidades de cursos no ramo calçadista pelo perfil da cidade em que nos inserimos. As habilidades das pessoas presas e egressas devem ser levadas em consideração e aqueles em que não se inserirem nessa lógica de formação não podem ser tomados como desiduosos, ou levarem a pecha de “não quererem nada da vida”. Afinal, a criação de estratégias de intervenções locais não pode ignorar uma análise sistêmica do encarceramento.

Ao redor da discussão sobre oportunidades de estudo e profissionalização, bem como o processo de sair da prisão, surge a discussão acerca de outro órgão institucional, a “Central de Atenção ao Egresso e Família” (CAEF) – responsável pela acolhida dos presos e familiares em um momento latente de enfrentamento das desestruturas provocadas pela prisão. A casa mais próxima à Franca fica na cidade de Ribeirão Preto/SP, cerca de 90 quilômetros. A egressa e presidenta do Conselho apresenta:

Eu queria muito também que desse certo a Casa do Egresso, que é onde o preso sai e ele tem um norte, eu penso que o preso tem que ter um norte depois que ele sai da cadeia. Ele sai e fala “bom, para onde eu vou?”. Não tem um lugar, eu sai e senti isso na pele. O portão bateu nas minhas costas e não sabia para onde eu ia, para onde eu ia recomeçar a minha vida. As vezes isso é a grande reincidência. Porque os presos não têm um norte. Uma casa do Egresso seria legal assim, o preso chegar lá ele consegue, as vezes, ser encaminhado para fazer uma documentação que ele não tem, ser encaminhado para um curso, ser encaminhado para um trabalho, mas uma coisa efetiva mesmo, que encaminhe mesmo.

38 FERREIRA, Jorge Chade. *Os Conselhos da Comunidade e a reintegração social*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.302.

Ainda que o momento de análise seja sobre a incipiência do Conselho, a partir desse debate tem se mirado, como um dos objetivos a longo prazo, a constituição de um espaço que exerça essa função de recebimento, acolhida e encaminhamento das demandas em relação às violações estruturais e conjunturais que conformam a prisão. Rompendo, assim, com os constantes projetos de “inclusão perversa” em que “permitem aos indivíduos uma sobrevivência minimamente necessária a que eles contribuam para manutenção do sistema, sem que, porém, tenham forças para se insurgirem contra este, contra as injustiças e a exploração.”³⁹

7 CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho objetivamos o acompanhamento da formação do Conselho da Comunidade sobre sistema penitenciário em uma cidade do interior paulista. Percorremos os principais passos para sua construção, as personagens envolvidas e representações que gravitaram nesse caminho. Almejamos, com isso, apresentar um panorama do processo diante das demandas e expectativas direcionadas pela composição de conselheiros(as).

Guiados nesse percurso, nos deparamos “Entre grades” com o problema da produção do encarceramento e seus reflexos na comunidade. Dentre eles, estão as diversas “Vozes” e instâncias de comunicação que entram pelas “Portas” criadas pela via institucional ou subterrânea. Sendo assim, “Linhas” de diálogo que ligam um dentro e um fora e se emaranham no “Nó”, que é a prisão.

Lembramos que por se tratar de uma mobilização ainda em processo, articuladora de diferentes experiências com a prisão e com as instituições de controle do sistema de justiça, não temos aqui a pretensão de esgotar o nosso reflexivo objeto de pesquisa. O conselho, seus membros e mobilizações, demonstraram um frutífero campo para a investigação científica empírica e a possibilidade de pesquisar e intervirmos juntos.

Nesta perspectiva, a primeira estratégia de intervenção na política carcerária é a negação do cárcere. Lembra Sá que o cárcere não é um caos, mas um programa, um programa de degradação humana. Ainda que ele fosse muito bonito, arejado, arquitetonicamente agradável e humanizado, ele não deixaria de ser cárcere. Não é porque se embelezam os túmulos, que eles deixam de ser túmulos e abrigar os mortos; os túmulos, por mais belos que sejam, jamais terão condições de fazer ressurgir para a vida os corpos que nele abrigam⁴⁰.

No itinerário de formação do Conselho, alguns representantes se somaram, outros deixaram o espaço, uns seguiram flutuando entre os encontros. Caminhar nesse processo sempre tenderá à inconclusão e exigirá de nós superarmos desafios para que o Conselho possa seguir caminhando e, quem sabe, sem a necessidade de pegadas tão demarcadas, ou seja, que possa se constituir para além daquelas personagens imprescindíveis neste processo inicial.

Não obstante, o Conselho da Comunidade nos parece uma potencial maneira de intervenção e responsabilização da sociedade sobre o encarceramento que essa produz em seu próprio seio. Assim: a) o reconhecimento da experiência das pessoas presas, egressos e familiares; b) a articulação de diferentes instâncias da comunidade; c) bem como a abertura da universidade por meio da pesquisa e da extensão – compõem a estratégia epistemológica e política que pode proporcionar a superação das armadilhas de legitimação do cárcere ou seu fortalecimento.

39 SÁ, Alvinho Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

40 SÁ, Alvinho Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 378.

Fotografamos por meio deste estudo um importante acontecimento para a questão prisional aonde nossa Universidade se situa. Um momento valorado pelos diferentes membros do Conselho e os estudantes extensionistas da universidade. Como todo objeto, passível de investigação, alguns hieróglifos são mais decifráveis que outros. Quando tratamos de mobilizações em curso, de pessoas, instituições, buscamos superar os contornos legais que não dizem necessariamente o direito, tampouco, a realidade. E, assim, estamos sujeitos aos tiros que nos acertam, acertam o outro. A superação das grades que nos prendem e em que nós prendemos o outro.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política Criminal. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, jul./dez. 2009.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A identidade do Preso e as Leis do Cárcere*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração Social: discursos e práticas na prisão – um estudo comparado*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Entre a prisão e o mundão: entrada da sociedade civil no cárcere e reintegração social*. *Revista Espaço Acadêmico*. n° 154. Março, 2014.

BRASIL. Comissão para Implementação e Acompanhamento dos Conselhos da Comunidade. *Cartilha Conselhos da Comunidade*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2008.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Período de Julho a Dezembro de 2019*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrjoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJlLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLlRQONGMtNDNmNy05MmWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 13 dez. 2020.

CUNHA, Manuela Ivone. *Entre o bairro e a prisão: tráficos e trajetos*. Lisboa: Fim de Século, 2002.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?*. Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FERREIRA, Jorge Chade. *Os Conselhos da Comunidade e a reintegração social*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos*. São Paulo: Boitempo, 2017.

GODOI, Rafael. *Penar em São Paulo: Sofrimento e mobilização na prisão contemporânea*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.31, n.92, 2016.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

LISPECTOR, Clarice. *Mineirinho*. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/mineirinho-por-clarice-lispector>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*: proposta de um modelo de terceira geração. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. *Unidades Prisionais (penitenciárias)*. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/>. Acesso em: 06 fev. 2019.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI. *Criminología: Aproximación desde un margen*. vol. 1. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1988.

Recebido em: 27.01.2022

Aprovado em: 14.07.2023

Como citar este artigo (ABNT):

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; JESUS, José Eduardo Adami de. O que passa pelas grades e se faz desde a rua: retrato da formação de um Conselho da Comunidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.48, p.95-118, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/08/DIR48-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.



Newton

ISSN 1678-8729