



**Revista de
Estudos
Empíricos
em Direito**
Brazilian
Journal of
Empirical
Legal Studies

— vol. 6, nº 2, ago 2019

EDITORES / EDITORS /

Fernando de Castro Fontainha / IESP-UERJ

Marcos Vinício Chein Feres / UFJF

ASSISTENTES EDITORIAIS / EDITORIAL ASSISTANTS /

Ana Carolina Castro / IESP UERJ

Amanda Evelyn Cavalcanti de Lima / IESP UERJ

Inês Ferreira Dias Tavares / UFRJ

João Pedro Pacheco / IESP UERJ

Luiza Meira Bastos / IESP UERJ

COMITÊ EXECUTIVO / EXECUTIVE BOARD /

Alexandre dos Santos Cunha / IPEA

Ana Gabriela Mendes Braga / UNESP

Bernardo Abreu de Medeiros / IPEA

Diogo Rosenthal Coutinho / USP

José Roberto Franco Xavier / UFRJ

Maira Rocha Machado / FGV Direito SP

Paulo Eduardo Alves da Silva / FDRP USP

Rebecca Forattini Altino Machado Lemos Igreja / CEPPAC UNB

Riccardo Cappi / UEFS

REVISÃO DA REVISTA / JOURNAL REVISIONS /

Aline Cristine Sant'anna

Carlos Liguori

Caroline Caldas

Daniel Astone

Elisa Mara Coimbra

Guilherme Kenzo dos Santos

Ingrid Garbuio Mian

João Gabriel Couri

João Victor de Freitas Moreira

Laura Magalhães de Andrade

Letícia Lobato Anicet Lisboa

Michel Roberto Oliveira de Souza

Pedro Salomon Mouallem

Stephane Lima

Thiago Filippo

Yasmin de Melo Silva

PROJETO GRÁFICO / GRAPHIC DESIGN /

Roberta Giotto

DADOS PARA CONTATO / CONTACT INFORMATION /

www.reedpesquisa.org / reed.revista@gmail.com

As informações e opiniões trazidas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

ISSN 2319-0817



Rede de Pesquisa
Empírica em Direito

CONSELHO EDITORIAL

EDITORIAL BOARD

Alexandra Hunneus / University of Wisconsin-Madison

Alvaro Pires / University of Ottawa

Ana Lúcia Pastore / Universidade de São Paulo

André Jean Arnaud / In Memoriam

Barbara Velloso Dias / Universidade Federal do Pará

Bryant Garth / University of California-Irvine

Calvin Morrill / University of California-Berkeley

Carolina Esteves / Faculdade de Direito de Vitória

Cassio Cavali / FGV Direito Rio

Cesar Garavito / Universidad de los Andes

Conceição Gomes / Universidade de Coimbra

David Cowan / University of Bristol

David Trubek / University of Wisconsin-Madison

Elizabeth Mertz / University of Wisconsin-Madison

Fabiano Engelmann / Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Helena Reis / Universidade Federal de Goiás

José Eduardo Faria / Universidade de São Paulo

José Octávio Serra Van-Dúnem / Universidade Agostinho Neto

José Roberto Franco Xavier / Universidade Federal do Rio de Janeiro

Kazuo Watanabe / Universidade de São Paulo

Liora Israël / École des Hautes Études en Sciences Sociales

Luciana Gross Cunha / FGV Direito SP

Marc Galanter / University of Wisconsin-Madison

Marcelo Neves / Universidade de Brasília

Marcos Nobre / Universidade de Campinas

Marcus Faro De Castro / Universidade de Brasília

Maria Tereza Dias / Universidade Federal de Minas Gerais

Maria Tereza Sadek / Universidade de São Paulo

Patrícia Borba Vilar Guimarães / Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Paulo Furquim de Azevedo / Insper

Salo Coslovsky / New York University

Sergio Costa / Freie Universität Berlin

Scott Cummings / University of California – Los Angeles

Wanda Capeller / Institut d'Études Politiques de Toulouse

Yanko M. Xavier / Universidade Federal do Rio Grande do Norte

CARTA DOS EDITORES

Apresentamos o segundo número do sexto volume da Revista de Estudos Empíricos em Direito, periódico científico de iniciativa do Instituto Rede de Pesquisa Empírica em Direito, que tem por objetivos o estímulo, o debate e a indução da pesquisa empírica na área de Direito no Brasil desde 2011.

Mantemos o compromisso com a realização de uma revista de qualidade e representativa da pesquisa nacional. Todos os artigos aqui publicados passam por rigoroso processo de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review), respeitando-se na medida do possível a diversidade regional e temática que caracteriza a pesquisa empírica que tematiza o direito.

Agradecemos a participação graciosa e qualificada do nosso corpo de pareceristas e do nosso Conselho Editorial, com representantes de instituições prestigiosas de diversos países e estados do Brasil. Agradecemos também à equipe editorial que tanto trabalhou para que concluíssemos este número.

Deixamos aqui registrado o nosso reconhecimento a essas pessoas que muito contribuíram para garantir que este periódico possa de fato ser um instrumento de realização de importante missão científica.

Nossa revista passa no momento por significativas reestruturações, tanto na equipe quanto na sua política de privacidade, controle de qualidade e combate ao plágio e outras práticas antiacadêmicas. Voltaremos a vocês, nossos leitores, com mais detalhes no próximo número.

Boa leitura!

Fernando de Castro Fontainha
Marcos Vinício Chein Feres
EDITORES

LETTER FROM THE EDITORS

We are pleased to introduce the second issue of the sixth volume of the Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, a scientific journal of the Brazilian Network of Empirical Legal Studies, which aims to foster and develop empirical research in the area of Law in Brazil since 2011.

We maintain our commitment to accomplish a high-quality journal that represents Brazilian and international research. All articles published in this number undergo a rigorous double-blind peer review process, respecting as far as possible the regional and thematic diversity that characterizes empirical research in law.

We would like to acknowledge and thank everyone that contributed to this Journal. We are grateful for the gracious and qualified participation of the peer reviewers and the members of our Editorial Board, which includes representatives from prestigious institutions in many countries and different states in Brazil.

We are also thankful for the dedication and effort from our editorial team, without whom this issue would not have been possible. We would like to voice our deepest gratitude to everyone that contributed in order to assure this Journal would be an instrument for the development of its relevant scientific mission.

Our Journal experiences some important changes regarding our team composition, as well as our privacy policy, our quality control policies, and measures against plagiarism and other anti-academic practices. We'll come back to you, readers, in more detail on the next issue.

Happy reading!

Fernando de Castro Fontainha
Marcos Vinício Chein Feres
EDITORS

SUMÁRIO

ARTIGOS

- 7 **SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL: análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal e Senado no período pós-1988**
Antonio Eduardo Reichmann Seixas
- 35 **ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS: uma análise das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais**
*Leonardo Cajueiro D'Azevedo
Mauro Macedo Campos*
- 58 **GESTÃO DE ILEGALISMOS E O TEATRO DA DISCIPLINA: os casos de falta grave por celular em uma unidade prisional de Curitiba/PR no ano de 2017**
André Ribeiro Giamberardino
- 78 **DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À MACONHA MEDICINAL PARA FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO SUS: um estudo de caso da Ação Civil Pública nº 0802271-83.2015.4.05.8200**
*Lucas Lopes Oliveira
Luziana Ramalho Ribeiro*
- 97 **OS DESAFIOS DO PESQUISADOR NATIVO: reflexividade, triangulação e questões éticas em pesquisas qualitativas que envolvem o local de trabalho do pesquisador**
Marcio Camargo Cunha Filho

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL: análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal e Senado no período pós-1988

 Antonio Eduardo Reichmann Seixas¹

Palavras-Chave

controle de constitucionalidade /
controle difuso / Senado Federal /
Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Questões dogmáticas.

2.1. Natureza política do ato do Senado. 2.2. Ausência de prazo para decisão. 2.3. Possibilidade de recusa parcial ou integral da suspensão da execução da lei. 2.4. Impossibilidade de revogação da Resolução do Senado. 2.5. Efeitos temporais da Resolução do Senado. 2.6. Conclusões preliminares. **3.**

Pesquisa empírica. 3.1. Apontamentos metodológicos. 3.2. Análise das conclusões já obtidas. 3.3. Análise das comunicações feitas pelo STF. 3.4. Análise das decisões do Senado. **4. Conclusões. 5. Referências.**

Resumo

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade comporta desde 1934 um mecanismo segundo o qual cabe ao Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1988 prevê esse mecanismo mesmo em um cenário diverso do de sua concepção, o que dificulta a compreensão de vários aspectos do instituto. O objetivo deste trabalho é analisar o comportamento de Supremo Tribunal Federal e Senado na matéria no período que vai de outubro de 1988 a novembro de 2016, a partir de um levantamento documental de todas as comunicações entre as instituições no período mencionado. Além disso, empreendeu-se investigação teórica para esclarecer questões dogmáticas deixadas em aberto pela redação do texto constitucional.

¹ Mestrando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado.

STOP OF APPLICATION OF A LAW DECLARED UNCONSTITUTIONAL: analysis of the brazilian Federal Supreme Court and Federal Senate behaviour after 1988

 Antonio Eduardo Reichmann Seixas¹

Keywords

judicial review / american system /
Brazilian Federal Senate / Brazilian
Supreme Court

SUMMARY

1. Introduction. **2. Dogmatic issues.** 2.1. Political nature of Senate's act. 2.2. Lack of deadline for decision. 2.3. Possibility of partial or full refusal to suspend the execution of law. 2.4. Impossibility of revocation of Senate Resolution. 2.5. Temporal effects of Senate Resolution. 2.6. Preliminary conclusions. **3. Empirical research.** 3.1. Methodological notes. 3.2. Analysis of the partial conclusions. 3.3. Analysis of STF communications. 3.4. Analysis of Senate decisions. **4. Conclusions.** **5. References.**

Abstract

Since 1934, the Federal Senate of Brazil has exclusively the competence to stop the application of a law declared unconstitutional by final decision of the Federal Supreme Court. The Constitution of Brazil of 1988 provides this mechanism in a different judicial review system from that of its conception, which makes it difficult to understand some aspects of the institute. The purpose of this article is to analyze the behavior of Federal Supreme Court and the Federal Senate between October 1988 and November 2016, based on a documentary survey of all communications between these institutions. In addition, theoretical research was undertaken to clarify dogmatic questions left open by the constitutional text.

¹ Biography Summary, Master in International Law - University of São Paulo (USP). Bachelor in Law - Federal University of Paraná (UFPR). Lawyer.

1. INTRODUÇÃO

Desde 1891, ano de promulgação da primeira Constituição republicana, pratica-se no Brasil o controle difuso, incidental e sucessivo de constitucionalidade. Importado dos sistemas da *common law*, esse modelo encontrou dificuldades de adaptação ao direito brasileiro, onde não se havia consolidado a regra dos precedentes obrigatórios. Os legisladores pátrios, então, buscaram reiteradamente atenuar as disfunções e incoerências apresentadas pelo sistema adotado.

A primeira medida tomada com esse objetivo data de 1934, quando os constituintes conferiram ao Senado Federal a competência para suspender a execução de “qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Por meio dessa fórmula, buscou-se aproveitar a toda uma declaração de inconstitucionalidade naturalmente restrita às partes do processo e, assim, evitar a reprodução de demandas ajuizadas por tantos quantos fossem os afetados pelo ato inconstitucional.

O advento da fiscalização abstrata e concentrada de constitucionalidade, em 1965, não impediu a permanência da competência do Senado na matéria. O art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988 prevê que “compete privativamente ao Senado Federal [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O objetivo do presente trabalho é analisar o instituto no período pós-1988. Para tanto, valeu-se do levantamento documental de todas as comunicações realizadas entre Supremo Tribunal Federal e Senado para fins do art. 52, inc. X, da Constituição no período

que vai de outubro de 1988 até novembro de 2016. A metodologia será detalhada no tópico 3.1.

Antes de analisar o comportamento das instituições envolvidas no processo, porém, convém abordar algumas questões dogmáticas, tendo em vista a redação simples do dispositivo constitucional e a necessidade do esclarecimento interpretativo de importantes aspectos dessa peculiar forma de atuação do Poder Legislativo no sistema de controle de constitucionalidade.

2. QUESTÕES DOGMÁTICAS

A Constituição de 1988 não aborda em detalhes aspectos essenciais da suspensão da execução de lei pelo Senado Federal. Não há, tampouco, lei ordinária que regulamente o instituto. Os regimentos internos de Supremo Tribunal Federal e Senado abordam apenas questões procedimentais ou, então, alguns poucos entendimentos consolidados ao longo do tempo, como o de que o Senado pode suspender apenas as leis declaradas inconstitucionais em controle difuso, uma vez que a fiscalização abstrata e concentrada – de natureza objetiva – por si só já opera com eficácia contra todos².

O Regimento Interno do STF estabelece, em seu art. 178, que a Secretaria Judiciária deve comunicar ao Senado da declaração incidental de inconstitucionalidade logo depois do trânsito em julgado da decisão que a veicula. As cópias do acórdão e do texto da lei cuja execução se deva suspender são então remetidas via ofício assinado pelo Presiden-

2 O Supremo Tribunal Federal não divide com outro órgão do Estado a prerrogativa de fulminar de nulidade, num exame geral e abstrato, determinado dispositivo legal por contrariedade à Constituição. Conforme afirmou Ronaldo Poletti (1998, p. 151-152), “a declaração [em controle abstrato], por si só, acarreta a suspensão da execução da lei e nenhuma outra função poderia ter o julgamento, se não essa”.

te da corte. Em seguida, o Serviço de Protocolo do Senado recebe essa documentação e a encaminha para leitura em plenário. Uma vez lida, a comunicação segue para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) que, nos termos do art. 388 do Regimento Interno da casa, formula projeto de Resolução para suspender a execução da lei inconstitucional. Esse projeto é, por fim, apreciado pelo plenário da casa e, se aprovado por maioria de votos, dá origem a Resolução do Senado Federal.

Veja-se que alguns aspectos do dispositivo restam sem o devido esclarecimento, a começar pela própria natureza do instituto. Afinal, o que significa suspender a execução de lei declarada inconstitucional? Trata-se de revogar a lei, dar efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade ou apenas “dar maior publicidade” à decisão do Supremo? Outras perguntas podem ainda ser formuladas:

1. Recebida a comunicação do Supremo, há prazo legal para que o Senado decida sobre a suspensão da lei declarada inconstitucional? Em caso afirmativo, o que ocorre se esse prazo não for respeitado?
2. O Senado pode se recusar a suspender a execução da lei declarada inconstitucional ou então decidir por suspender apenas parte dela, modulando efeitos?
3. Editada a Resolução do Senado Federal suspendendo a execução de lei, pode o Senado “voltar atrás” e revogar sua própria Resolução?
4. A suspensão da execução da lei opera com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*?

As repostas para essas cinco perguntas serão traçadas a seguir, a partir da análise de trabalhos acadêmicos e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2.1. Natureza política do ato do Senado

A primeira questão deixada em aberto pelo texto constitucional diz respeito à natureza do ato que suspende a execução de lei declarada inconstitucional. Nesse particular, despontam três entendimentos firmados pela doutrina e pela jurisprudência do STF. O primeiro deles compreende o ato do Senado como mera “republicação” da decisão de inconstitucionalidade, de modo que finalidade seria, portanto, dar maior publicidade à decisão do STF e não se admitiria, por parte do Senado, qualquer possibilidade de emissão de juízo sobre a inconstitucionalidade da lei. Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1968) foi um dos primeiros a defender essa tese, fundamentada na doutrina clássica sobre o ato inconstitucional.

Para essa doutrina, notabilizada pelo *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall, no caso *Marbury v. Madison* (Estados Unidos, 1803), um ato contrário à Constituição é nulo e írrito (*null and void*) e não produz quaisquer efeitos, razão pela qual a decisão que declara a inconstitucionalidade no caso concreto deve operar de forma retroativa à elaboração do ato inconstitucional (efeitos *ex tunc*). Thomas Cooley (1868, p. 3) acrescentava que a “lei inconstitucional”, para ele uma expressão enganosa, não era sequer uma lei (“*in fact no law at all*”), devendo-se considerá-la como se nunca tivesse existido.

Seguindo essa linha de raciocínio, uma lei contrária à Constituição teria sua execução automaticamente suspensa com a declaração de inconstitucionalidade, e qualquer medida posterior à decisão judicial, como a atuação do Senado Federal, mostra-se completamente desnecessária. Assim, Lúcio Bittencourt (1968, p. 145-146) considerava a

expressão “suspensão da execução de lei inconstitucional” uma impropriedade técnica do legislador, uma vez que não restaria outra função ao mecanismo que não fosse dar maior publicidade à decisão do STF.

Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 274) notabilizou-se por defender os postulados de Bittencourt em tempos mais recentes. Acrescentou, ainda, que a partir de 1988 a competência do Senado Federal perdeu grande parte de seu significado com a predominância do controle abstrato no sistema brasileiro e com o reconhecimento de “efeitos transcendentais” às decisões do STF tomadas em controle difuso. Seria possível, então, falar-se em “uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988”. Para o jurista mato-grossense, “poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*” (grifo no original).

Em sua atuação como Ministro do Supremo Tribunal Federal, Mendes protagonizou discussão emblemática sobre o tema quando do julgamento da Reclamação 4.335/AC, de sua relatoria³. No referido processo, a Defensoria Pública do Estado do Acre ajuizou Reclamação em face de decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de pena a dez detentos, todos eles condenados pela prática de crimes hediondos. A decisão atacada teria descumprido julgado do Supremo Tribunal Federal, que em

sede do Habeas Corpus 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, afastara a vedação de progressão de regime prevista na Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), declarando a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 2.º, daquele diploma legal. O Ministro Gilmar Mendes votou pela procedência da Reclamação, concedendo a progressão de regime sob o argumento que as decisões do STF, inclusive em controle difuso, possuem eficácia vinculante, operando com efeitos *erga omnes* sem a necessidade de ato do Senado Federal que suspenda a execução da norma declarada inconstitucional. A Reclamação, portanto, seria um meio processual adequado para se obter tutela dessa espécie.

A tese defendida por Lúcio Bittencourt e Gilmar Mendes é duramente criticada por grande parte da doutrina. Lenio Streck (2014, p. 551) assevera que a exclusão da competência do Senado Federal “ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do STF – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo”. Nesse sentido, já sustentava Paulo Brossard (1976, p. 62):

Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal.

Evidentemente, não foi para essa função de amanuense que a Constituição de 34 reservou essa competência ao Senado, em caráter privativo.

O “esvaziamento” da função do Senado se

³ A tese do Ministro Gilmar Mendes (relator, 01/02/2007), no entanto, não prosperou na decisão final da corte. Após os votos dos Ministros Eros Grau (voto-vista), Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa (19/04/2007), o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos e proferiu seu voto anos depois, apenas em 16/05/2013. Nesse espaço de tempo, foi editada Súmula Vinculante veiculando o entendimento do Habeas Corpus 82.959/SP, fazendo com que a discussão original perdesse objeto e a Reclamação fosse julgada procedente (Brasil, 2014).

mostra, de fato, bastante problemático. É preciso ressaltar que a divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive as que tratam de controle incidental de constitucionalidade, já é levada a cabo pelo Diário de Justiça. Conforme lembrava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p. 205), a publicidade das decisões da Excelsa Corte “resulta da divulgação do resultado do feito, da própria decisão judicial, inserta em órgão oficial”. Considerar a atribuição senatorial mera repetição desse labor deixaria sem nenhuma relevância e certamente não foi esse o objetivo do constituinte.

Mesmo a “autêntica mutação constitucional”, defendida por Gilmar Mendes, não é sustentável. Flávio Quinaud Pedrón (2015, p. 232) observa que a mutação constitucional é um fenômeno cuja ocorrência encontra determinados limites, dentre os quais a letra expressa da própria Constituição, cuja desobediência acaba por torná-la uma “mutação inconstitucional”. Para Nelson Nery Júnior (2010, p. 199), a mutação constitucional é um processo de interpretação *natural* da Constituição que não pode ser construído de maneira forçada: “não se pode fazer tábua rasa do texto do art. 52, inc. X, da CF, que ainda se encontra em vigor e só pode ser desconsiderado por expressa mudança formal e material da Constituição”.

Nesse mesmo sentido, Carlos Victor Nascimento dos Santos (2014, p. 601) concluiu, após análise empírica, que não houve modificação no comportamento do STF ou do Senado, mas, sim, “uma mudança de interpretação do texto constitucional em razão de elementos subjetivos do intérprete [referindo-se ao voto do Ministro Gilmar Mendes]. Assim, *não há que se falar em mutação constitucional do disposto no art. 52, inc. X, da Constituição*” (grifo no original).

Suplantada a primeira tese sobre o ato do Senado, uma segunda corrente doutrinária defende que cabe àquela casa legislativa avaliar os requisitos formais da decisão judicial, como por exemplo o respeito ao quórum mínimo de Ministros para julgamento em Plenário. Celso Ribeiro Bastos (1979, p. 85) afirmava não caber ao Senado a deliberação acerca de questões *interna corporis* do Supremo Tribunal Federal. Cabe-lhe, sim, examinar os requisitos constitucionais para a suspensão da norma e “nessas condições, em exercendo função própria do Legislativo, não se pode furtar à suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF”. A função do Senado, portanto, seria fiscalizar a regularidade do julgado e, em seguida, executar o comando previsto na Constituição: suspender a execução do dispositivo eivado de inconstitucionalidade.

A redução do papel do Senado a “fiscal” da Constituição em relação à decisão judicial é igualmente problemática e também encontra bastante crítica na doutrina. Para Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1992, p. 78), admitir-se a verificação dos requisitos formais da decisão do STF como único atributo do Senado Federal na competência do art. 52, inc. X, da Constituição foge à razoabilidade na interpretação “fático-jurídica” do dispositivo. Parece expressar a busca de uma secundaríssima justificação para a cláusula constitucional “por aqueles que, aferrados a uma noção dogmática do controle judicial exclusivo, precisam recusar conhecimento ao significado óbvio dessa cláusula e ao mesmo tempo justificar a sua existência”.

De acordo com Paulo Brossard (1976, p. 57), “o Senado não é fiscal da Corte Suprema, nem tem por ofício cuidar da observância das regras de julgamento. Às partes, não ao Senado, é reservada essa vigilância”.

Por essa razão uma terceira corrente compreende o ato do Senado que suspende a execução de lei inconstitucional como um ato meramente político. Dessa forma, os senadores poderiam examinar a decisão de inconstitucionalidade “não apenas sob os aspectos formais, mas, também, quanto aos substanciais” (Ferraz, 2014, p. 1066). Já em 1966, quando do julgamento do Mandado de Segurança 16.512/DF, o Ministro Victor Nunes Leal asseverou que “o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão” (Brasil, 1966).

A maior parte da doutrina acompanha esse acertado posicionamento, cuja análise apropriada exige o enfrentamento de outras importantes questões: primeiro, se há prazo legal para que o Senado aprecie a decisão comunicada pelo STF; segundo, se a competência do Senado, na matéria, é vinculada ou não ao mérito e à extensão da decisão de inconstitucionalidade; e terceiro, se uma vez editada a Resolução do Senado Federal (RSF), pode ela ser revogada ou não por outro ato do próprio Senado.

2.2. Ausência de prazo para decisão

Os termos “vinculado” e “discricionário” apresentam precisamente dois sentidos diversos ao caracterizar a competência privativa do Senado. De um lado, uma atuação vinculada pode significar um poder-dever, uma obrigação constitucional de atuação da casa legislativa a respeito da decisão que lhe é remetida, não se admitindo, aqui, uma “não atuação”. De outro lado, uma atuação vinculada pode fazer referência, também, ao limite do juízo do Senado em relação à extensão da declaração de inconstitucionalidade inserta em decisão do STF, ou seja,

nesse caso, a suspensão pelo Senado estaria adstrita ao que foi decidido pelo órgão judiciário e os senadores não teriam o condão de modificar o sentido ou a extensão da declaração de inconstitucionalidade.

Por seu turno, o termo discricionário pode, a uma, significar ausência de obrigação do Senado em suspender a execução da norma inconstitucional, ou seja, os senadores podem decidir por suspendê-la ou não; e, a duas, referir-se ao limite do juízo senatorial, de modo que uma atuação discricionária permitiria ao Senado tomar uma decisão sem estar adstrito ao conteúdo da decisão judicial, podendo-se suspender ou não, parcial ou integralmente, a lei ou a parte da lei eivada de inconstitucionalidade.

O art. 52 da Constituição estabelece as competências privativas do Senado Federal. Para José Afonso da Silva (2002, p. 89), trata-se de norma de eficácia plena, o que implica, por um lado, a proibição de outras entidades ou órgãos exercerem aquelas atribuições e, por outro lado, a imposição ao titular da competência de realizarem determinada conduta na forma prevista, se ocorrerem certos pressupostos.

Lúcio Bittencourt (1968, p. 145) entendia o ato do Senado não como optativo, mas que “deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do STF”. Nesse mesmo sentido, de acordo com o Ministro Pedro Chaves, o ato do Senado é executório, secundário, complementar, “consequente e subsequente àquele ato judiciário praticado pelo Supremo Tribunal Federal”, uma vez que não poderia ser praticado se não preexistisse a decisão judicial (Brasil, 1966). Tratar-se-ia de competência vinculada no primeiro sentido do termo, não cabendo outra escolha à casa

legislativa a não ser proceder com a suspensão da norma declarada inconstitucional.

Parte significativa da doutrina discorda desse entendimento. Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1992, p. 74-75) pondera que a prática do ato senatorial não pode ser obrigatória justamente por se tratar de competência privativa, cujo exercício ocorre sem a interferência ou participação de outro órgão. A decisão do Supremo, aqui, é somente “*uma espécie de requisito para o exercício da competência constitucional atribuída privativa e livremente ao Senado*”. Dessa forma, a norma do art. 52 tem eficácia plena, mas não vinculativa, “tanto assim que *nenhuma sanção ou consequência positiva de qualquer natureza se conhece para o caso de tal ato deixar de ser praticado*” (grifos no original).

Se a atividade do Senado, nessa matéria, fosse considerada obrigatória, dever-se-ia admitir procedimento judicial ou qualquer outra medida compulsiva para se exigir o cumprimento desse poder-dever. Já ponderava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p. 208) que o Supremo Tribunal Federal “nada solicita ao Senado; apenas dá a ele o conhecimento de sua decisão definitiva, para que exerça a *faculdade* que a Constituição lhe atribui” (grifo no original). Dessa forma, não parece haver qualquer inconstitucionalidade na decisão do Senado em não suspender a execução da lei inconstitucional ou mesmo em não apreciar a decisão judicial que lhe foi remetida. Conforme aponta Sérgio Rezende de Barros (2005, p. 146), o exercício dessa competência “não implica a aceitação da lei inconstitucional, não significa rejeitar a decisão do Supremo. Apenas constitui uma limitação política do âmbito e do modo de aplicação da inconstitucionalidade”.

O caráter discricionário, no primeiro sentido do termo, é bem verdade uma consequência lógica da natureza política do ato do Senado. Os senadores avaliam a conveniência e a oportunidade de suspender ou não a execução da norma inconstitucional. Trata-se, pois, de uma competência genérica e não um dever determinado de agir, uma vez que não há qualquer sanção ou meio judicial que possibilite a exigência do cumprimento de uma “obrigação” constitucional.

Como expõe Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 120), não há prazo para a deliberação do Senado Federal nessa matéria: “não especificando, a Constituição, prazo para a sua deliberação e, ademais, inexistindo sanção contra sua omissão, não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio”. No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 1197) ressalta que “a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos”, do que conclui, de forma contrária à opinião exposta em artigos e no tribunal: “se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa”.

2.3. Possibilidade de recusa parcial ou integral da suspensão da execução da lei

A segunda acepção dos termos vinculado e discricionário diz respeito ao limite de atuação do Senado em relação ao conteúdo e à extensão da decisão de inconstitucionalidade. Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 121) entende que “não está o Senado impedido de suspender a execução de parte apenas de uma lei declarada, por inteiro, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”, seguin-

do a orientação de Michel Temer (2004, p. 48), para quem as expressões “no todo” ou “em parte” são empregadas no art. 52, inc. X, com o mesmo sentido de outros dispositivos constitucionais e.g. art. 66, § 1.^o⁴, que trata da possibilidade de veto pelo Presidente da República. A dimensão desse veto é discricionária ao Chefe do Poder Executivo. O emprego dos termos, portanto, teria semelhante sentido no tocante à competência privativa do Senado e assim a Alta Casa do Congresso Nacional não teria a obrigação de suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF, ou seja, “se o STF declarar a inconstitucionalidade de lei, por inteiro, faculta-se ao Senado a possibilidade de suspendê-la [apenas] em parte”.

Eduardo Talamini (2014, p. 698) acrescenta, ainda, que umas das consequências da discricionariiedade do Senado Federal nessa matéria seria a possibilidade de modular os efeitos da suspensão da execução da norma inconstitucional:

Ao prever a possibilidade de o Senado “suspender a execução, *no todo ou em parte*”, da “lei” declarada inconstitucional, a Constituição *não* está pretendendo indicar que, se a declaração de inconstitucionalidade for parcial, apenas essa parte poderá ser “suspensa”, e não o resto, tido por constitucional. Tal previsão seria supérflua: o Senado jamais poderia “suspender” a parte do ato normativo que não é inconstitucional. Portanto, o significado da ressalva é necessariamente outro: autorizar o Senado a “suspender” apenas uma *parte* da norma que o Supremo considerou inconstitucional. Consequentemente, o Senado pode modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento. Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que

a retire com eficácia *ex nunc* ou fixando algum outro termo que não o do surgimento da inconstitucionalidade. (grifos no original)

José Afonso da Silva (2014, p. 421) tem entendimento diverso, defendendo que o Senado somente poderá suspender por inteiro a lei que foi por inteiro declarada inconstitucional, não podendo fazê-lo apenas em parte, pois “quando o texto fala em suspender ‘em parte’, significa que também só dita parte foi declarada inconstitucional”. Mais adiante, completa: “o ato de suspensão emitido pelo Senado tem que ser conforme o julgado. Não tem ele poder para modificar a decisão do STF”.

Embora se discuta amplamente o alcance do juízo do Senado Federal, a maior parte da doutrina parece se alinhar à posição de José Afonso da Silva. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p. 209-210), por exemplo, ressaltava que o Senado não poderia funcionar como “revisor” da decisão do STF. As funções dos dois órgãos são claramente distintas: a do Supremo Tribunal Federal é declarar o ato inconstitucional na espécie e a do Senado é atribuir efeitos *erga omnes* à decisão quando entender oportuno e conveniente. A Alta Casa do Congresso pode, portanto, expandir ou não os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por suas próprias razões, e apreciar aspectos formais ou substanciais, sem imiscuir-se, contudo, no conteúdo da decisão, dada a impossibilidade de se modificar o que foi decidido pela corte.

Anna Cândida da Cunha Ferraz (2014, p. 1066) contra-argumenta de forma bastante acertada, afirmando que, embora o Senado Federal participe do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade, o ato de

4 Art. 66. [...] § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, *no todo ou em parte*, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto (BRASIL, 1988, grifo nosso)

suspensão não traduz exercício de função jurisdicional. Trata-se de ato político-jurídico ou político-normativo, “quase legislativo”, mas limitado, sem poder adentrar ao mérito da decisão e, assim, “não tem opção de suspender a execução de parte da lei, quando toda ela foi julgada inconstitucional, nem pode suspender toda a lei, quando apenas parte dela foi declarada inconstitucional pelo STF”. Dessa forma, o Senado não pode ampliar ou restringir o conteúdo da decisão judicial encaminhada pelo STF.

A questão em análise é mais delicada do que aparenta. Uma atuação do Senado que extrapole o que foi estritamente determinado pela decisão do STF pode causar prejuízos de grandes proporções àqueles atingidos pela norma atacada. Há julgado relativamente recente do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2007) que corrobora a preocupação aqui levantada.

O Senado Federal, por meio da Resolução 7/2007, suspendeu a execução de quatro leis do Estado de São Paulo declaradas incidentalmente inconstitucionais em sede de três Recursos Extraordinários. No julgamento do primeiro deles, o RE 183.906/SP, declarou-se, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade *parcial* de lei paulista que previa destinação obrigatória da renda obtida por meio de majoração da alíquota de ICMS a determinado programa habitacional, o que é vedado pela Constituição Federal. Posteriormente, o julgamento dos RREE 188.443/SP e 213.739/SP, para além do vício já reconhecido no RE 183.906/SP, declarou incidentalmente inconstitucionais outras três leis estaduais que replicavam e prorrogavam a aplicação vinculada da majoração anteriormente prevista.

Ocorre que, por equívoco, o ofício endereçado ao Senado fez referência às últimas três

leis *em sua integralidade* e não apenas aos trechos específicos efetivamente declarados inconstitucionais. Inadvertidamente, o Senado chancelou o descuido e a resolução acabou por ultrapassar o que fora, de fato, decidido pelo STF, suspendendo a eficácia das três leis por inteiro, inclusive as partes que não tinham sido declaradas inconstitucionais. A suspensão indevida acarretaria uma redução da ordem de R\$ 1,3 bilhão na arrecadação fiscal do Estado de São Paulo, o que fez com que o então governador paulista, José Serra, propusesse uma ação direta de inconstitucionalidade contra a RSF 7/2007, atacando-a exatamente no trecho que extrapolou o disposto nos acórdãos do STF que a ela deu origem. A Ministra Ellen Gracie, Presidente da Corte à época, deferiu pedido de medida cautelar (ADI-MC 3.929/DF), declarando parcialmente inconstitucional a Resolução do Senado, suprimindo a exata parte que tinha suspendido a execução de lei plenamente constitucional.

Ressalte-se que, no caso apresentado, por mais que tenha havido erro de comunicação no ofício encaminhado pelo STF, o Senado acabou por ultrapassar a exata extensão da inconstitucionalidade que havia sido declarada no acórdão, suspendendo a execução da parte da norma que remanesce em conformidade com a Constituição. A consequência desse tipo de atuação é evidentemente negativa e, inclusive, inconstitucional, razão pela qual foi combatida na ação direta de inconstitucionalidade há pouco referida. Já a hipótese contrária, ou seja, a suspensão de parte da lei que foi por inteiro declarada inconstitucional, mostra-se plenamente possível. Lembre-se, porém, que o Senado é um órgão político e essa atividade exige complexa interpretação jurídica. O mesmo vale para a modulação de efeitos,

tarefa cuja realização cabe, em princípio, ao Poder Judiciário quando aprecia questão de constitucionalidade na espécie ou em tese.

2.4. Impossibilidade de revogação da Resolução do Senado

Para além dos limites da atuação do Senado em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal, é preciso analisar, também, a possibilidade de revogação da resolução suspensiva pelo próprio órgão que a editou, ou seja, o Senado Federal.

Para José Celso de Mello Filho (1986, p. 183), na esteira da maior parte da doutrina, o Senado “exaure sua competência constitucional no momento em que promulga e edita a resolução suspensiva. Não pode, ao depois, a pretexto de melhor interpretar a decisão judicial proferida pelo STF, modificar-lhe o sentido ou restringir-lhe os efeitos”. Esse é o entendimento da própria corte suprema que, em 1966, ao julgar o já citado MS 16.512/DF, anulou resolução senatorial que revogava resolução suspensiva anterior. Em seu voto, o Ministro Gonçalves de Oliveira destacou que “o Senado se manifestando, dá-se a exaustão de sua competência, não pode voltar atrás, e, fazendo-o, comete ato anulável pelo STF” (Brasil, 1966). Neste ponto, é a competência do Senado, exclusivamente, que se exaure: é a casa legislativa que não poderá mais modificar a resolução que produziu.

Duas observações ainda merecem ser feitas. Primeiro, nada obsta que o Supremo Tribunal Federal, órgão judiciário que é, ataque a resolução suspensiva por vício de inconstitucionalidade, como no caso da referida ADI-MC 3.929/DF, quando a resolução senatorial ultrapassou os limites da decla-

ração de inconstitucionalidade que lhe deu origem. Mostra-se evidente, portanto, que a resolução suspensiva inconstitucional, assim como qualquer outro ato normativo evadido de inconstitucionalidade, pode e deve ser objeto de controle de constitucionalidade, seja em tese ou *in casu*.

Segunda observação: o Supremo pode modificar seu entendimento em relação ao julgado já remetido ao Senado e ainda não apreciado por aquela casa legislativa. Paulo Brossard (1976, p. 62-63) já alertava sobre as consequências negativas que a atuação do Senado com base em apenas um único julgado pode acarretar, afinal, se o Supremo revisa suas próprias súmulas, que compendiam jurisprudência consolidada e tranquila, “agirá o Senado com sabedoria se suspender a execução de lei com base apenas em um julgado, ainda que unânime, do Supremo Tribunal?”. Para Brossard, as características e singularidades do caso concreto podem reclamar soluções distintas “e esses matizes factuais contribuem para revelar o que até então permanecera irrevelado no ventre da lei”.

Nesse caso, assevera Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 1197) que a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante para o julgado que veicula entendimento diverso, uma vez que as decisões judiciais são protegidas pela força da coisa julgada. O elemento temporal afeto à atuação do Senado foi estabelecido pelo constituinte justamente para as ocasiões em que possa haver mudança na jurisprudência. Uma vez que o Senado decida por suspender a execução do dispositivo então declarado inconstitucional, o fará por definitivo, e por essa razão a Constituição permite ao Senado aguardar e observar as mudanças da jurisprudência, atuando ape-

nas no momento em que entender oportuno e conveniente. Os efeitos da resolução suspensiva não atingirão o caso que veiculou entendimento diverso nesse interstício temporal.

2.5. Efeitos temporais da Resolução do Senado

O processo legislativo brasileiro compreende a elaboração de resoluções (CF-88, art. 59, inc. VII) e de outras espécies normativas. Não tendo o constituinte definido expressamente o que é e quais atos devem ser veiculados por resolução⁵, coube à doutrina estabelecer sua definição como ato normativo primário editado pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta ou de cada uma de suas casas em particular, que visa formalizar deliberação tomada sobre matéria de sua competência privativa, regulamentando questão *interna corporis* de caráter político ou administrativo (Silva, 1992, p. 86; 2014, p. 443). O procedimento de elaboração de resoluções é definido em regimento interno e não encontra revisão, sanção ou promulgação em órgão diverso daquele que a editou.

Não se discute que o veículo mais adequado para o exercício da competência privativa do Senado em suspender a execução de lei declarada inconstitucional é a Resolução do Senado Federal (RSF). É preciso verificar, porém, quais seus efeitos temporais, se retroativos (*ex tunc*) ou prospectivos (*ex nunc*).

Trata-se de matéria bastante controvertida. A teoria clássica sobre o ato inconstitucional,

⁵ A Constituição Federal de 1988 menciona “resolução”, para além do art. 59, em dois outros artigos: o art. 68, que trata sobre leis delegadas, dispõe em seu § 2.º que a “delegação ao Presidente da República terá a forma de *resolução* do Congresso Nacional”; e o art. 155, que trata da instituição de impostos sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”, menciona, em seu § 2.º, inc. IV e V, o uso da resolução pelo Senado Federal para fixação de alíquotas.

embora considere como se tal ato nunca tivesse existido, reconhece a importância de alguns efeitos por ele produzidos que não podem ser simplesmente ignorados. Conforme observou o *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, Charles Hughes, no julgamento do caso *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank* (Estados Unidos, 1940), nem sempre o passado pode ser “apagado” por uma declaração judicial (“*the past cannot always be erased by a new judicial declaration*”).

No sistema brasileiro, a declaração abstrata de inconstitucionalidade é dotada de eficácia contra todos e opera, em princípio, com efeitos retroativos, podendo o Supremo Tribunal Federal lançar mão da modulação dos efeitos da decisão quando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a justifiquem, conforme estabelece a Lei n.º 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

A declaração incidental de inconstitucionalidade também opera com efeitos *ex tunc* como princípio geral. Entretanto, conforme observa Eduardo Talamini (2014, p. 683-684), “é o controle incidental, que examina a compatibilidade da lei com a Constituição à luz do caso concreto, o campo por excelência para o emprego da técnica da preservação dos efeitos”. Acrescenta, ainda: “haverá situações em que só no caso concreto será viável a ponderação de valores, a fim de se verificar a necessidade de preservação de determinados efeitos da norma inconstitucional”.

De um lado, é possível compreender que o ato do Senado tenha como função atribuir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade tomada no caso concreto.

Dessa forma, uma declaração com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, mas originalmente restrita às partes litigantes, seria “ampliada” e passaria a operar contra todos. Para Gilmar Mendes (2008, p. 260), parecia evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei “importava na *extensão dos efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade [...]. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado *caráter ampliativo* e não apenas *paralisante* ou *derrogatório do diploma viciado*” (grifos no original)⁶.

De outro lado, é possível considerar a suspensão da execução como se fosse uma “revogação” da lei declarada inconstitucional. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p. 211) afirmava que a Resolução do Senado Federal “apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, *dessa data em diante*, a revoga simplesmente” (grifo nosso). A partir desse raciocínio, a resolução suspensiva teria caráter *constitutivo* e só a partir de sua edição é que a lei perderia eficácia (Ferrari, 2004, p. 205).

Anna Cândida da Cunha Ferraz (2014, p. 1066) pondera que o Senado não revoga propriamente a lei, mas expede resolução cujos efeitos são semelhantes aos da revogação, ou seja, *ex nunc*, “permanecendo intocáveis os efeitos já produzidos pela norma enquanto ainda não considerada inconstitucional pelo STF, não prejudicando as situações jurídicas já constituídas”.

O dilema é considerável: à necessidade de se limitar ao disposto na decisão judicial, soma-se o dever do Senado Federal de preservar os atos emanados da norma inconstitucional antes da suspensão de sua execução.

Nesse particular, outros dois aspectos merecem destaque. Em primeiro lugar, conforme exposto anteriormente, o vocábulo “suspensão” empregado no texto constitucional designa uma medida de caráter definitivo e irrevogável, e não provisório como a simples interpretação gramatical pode dar a entender. Para Fernando Dias Menezes de Almeida (2007, p. 18), a edição da resolução invalida e retira do ordenamento a norma “suspensa”, e é coerente que nem o Supremo Tribunal Federal (e nem nenhum outro órgão) possa voltar a aplicá-la.

Em segundo lugar, a atuação do Senado é discricionária e não encontra balizas temporais. Ocorre, portanto, necessariamente em momento posterior à declaração de inconstitucionalidade pelo STF e suspende ou não a execução da lei de acordo com critérios eminentemente políticos, de conveniência e oportunidade, percebidos somente por aquela casa legislativa. São elementos externos, alheios à decisão judicial, que fundamentarão a medida.

Observam-se, portanto, três situações distintas: primeiro, a declaração abstrata de inconstitucionalidade com efeitos em princípio *ex tunc* e eficácia *erga omnes*; segundo, a declaração incidental de constitucionalidade com efeitos em princípio *ex tunc* e eficácia *inter partes*; e terceiro, a suspensão pelo Senado da execução de lei declarada inconstitucional, com efeitos em princípio *ex nunc* e eficácia contra todos, exceto nos casos de suspensão da execução de leis penais, que naturalmente operam de forma retroativa em benefício do réu, ou quando a Resolução do Senado estabelece a retroação de forma expressa⁷.

6 Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 122-124) e Luís Roberto Barroso (2012, p. 157) compartilham de semelhante entendimento.

7 É o caso da RSF 3/2008, que estabelece estar “suspensa a execução, com efeito *ex tunc*, do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998 [...]” (Brasil, 2008).

O elemento temporal é decisivo para essa conclusão. Se o constituinte legou ao Senado a competência para ampliar os efeitos da decisão individual necessariamente depois de lavrado o acórdão, é porque se trata de regime evidentemente diverso ao da fiscalização efetuada pelo Judiciário. Se se tratasse de extensão pura e simples da decisão, dotando-a de efeitos retroativos e eficácia contra todos, como ocorre no controle abstrato, a previsão de lapso temporal “discricionário” entre a decisão judicial e a decisão senatorial pela suspensão da execução do dispositivo não faria diferença alguma. Ao contrário, seria um obstáculo a mais para atingir os objetivos do dispositivo. Certamente não foi essa a intenção do constituinte, de acordo com Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1992, p. 110-111):

Não teria sentido, e nem o permitiria a lógica do sistema, que qualquer dessas decisões [em controle abstrato, difuso ou a suspensão pelo Senado] fosse integrante, *uma espécie de adendo* de qualquer das demais; ou, ainda, que qualquer das duas primeiras determinasse automaticamente a existência ou prolação da terceira, sem que qualquer outro elemento ou requisito de natureza cognitiva e decisória se fizesse presente para autorizá-la [...]. No controle incidental, o Supremo forma livremente o seu convencimento para declarar ou não a inconstitucionalidade, nada o obrigando a fazê-lo ou a deixar de fazê-lo, senão motivos do próprio convencimento; e nesse mister se exaure a sua participação no procedimento. O Senado, na etapa em que lhe compete atuar, forma livremente o seu convencimento político sobre a conveniência e oportunidade de estender ou não, a todos e para o futuro, aquilo que o Supremo declarou com eficácia restrita às partes [...]. Declarar a inconstitucionalidade entre partes e, como regra fazê-lo com eficácia retroativa, é função completamente diversa daquela de estender a todos e para o futuro a eficácia e os efeitos dessa declaração.

Sobre essa questão, é necessário fazer referência ao Decreto n.º 2.346/97 da Presidência da República (Brasil, 1997, grifos nossos), que dispõe:

Art. 1.º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1.º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, *salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial*.

§ 2.º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Por mais que o § 2.º mencione a atuação do Senado, não há prejuízo da Administração Pública e do Poder Judiciário deixarem de aplicar a norma inconstitucional com efeitos retroativos (*ex tunc*), mesmo que a Resolução do Senado não os determine expressamente. Ocorre que, nesses casos, os eventuais efeitos retroativos terão exclusivamente como base a decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em controle difuso, cujo valor será de precedente não vinculante. Afinal, lembrava Paulo Brossard (1976, p. 62), o Senado, em suspendendo a execução da lei inconstitucional, “realiza tarefa de política legislativa e de saneamento da ordem jurídica” e por essa razão seus efeitos operam, de forma automática, apenas de modo prospectivo (*ex nunc*).

2.6. Conclusões preliminares

Feitas essas considerações de cunho teórico, as conclusões preliminares permitem a elaboração de respostas às perguntas elencadas no início deste capítulo.

Primeiro, o ato do Senado que suspende a execução de lei declarada inconstitucional é um ato veiculado por Resolução do Senado Federal cuja natureza é eminentemente *política*. Dessa forma, será baixado se e quando os senadores entenderem oportuno e conveniente. Não se trata de revogação da lei, tampouco de ato que “dá maior publicidade” à declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de ato normativo *sui generis* que suspende a execução da norma legal com efeitos *erga omnes*.

Segundo, a atuação do Senado não é obrigatória. Não há prazo legal para que ela ocorra e não há sanção por eventual omissão do órgão legislativo, ou seja, não se mostra possível exigir judicialmente o exercício dessa competência privativa.

Terceiro, o Senado pode se recusar a suspender a execução da lei declarada inconstitucional, ou mesmo suspender apenas *parte* da lei que foi, *por inteiro*, declarada inconstitucional (podendo modular os efeitos dessa suspensão). Não se mostra possível, porém, a suspensão da execução, pelo Senado, da parte da lei que *não foi* declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Quarto, o termo “suspensão” não indica uma providência temporária, mas, ao contrário, uma providência definitiva. Uma vez suspensa a execução da norma, esta passa a não mais produzir efeitos, razão pela qual a Resolução do Senado que a suspendeu não pode ser revogada por outro ato do próprio Senado.

Quinto, por fim, a suspensão da execução de lei inconstitucional opera, automaticamente, com efeitos prospectivos (*ex nunc*), salvo em casos especiais, como os de suspensão da execução de leis penais em benefício do réu, naturalmente retroativos, ou quando a Resolução do Senado estabeleça a retroação de forma expressa. Admite-se a possibilidade, também, da Administração Pública e do Poder Judiciário deixarem de aplicar a lei retroativamente. Nesse caso, porém, esses órgãos tomarão como base apenas a decisão do Supremo Tribunal Federal que embasou a Resolução do Senado, e não a Resolução do Senado em si.

3. PESQUISA EMPÍRICA

Enquanto alguns aspectos da competência do Senado estudada neste trabalho permitem elucidação de cunho eminentemente teórico – sobretudo aqueles aspectos decorrentes de interpretação do texto constitucional – outros podem ser melhor esclarecidos a partir da análise do comportamento das instituições envolvidas.

Neste capítulo, pretende-se analisar o comportamento de Supremo Tribunal Federal e Senado na vigência da Constituição Federal de 1988. Os documentos levantados dizem respeito à comunicação entre ambos (para fins do art. 52, inc. X, da Constituição) no período que vai de outubro de 1988 a novembro de 2016.

3.1. Apontamentos metodológicos

Foram colhidas informações junto à Secretaria Judiciária do STF, que gentilmente forneceu mídia eletrônica contendo cópia integral de todos os Ofícios “PM-C” enviados ao

Senado entre 1988 e 2014⁸, e à Secretaria de Informação Legislativa do Senado, que encaminhou uma planilha com informações detalhadas sobre os Ofícios “S” recebidos no mesmo período.

A tramitação individual das comunicações no Senado Federal pôde ser conferida no portal “Atividade Legislativa” e nos Relatórios Anuais da Presidência, todos eles disponíveis no sítio eletrônico da casa legislativa. Esses dados foram reunidos em uma base comum, o que permitiu a elaboração dos gráficos e tabelas apresentados neste artigo.

É preciso esclarecer que a pesquisa não efetuou o levantamento de todas as decisões do Supremo que, no período analisado, poderiam efetuar controle difuso de constitucionalidade e naturalmente ensejariam comunicação ao Senado. Esse levantamento, ideal para verificar se todas as declarações incidentais de inconstitucionalidade são efetivamente comunicadas ao Senado, seria, no entanto, demasiado robusto (compreenderia a análise de mais de 200.000 acórdãos, de acordo com informações do sítio eletrônico do Supremo⁹). Como se verá adiante, o levantamento documental que foi realizado permitiu analisar a questão a partir de outros elementos.

É válido registrar, também, que o Gabinete da Presidência do Supremo, então ocupada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, respondeu ao contato do autor assegurando

8 A título de esclarecimento, os ofícios são numerados na origem como “PM-C” e renumerados como Ofício “S” pelo Serviço de Protocolo do Senado. A partir desta última referência, é possível acompanhar toda a tramitação da documentação na casa legislativa. Pôde-se constatar, no período pesquisado, que não houve perda de informação na remessa de ofícios, ou seja, todos os ofícios encaminhados pelo STF efetivamente foram recebidos pelo Senado. Por essa razão, a atualização de dados – referente ao período que vai de janeiro de 2015 a novembro de 2016 – tomou como base apenas a tramitação da comunicação a partir de sua recepção pelo Senado, sem prejuízo aos resultados da pesquisa.

9 O número total de processos protocolados, distribuídos e julgados pelo Supremo Tribunal Federal está disponível no sítio eletrônico da corte, a partir do comando <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>.

(e dificilmente seria diferente) que é prática reiterada da corte cumprir rigorosamente os dispositivos de seu Regimento Interno, inclusive no que diz respeito à comunicação ao Senado das decisões que exercem controle difuso de constitucionalidade, obedecendo-se à seguinte sequência: julgamento – trânsito em julgado – comunicação assinada pelo Presidente do STF – envio ao Senado Federal.

O processamento das informações coletadas levou em conta diversas variáveis. Primeiro, foi verificado se todos os Ofícios “PM-C” encaminhados pelo Supremo foram efetivamente recebidos pelo Serviço de Protocolo do Senado e renumerados como Ofício “S”. O resultado foi afirmativo, ou seja, não houve perda de informação na remessa de ofícios. Em seguida, foi possível classificar todas as declarações de inconstitucionalidade comunicadas ao Senado por “classe processual”, isto é, pelo tipo de ação que as originou, e também por objeto, ou seja, pelo tipo de norma impugnada. Esse trabalho permitiu encontrar elementos para responder às seguintes questões:

1. Quais os tipos de ação que originaram as comunicações feitas entre Supremo Tribunal Federal e Senado de 1988 a 2016?
2. Qual a espécie normativa e a origem das normas cuja declaração de inconstitucionalidade foi comunicada ao Senado?
3. A frequência de Ofícios “PM-C” enviados ao Senado guarda relação com os tipos de ação que os embasaram, com alguma característica da norma impugnada ou, mesmo, com os mandatos dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal?

Em um segundo momento, foi conferida a tramitação individual de todas as comuni-

cações recebidas pelo Serviço de Protocolo do Senado. Os Ofícios “S” foram classificados pelo último estado de tramitação e pelo espaço de tempo compreendido desde o envio pelo Supremo Tribunal Federal até o último estado de tramitação. As informações coletadas possibilitaram esboçar respostas para as seguintes perguntas:

1. Há alguma relação entre o último de estado de tramitação e a origem ou tipo da norma impugnada?
2. Há alguma relação entre o tempo de tramitação da comunicação no Senado e o seu conteúdo (origem ou tipo da norma impugnada)?

Além das perguntas acima elencadas, a pesquisa empírica quantitativa pôde complementar a segunda conclusão preliminar obtida pela análise dogmática do art. 52, inc. X, da Constituição Federal – a de que a atuação do Senado não é obrigatória e não encontra prazo legal para sua ocorrência.

3.2. Comunicações ao Senado e sua origem e objeto

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012, p. 113), o controle difuso de constitucionalidade é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos constitucionais, uma vez que a questão constitucional pode ser suscitada em processos de qualquer natureza – de conhecimento, de execução ou cautelar – em qualquer instância do Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, presume-se que é possível o Supremo declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma em quaisquer processos de sua competência, com exceção daqueles que exercem con-

trole abstrato (ADI, ADC, ADO e ADPF). Conforme estabelece o art. 178 do regimento interno da corte, após o trânsito em julgado dos processos em que há controle difuso, a Secretaria Judiciária faz comunicação da decisão ao Senado – via Ofício “PM-C” assinado pelo Presidente do Supremo.

A tabela 1 classifica os Ofícios “PM-C” por classe processual de origem. Em 1989 e 1990, dois acórdãos de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foram equivocadamente comunicados ao Senado – percebe-se que nos anos seguintes nenhuma decisão dessa natureza foi remetida à casa legislativa. Quanto às outras classes processuais, destacam-se Ação Originária (AO), Habeas Corpus (HC), Mandado de Segurança (MS) e Recurso Extraordinário (RE).

É possível perceber que não há grande variação no número de comunicações das decisões em Habeas Corpus e Mandado de Segurança ano a ano em todo o período pesquisado – de 1 a 3 comunicações. Já as decisões em Ação Originária, por sua vez, concentram-se no período que vai de 1995 a 2004 (34 comunicações), com apenas 1 comunicação fora desse período, em 2009.

Os Ofícios “PM-C” com origem em Recurso Extraordinário – classe processual que representa mais de 68% das comunicações no período pesquisado – não apresentam uma frequência regular ano a ano. De 2005 em diante, porém, é notável a diminuição da quantidade global de comunicações, certamente uma consequência da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, que estabeleceu o requisito da repercussão geral.

Até 2004, foram 117 comunicações de RE, o que representa 66% do total de comunicações em igual período (177). De 2005 em diante, foram 49 RE comunicados de um

total de 64 de comunicações – 76,5%, portanto. De acordo com informações do sítio eletrônico do próprio Supremo Tribunal Federal, as decisões em Recurso Extraordinário representaram 74,3% do total de processos julgados pela corte em igual período. Trata-se de um número muito próximo ao de comunicações de RE em relação ao todo (76,5%), o que de certa forma pode levar a conclusão que a frequência de comunicações ao Senado não destoava da média de julgamentos de processos pela corte – descontando-se, claro, os julgamentos em processos de natureza objetiva.

TABELA 1 – OFÍCIOS “PM-C” POR CLASSE PROCESSUAL (1988-2016)
TABLE 1 – OFÍCIOS “PM-C” BY PROCEDURAL CATEGORY (1988-2016)

Ano	Classe processual									Total
	ACO	AO	AI	HC	Inq	MS	Rcl	RE	ADI	
1988										0
1989	1								1	2
1990								2	1	3
1991						1				1
1992								3		3
1993						3		5		8
1994								4		4
1995		4				1		8		13
1996		13		1		1		3		18
1997		6		1		1		13		21
1998		2				1		8		11
1999		1				1		16		18
2000		3		1		1		8		13
2001		2		3				7		12
2002	1	1						18		20
2003	2	1		1			1	6		11
2004		1			1	1		16		19
2005								7		7
2006				2				5		7
2007			2					2		4
2008								3		3
2009		1		1		1		6		9
2010								2		2
2011				1		1		3		5
2012										0
2013								3		3
2014				1		2		10		13
2015				2				6		8
2016				1				2		3
Total	4	35	2	15	1	15	1	166	2	241

FONTE: Elaboração do autor.

A tabela 2 classifica os Ofícios “PM-C” por objeto, ou seja, por norma impugnada. Percebe-se, em primeiro lugar, que se adotou uma interpretação extensiva do vocábulo “lei” inserto na redação do art. 52, inc. X, da Constituição Federal. Em outras palavras, comunicou-se ao Senado tanto as declarações de inconstitucionalidade de normas federais quanto de normas estaduais e municipais, e mesmo de leis ordinárias quanto atos infralegais (decretos, regulamentações, portarias etc.).

Conforme observa Anna Cândida da Cunha Ferraz (2014, p. 1066), levando-se em conta a finalidade do mecanismo, é de se entender que todo ato jurídico normativo sujeito à fiscalização do Supremo Tribunal Federal possa constituir objeto de Resolução do Senado que suspenda sua execução. Precípua é a afirmação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1980, p. 207) nessa matéria:

Como ao Supremo Tribunal Federal competia, em definitivo, em última instância, declarar a inconstitucionalidade não só de lei ou decreto federal, mas também de lei ou decreto estadual, municipal e territorial, a suspensão desses textos, em virtude daquelas decisões, em não tendo feito a Constituição qualquer restrição, haveria de compreender os declarados inconstitucionais de qualquer das entidades. Mesmo porque essa suspensão, conforme a sistemática adotada, constitui uma atividade acessória à declaração de inconstitucionalidade, complementar a ela.

É preciso ressaltar que um Ofício “PM-C” pode ter por objeto mais de uma lei ou parte de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, razão pela qual o número total de dispositivos impugnados (282) é maior que o de ofícios remetidos (241, conforme de-

monstra a tabela 1).

Além disso, é possível inferir um certo equilíbrio entre a origem dos dispositivos impugnados. As normas de âmbito federal representaram 36,5% das comunicações ao Senado, enquanto as de âmbito estadual e municipal representaram 39,7% e 23,7%, respectivamente.

TABELA 2 – OFÍCIOS “PM-C” POR OBJETO (1988-2016)
TABLE 2 – OFÍCIOS “PM-C” BY OBJECT (1988-2016)

Tpo	Federal		Estadual			Municipal		
	Leis ordinárias	Atos infralegais	Constituição	Leis ordinárias	Atos infralegais	Leis ordinárias	Atos infralegais	
1988								0
1989	1	1		0	0	0		2
1990	1	0		1	0	1		3
1991	1	0		0	0	0		1
1992	2	0		2	0	0		4
1993	6	1		4	0	0		11
1994	2	0		2	0	1		5
1995	8	0		7	0	1		16
1996	2	0	1	25	0	0		28
1997	2	3		8	1	7		21
1998	2	1		3	0	5		11
1999	4	0		7	1	10		22
2000	5	0		3	0	5		13
2001	1	0	1	7	1	4		14
2002	3	0	2	3	0	13	1	22
2003	2	0	4	5	1	0		12
2004	3	1	2	2	0	12		20
2005	1	0	5	2	2	1		11
2006	5	1		1	1	0		8
2007	0	1		1	1	0		3
2008	4	0		1	0	0		5
2009	7	1		1	1	0		10
2010	1	1		0	0	0		2
2011	3	0		1	0	1		5
2012	0	0		0	0	1		1
2013	3	0		0	0	0		3
2014	13	1		0	0	1		15
2015	5	2	1	0	0	3		11
2016	2	0		0	1	0		3
	89	14	16	86	10	66	1	282

FONTE: Elaboração do autor.

A tabela 3, por fim, exibe a quantidade de Ofícios “PM-C” encaminhados ao Senado por cada Presidente do Supremo Tribunal Federal desde 1988 até 2016. Os mandatos dos presidentes da corte têm duração máxima de 2 (dois) anos, de acordo com o art. 12 do regimento interno daquela instituição. Em todo o período pesquisado, apenas os Ministros Aldir Passarinho, Maurício Corrêa e Ayres Britto exerceram por curto período de tempo a Presidência do Supremo, razão pela qual dois deles – Aldir Passarinho e Ayres Britto – não encaminharam um Ofício “PM-C” sequer durante seus mandatos.

É possível perceber, também, que não há uma regularidade no número de decisões de inconstitucionalidade comunicadas ao

Senado em cada mandato de Presidente do Supremo. De 1995 a 2003, porém, os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio assinaram uma quantidade semelhante de Ofícios “PM-C” – uma média de 33 por mandato.

Como já referido, o Ministro Maurício Corrêa presidiu o Supremo Tribunal Federal por pouco mais de 11 meses, enquanto Nelson Jobim, seu sucessor, exerceu o mandato por quase 2 anos completos. Entre 2003 e 2004, período que compreende 3 mandatos presidenciais, foram 30 comunicações ao Senado, número que não destoia da média bianual constatada desde 1995.

De 2005 em diante, por seu turno, provavelmente por consequência da entrada em

TABELA 3 – OFÍCIOS “PM-C” ENVIADOS POR CADA PRESIDENTE DO STF (1988-2016)
TABLE 3 – OFÍCIOS “PM-C” SENT BY EACH CHIEF JUSTICE (1988-2016)

Presidente da Corte	Ano	Ofícios PM-C	
Rafael Mayer	1988	0	0
	1989	0	
Néri da Silveira	1989	2	6
	1990	3	
	1991	1	
Aldir Passarinho	1991	0	0
Sydney Sanches	1992	3	4
	1993	1	
Octávio Gallotti	1993	7	11
	1994	4	
Sepúlveda Pertence	1995	13	38
	1996	18	
	1997	7	
Celso de Mello	1997	14	32
	1998	11	
	1999	7	
Carlos Velloso	1999	11	29
	2000	13	
	2001	5	
	2002	20	
	2003	6	
Marco Aurélio	2001	7	33
	2002	20	
	2003	6	
Maurício Corrêa	2003	5	9
	2004	4	
Nelson Jobim	2004	15	22
	2005	7	
Ellen Gracie	2006	7	11
	2007	4	
Gilmar Mendes	2008	3	12
	2009	9	
Cezar Peluso	2010	2	7
	2011	5	
Ayres Britto	2012	0	0
Joaquim Barbosa	2013	3	6
	2014	3	
Ricardo Lewandowski	2014	10	20
	2015	8	
	2016	2	
Carmen Lúcia	2016	1	1
			241

FONTE: Elaboração do autor.

vigor da Emenda Constitucional 45/2004, o número médio de comunicações ao Senado por ano diminuiu. A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Gilmar Mendes comunicaram, respectivamente, 11 e 12 acórdãos ao Senado durante seus mandatos presidenciais. Curiosamente, os dois Ministros-Presidentes seguintes, Cesar Peluso e Joaquim Barbosa, também assinaram um número aproximado, embora menor, de Ofícios “PM-C” – 7 e 6, respectivamente.

Durante o mandato de Ricardo Lewandowski, por fim, foram 20 comunicações, número que é, porém, significativamente maior se comparado ao dos cinco Ministros-Presidentes anteriores.

3.3. Comunicação ao Senado e sua tramitação

Conforme se pôde constatar na primeira parte deste trabalho, o ato do Senado que suspende a execução de lei declarada in-

TABELA 4 – ESTADO DE TRAMITAÇÃO DOS OFÍCIOS “S” (OFS) (1988-2016)
TABLE 4 – CURRENT PROCEDURAL STATE OF THE OFÍCIOS “S” (OFS) (1988-2016)

Ano de recebimento do OFS	Tramitação encerrada (decisão terminativa)				Em trâmite	Total
	Rejeitado	Arquivado / Prejudicado	Transformado em PRS	Gerou RSF		
1989			2	2		2
1990		1	2	2		3
1991			1	1		1
1992			3	3		3
1993	1	3(*)	5(*)	4		8
1994			4	4		4
1995	1	7	5	5		13
1996		12	6	6		18
1997		11	9	9	1	21
1998		7	4	4		11
1999		4	14	14		18
2000		2	11	11		13
2001		5(**)	8(**)	7		12
2002		6	14	14		20
2003		2	9	9		11
2004		10	9	9		19
2005		1	6	6		7
2006		6	1	1		7
2007		2	2	2		4
2008		2	1	1		3
2009		6	3	3		9
2010		1	1	1		2
2011			5	5		5
2012						0
2013					3	3
2014					13	13
2015		1	1	1	6	8
2016					3	3
Total	2	89	126	124	26	241

(*) O OFS 122/1993 deu origem ao PRS 35/1995, mas foi arquivado em 1999 sem gerar RSF.

(**) O OFS 25/2001 deu origem ao PRS 26/2005, mas foi arquivado ao final da legislatura, em 2014 sem gerar RSF.

FONTE: Elaboração do autor.

constitucional pelo Supremo é um ato de natureza eminentemente política, de forma que o órgão legislativo pode decidir por não exercer sua competência privativa, ou seja, deixar de suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

A tabela 4 classifica os Ofícios “S” de acordo com a última tramitação registrada em novembro de 2016. As informações foram retiradas do portal “Atividade Legislativa”, integrante do sítio eletrônico do Senado Federal. Das 241 comunicações recebidas pela casa entre 1988 e 2016, 26 ainda não foram apreciadas e 215 tiveram sua tramitação encerrada.

Desses 215 Ofícios “S”, dois foram rejeitados pelos senadores (o que corresponde a pouco mais de 0,8% do total), 89 foram arquivados por perda de objeto (cerca de 36,9% das comunicações) e 124 deram origem a Resolução do Senado que, efetivamente, suspendeu a execução dos dispositivos impugnados pelo Supremo Tribunal Federal – número que corresponde a mais de 51,4% do total.

Nos dois casos em que a suspensão foi rejeitada, o senador relator do Ofício “S” na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania emitiu parecer favorável à suspensão do dispositivo, mas os membros daquela comissão rejeitaram o parecer. Em compensação, nos 89 casos em que o Ofício “S” foi arquivado, o parecer do senador relator recomendava o arquivamento geralmente por ter o dispositivo impugnado já encontrado suspensão da execução, seja porque foi objeto de controle abstrato, súmula vinculante ou, mesmo, outra Resolução do Senado.

Veja-se que nesses casos não há uma vontade deliberada dos senadores em não suspender a execução da lei por entender que a declaração de inconstitucionalidade não deve operar com efeitos *erga omnes*, mas, ao contrário, porque já não é mais oportuno e conveniente tal suspensão por parte do Senado. Em outras palavras, a suspensão da execução pelo Senado não traria nenhum efeito prático.

A tabela 5 separa por objeto as 117 Resoluções do Senado que suspenderam a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo entre 1988 e 2016. Dessas Resoluções, cinco tiveram por objeto a suspensão da execução de mais de uma norma, razão pela qual o número total de normas cuja execução foi suspensa (122) é maior que o número total de Resoluções editadas (117).

Da mesma forma, cinco Resoluções do Senado tiveram origem em mais de um Ofício “S”, que tramitaram em conjunto, motivo pelo qual o número de Ofícios “S” que geraram Resolução do Senado (124) é diverso do número total de Resoluções editadas (117).

É possível notar um equilíbrio entre a quantidade de normas federais (38), estaduais (49) e municipais (35) impugnadas – em relação ao total, correspondem a 31,15%, 40,15% e 28,7%, respectivamente. Postos os percentuais em comparação com os dispositivos impugnados que deram origem aos Ofícios “PM-C”, analisados pela tabela 2, eles se mostram bastante semelhantes – 36,5%, 39,7% e 23,7%, na ordem.

TABELA 5 – RESOLUÇÕES DO SENADO (RSF) POR OBJETO (1988-2016)
TABLE 5 – RESOLUTIONS OF THE SENATE (RSF) BY OBJECT (1988-2016)

Tpo	Federal		Estadual			Municipal		
	Leis ordinárias	Atos infralegais	Constituição	Leis ordinárias	Atos infralegais	Leis ordinárias	Atos infralegais	
1989	1							1
1990		1		1		1		3
1993				1				1
1995	7			3		1		11
1996	2			2		1		5
1997	1			2				3
1999	2	1		2	1	5		11
2005	7(*)	1	7	11	2	18	1(*)	44
2006	1(*)	1(*)	1	1		4		7
2007	4		1	5	3	3		16
2008	2(*)			2(*)	1			4
2009					1			1
2010		2		1				3
2012	2	1		1		1		5
2013		1						1
2016	1							1
	30	8	9	30	10	34	1	117

(*) As RSF 9, 10 e 31/2005, 16/2006 e 7/2008 suspenderam mais de um diploma normativo cada.

FONTE: Elaboração do autor.

A tabela 6 separa os Ofícios “S” que tiveram sua tramitação encerrada antes de novembro de 2016 por tempo médio de apreciação pelo Senado, ou seja, o tempo aproximado entre o recebimento do Ofício “PM-C” e a decisão terminativa.

De 215 Ofícios “S”, 121 – o que corresponde

a 56,2% do total – encontraram decisão terminativa até três anos depois de terem sido recebidos pelo Senado, enquanto para os outros 94 – 43,8% em relação ao todo – a decisão final foi tomada em tempo maior, mais de quatro anos após o registro de recebimento pelo Serviço de Protocolo da casa.

TABELA 6 – TEMPO DE TRAMITAÇÃO FINAL DOS OFÍCIOS “S” (OFS) (1988-2016)
TABLE 6 – AVERAGE TIME OF FINAL DECISION ABOUT THE OFÍCIOS “S” (OFS) (1988-2016)

Tempo aproximado de apreciação dos OFS (em anos)	<1	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	>10
Número de OFS	25	40	34	22	13	24	13	12	10	4	5	13
Porcentagem	11,7%	18,6%	15,8%	10,2%	6,0%	11,0%	6,0%	5,6%	4,7%	1,9%	2,4%	6,1%

FONTE: Elaboração do autor.

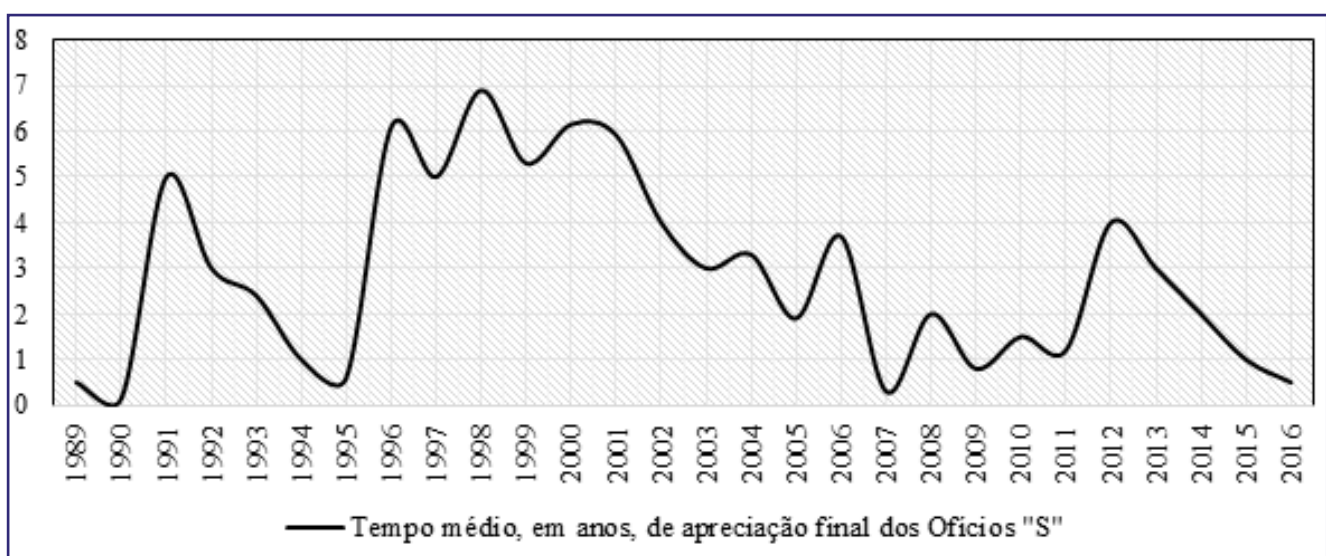
O gráfico 1, por sua vez, coloca em um plano esse tempo médio de apreciação dos Ofícios “S”, classificando-os por ano de recebimento da comunicação.

Dos anos em que os Ofícios “S” têm a menor média de tempo entre o recebimento e a decisão terminativa (1989, 1990, 1994, 1995, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 e 2015), quatro deles correspondem aos anos em que mais foram editadas Resoluções do

Senado suspendendo a execução de lei inconstitucional (1995, com 11 RSF; 1999, com 11 RSF; 2005, com 44 RSF; e 2007, com 16 RSF).

Da mesma forma, dos anos em que os Ofícios “S” encontraram maior média de tempo de apreciação final (1991, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2006 e 2010), quatro deles correspondem àqueles que sequer houve Resolução do Senado editada para fins do art. 52, inc. X, da Constituição Federal (1991, 1998, 2000 e 2001).

GRÁFICO 1 – EVOLUÇÃO DO TEMPO MÉDIO DE APRECIÇÃO DOS OFÍCIOS “S” PELO SENADO FEDERAL (1989-2016)
GRAPH 1 – EVOLUTION OF THE AVERAGE TIME OF FEDERAL SENATE FIRST DECISION ABOUT THE “OFÍCIOS ‘S’” (OFS) (1989-2016)



FONTE: Elaboração do autor.

4. CONCLUSÕES

A partir da análise das tabelas e gráfico produzidos, é possível encontrar elementos para responder às questões elencadas no item 3.1. Primeiro, o Supremo Tribunal Federal comunica o Senado sobre as decisões tomadas, principalmente, em Ação Originária (AO), Habeas Corpus (HC), Mandado de Segurança (MS) e Recurso Extraordinário (RE) que tenham exercido controle difuso de constitucionalidade. Também foram levantadas comunicações que continham acórdãos de Ação Cível Originária (ACO), Agravo de Instrumento (AI), Inquérito (Inq), Reclamação (Rcl) e mesmo que por equívoco, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Essas últimas classes processuais, porém, correspondem a pouco mais de 4% dos Ofícios “PM-C” encaminhados ao Senado Federal entre 1988 e 2016.

Segundo, foram comunicadas as decisões de inconstitucionalidade que fulminaram leis ordinárias e atos infralegais, de âmbito federal, estadual ou municipal. Em outras palavras, não houve restrição quanto ao objeto da decisão a ser comunicada. Pôde-se constatar, inclusive, um relativo equilíbrio entre a origem dos dispositivos impugnados, com leve predominância das normas de âmbito estadual.

Terceiro, não se pôde perceber uma uniformidade na quantidade de Ofícios “PM-C” encaminhados ano a ano ao Senado Federal, da mesma forma que não é possível exigir que o Supremo Tribunal Federal mantenha uma mesma média de declarações de inconstitucionalidade ano após ano. É certo que a frequência da comunicação de decisões de inconstitucionalidade variou no período pesquisado, mas essa variação não se mostrou significativa o suficiente de modo

que se possa inferir uma ação deliberada por parte do signatário da comunicação – o Presidente da corte – que tenha dado causa a essa variação. Foi possível perceber, inclusive, uma diminuição na comunicação de decisões em Recurso Extraordinário (RE) a partir de 2005, após a instituição do requisito da repercussão geral, fato que acompanhou a diminuição, em paralelo, da própria quantidade de decisões em RE tomadas pela corte no mesmo período.

Desse modo, os elementos indicam que o Supremo Tribunal Federal efetivamente comunica ao Senado todas as decisões incidentais de inconstitucionalidade de sua lavra.

Recebidas as comunicações pelo Senado, constatou-se que mais da metade dos Ofícios “S” apreciados geram Resolução que suspende a execução de lei inconstitucional. Em outras palavras, o Senado Federal exerce a competência que lhe foi conferida pelo art. 52, inc. X, da Constituição em mais de 51,4% dos casos. Além disso, o exercício dessa competência, ou seja, a decisão em suspender a execução da lei que foi declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo não guarda relação com o tipo ou origem da norma impugnada. Ao contrário, demonstrou-se que a quantidade de normas federais, estaduais e municipais cuja execução foi suspensa é bastante próximo – 31,15%, 40,15% e 28,7% em relação ao total, respectivamente.

Por outro lado, foi possível verificar que o elemento temporal foi o mais influente na decisão terminativa sobre os Ofícios “S”. O número de comunicações cuja tramitação encerrou menos de três anos após o recebimento pelo Serviço de Protocolo do Senado (121, 56,2% do total) é bastante próximo ao

número de Resoluções editadas no mesmo período (117). Da mesma forma, o número de comunicações rejeitadas e arquivadas por perda de objeto (91) não destoam da quantidade de Ofícios “S” cuja tramitação encerrou mais de quatro anos após o registro de recebimento pela casa legislativa.

Assim, é possível afirmar que os trabalhos da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania influenciam diretamente no exercício da competência prevista no art. 52, inc. X, da Constituição. É possível admitir, inclusive, que o Presidente da Comissão, responsável pela pauta, aja deliberadamente para que mais ou menos Ofícios “S” sejam apreciados em maior ou menor espaço de tempo, e assim mais ou menos leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal tenham sua execução suspensa.

Essa constatação é bastante relevante, afinal, corrobora a conclusão esposada ao final da primeira parte do trabalho, segundo a qual o lapso temporal entre a decisão judicial e a atuação do Senado é elemento essencial para a compreensão do instituto. O sistema foi concebido levando em conta a variável do tempo, legando ao órgão legislativo o condão de decidir politicamente, de acordo com a conveniência e a oportunidade de suspender a execução da lei neste ou naquele momento.

Seguindo essa linha de raciocínio, todas as outras conclusões dogmáticas passam a fazer maior sentido, seja a de que o Senado não encontra limites temporais legais para tomar sua decisão, seja a de que a suspensão da execução de lei inconstitucional opera automaticamente com eficácia prospectiva (*ex nunc*) e é definitiva. Obviamente há exceções, mas elas não maculam a lógica do sistema. Quanto à eficácia retroativa (*ex*

tunc), ela é admitida quando o Senado a desejar e a registrar expressamente na redação da resolução suspensiva – e ocorre necessariamente nos casos já previstos no ordenamento jurídico, como os de supressão de normas penais em favor do réu. Quanto ao fato de que a suspensão é definitiva e não temporária, a Resolução do Senado apenas poderá ser anulada nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal entenda haver inconstitucionalidade, como foi o caso da RSF 7/2007, quando o Senado equivocadamente suspendeu a execução de leis que não haviam sido objeto de declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, convém registrar que a pesquisa empírica quantitativa, aliada à investigação de questões dogmáticas, permitiu demonstrar que o dispositivo do art. 52, inc. X, da Constituição Federal não é letra morta, nem sofreu mutação constitucional. Ao contrário, pôde-se perceber a importância do exercício dessa competência para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro – e que sua compreensão não pode ser desvalorizada pela doutrina jurídica.

5. REFERÊNCIAS

- Almeida, F. D. M. de A. (2007). Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. *Revista de Informação Legislativa*, 44 (174), 15-24.
- Amaral Júnior, J. L. M. do. (2015). Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. In C. M. Clève. (Org.) *Direito constitucional: processo constitucional* (Tomo I, Vol. 10, pp. 41-55). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Barros, S. R. de. (2005). A função do Senado no controle de constitucionalidade. *Cadernos de Direito*, 5 (8-9), 139-155.
- Barroso, L. R. (2012). *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (6a ed.). São Paulo: Saraiva.

- Bastos, C. R. (1979). *Curso de direito constitucional* (2a ed.). São Paulo: Saraiva.
- Bittencourt, C. A. L. (1968). *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* (2a ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Brasil. (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.
- _____. (1966). Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n.º 16.512/DF*. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+16512%2E+NUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+16512%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aweybbs>.
- _____. (1970). *Resolução n.º 73, de 1970*. Regimento Interno do Senado Federal. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102367&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>.
- _____. (1980). *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 27 de outubro de 1980*. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>.
- _____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- _____. (1997). *Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997*. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm.
- _____. (1999). *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm.
- _____. (2007). Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.929/DF*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ECLA%2E+E+3929%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/ctvu2tm>.
- _____. (2014). Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 4.335/AC*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>.
- Brossard, P. (1967). *O Senado e as leis inconstitucionais*. *Revista de Informação Legislativa*, 13 (50), 55-64.
- Clève, C. M. (2000). *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro* (2a ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Cooley, T. M. (1871). *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union* (2nd ed.). Boston: Little, Brown & Co. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <http://repository.law.umich.edu/books/10/>.
- Estados Unidos. (1803). *Supreme Court of United States. Marbury v. Madison*. Chief Justice: John Marshall. 5 U.S. 137. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>.
- _____. (1940). *Supreme Court of United States. Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*. Chief Justice: Charles Evans Hughes. 308 U.S. 371. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/371/case.html>.
- Ferrari, R. M. M. N. (2004). *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade* (5a ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Ferraz, A. C. C. (2014). *Comentários ao art. 52, X, da Constituição*. In J. J. G. Canotilho, G. F. Mendes, I. W. Sarlet & L. L. Streck (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil* (pp. 1060-1067). São Paulo: Saraiva/Almeida.
- Mello, O. A. B. de. (1980). *A teoria das constituições rígidas* (2a ed.). São Paulo: José Bushatsky.
- Mendes, G. F. (2008). *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, 45 (179), 257-276.
- _____; Branco, P. G. G. (2012). *Curso de direito constitucional* (7a ed.). São Paulo: Saraiva.
- Mello Filho, J. C. de. (1986). *Constituição Federal anotada* (2a ed.). São Paulo: Saraiva.
- Nery Júnior, N. (2010). *O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X*. *Revista de Informação Legislativa*, 47 (187), 193-200.
- Pedrón, F. Q. (2015). *O julgamento da Reclamação n.º 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle di-*

fuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, 52 (207), 213-237.

Santos, C. V. N. dos. (2014). "Mutação   brasileira": uma análise empírica do art. 52, X, da Constitui o. *Revista Direito GV*, 10 (2), 597-614. Recuperado em 18 de fevereiro, 2017, de <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/mutacao-brasileira-analise-empirica-art-52-x-constituicao>.

Schauer, F. (2012). Precedent. In: A. Marmor. (Ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (pp. 126-136). New York: Routledge.

Silva, J. A. da. (1990). *Curso de direito constitucional positivo* (6a ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. (2002). *Aplicabilidade das normas constitucionais* (6a ed.). São Paulo: Malheiros.

_____. (2014). *Comentário contextual   Constitui o* (9a ed.). São Paulo: Malheiros.

Silva, P. N. N. da. (1992). *A evolu o do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Streck, L. L. (2014). *Jurisdi o constitucional e decisão jurídica* (4a ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Talamini, E. (2014). Efeitos da declara o de inconstitucionalidade. In C. M. CL VE (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: organiza o do Estado e dos poderes* (Vol. 2, pp. 669-705). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Temer, M. (2004). *Elementos de direito constitucional* (19a ed.). São Paulo: Malheiros.

Data de submissão: 14/03/2017

Data de aceite: 28/09/2017

ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS: uma análise das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais

*Leonardo Cajueiro D'Azevedo*¹

 *Mauro Macedo Campos*²

Palavras-Chave

justiça eleitoral / eleições municipais /
abuso de poder econômico e político /
decisões colegiadas / resultado das urnas

SUMÁRIO

1.Introdução.2.Divisão funcional e espacial de poder no federalismo brasileiro e a regulação das eleições. 3.Abuso de direito e abuso de poder. 3.1.O abuso de direito. 3.1.1.Abuso de direito na legislação brasileira. 3.2.O abuso de poder. 3.2.1.Abuso de poder eleitoral. 3.3.Abuso de poder na legislação eleitoral. 4.Os abusos de direito e de poder nas eleições municipais. 4.1.Apresentação dos dados nacionais. 4.2.Apresentação dos dados regionalizados. 5.Considerações finais. 6.Referências.

Resumo

Este artigo analisa os litígios eleitorais nas disputas para os Executivos municipais, entre 1996 a 2012, em todo País. Tem como propósito verificar possíveis congruências das decisões colegiadas dos Tribunais Regionais Eleitorais sobre os abusos de poder econômico e poder político, tendo em vista a falta de um conceito legal sobre o que seria o “abuso de poder” no campo jurídico. A pesquisa buscou identificar e analisar os

processos, cujos fatos geradores a Justiça Eleitoral de segunda instância tenha interpretado como sendo abuso de poder político e/ou econômico, em cinco disputas eleitorais para as prefeituras. Os dados foram coletados junto ao Tribunal Superior Eleitoral, que congrega todos os processos registrados nos TRE. Para tanto, foram analisadas as ementas das decisões dos processos encontrados. Apesar de um aumento visível no número de recursos apresentados junto aos tribunais, as análises mostraram que, nas decisões colegiadas, houve uma tendência em negar a existência de abuso de poder nas eleições, mantendo assim, os resultados das urnas. Ou seja, as decisões de primeira instância são, via de regra, prestigiadas pelos respectivos tribunais eleitorais. E quando há confirmação do fato pelo tribunal, há uma predominância do abuso de poder econômico frente ao abuso de poder político.

¹ Possui mestrado em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (2016). Atualmente é doutorando em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro e professor do Centro Universitário Fluminense. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Eleitoral, atuando principalmente nos seguintes temas: judicialização, abuso de poder, eleições e justiça eleitoral. É juiz de direito no Estado do Rio de Janeiro e exerce a função de Juiz Eleitoral desde 2006.

² Possui doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. É também, pesquisador do Laboratório de Estudo da Sociedade Civil e do Estado, da mesma universidade. Tem experiência nas áreas de gestão pública, auditoria e controle, instituições políticas e financiamento partidário-eleitoral.

ABUSE OF POWER IN LOCAL ELECTIONS: An analysis of the decisions of the Regional Electoral Courts

*Leonardo Cajueiro D'Azevedo*¹

 *Mauro Macedo Campos*²

Key words

electoral justice / local elections /
abuse of economic and political power /
collegial decisions / result of the ballot box

SUMMARY

1. Introduction. 2. Functional and spatial division of power in Brazilian federalism and election regulation. 3. Legal abuse and abuse of power. 3.1. The Legal abuse. 3.1.1. Legal abuse in Brazilian law. 3.2. The abuse of Power. 3.2.1. Abuse of electoral power. 3.3. The abuse of power in electoral law. 4. Abuses of law and power in municipal elections. 4.1. Presentation of national data. 4.2. Presentation of regionalized data. 5. Final considerations. 6. References.

Abstract

This article analyzes the electoral litigation in disputes for Municipal Executives, between 1996 and 2012, throughout the Country. Its purpose is to verify possible congruences in the collegiate decisions of the Regional Electoral Courts about the abuses of economic power and political power, regarding the lack of a legal concept on what would be considered “abuse of power” in the legal field. The research

aimed to identify and analyze the processes, which the Second Instance Electoral Justice has interpreted as abuse of political and/or economic power, in five electoral disputes for municipalities. The data were collected from the Superior Electoral Tribunal, which brings together all the processes registered in the TRE. In order to do so, the decisions of the processes found were analyzed. Despite a visible increase in the number of appeals before the courts, the results showed that in collegiate decisions there was a tendency to deny abuse of power in elections, thus maintaining the results of the ballot box. That is, decisions at first instance are, as a rule, presumed by the respective electoral courts. And as there is confirmation of the fact by the court, there is a predominance of abuse of economic power over the abuse of political power.

¹ Master's degree in Sociologia Política by Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (2016). Doctoral student in Political Sociology at the Fluminense North State University Darcy Ribeiro, and a professor at Centro Universitário Fluminense. He has experience in Law, focusing on Electoral Law, acting on the following subjects: judicialization, abuse of power, election and electoral justice. Judge in Rio de Janeiro State and he has served as Electoral Judge since 2006.

² Doctorate degree in Political Science from the Federal University of Minas Gerais (2009). He is currently is a postgraduate teacher at the Pós-Graduate Program in Political Sociology at Darcy Ribeiro North Fluminense State University. He is also a researcher at the State and Civil Society Studies Laboratory at the same university. Has experience in public management, auditing and control, political institutions and party-electoral financing.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo parte da análise dos litígios eleitorais envolvendo denúncias de abuso de poder político e abuso de poder econômico nas eleições municipais em todo País, de modo que se possa observar alguma congruência nas decisões. Foram considerados apenas aqueles que tenham sido objeto de decisão colegiada (Acórdãos) por representarem, em tese, a visão dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) de cada unidade da federação no período compreendido entre 1996 e 2012, em cinco eleições municipais.

Para o desenvolvimento do texto foram considerados: (i) que a Justiça Eleitoral de segunda instância interpreta o abuso do poder político e o abuso do poder econômico, de modo que se pudesse identificar “padrões de interpretação” e; (ii) a distribuição geográfica das condenações por abuso de poder em eleições municipais.

A legislação eleitoral faz referência à expressão “abuso de poder” e atribui consequências jurídicas (condenação em multa, declaração de inelegibilidade e cassação do registro da candidatura ou do mandato) àqueles que incidirem em tal prática. Contudo, não há uma descrição sobre o que é abuso de poder, ou quais são os fatos devem ser tratados como de abuso de poder. Tal peculiaridade não é exclusiva do direito eleitoral, outros ramos da ciência jurídica (direito civil, direito processual civil/penal e direito administrativo) também se ocupam do tema sem que haja uma definição legal do que é ou não abuso de poder. Portanto, não há um conceito legal de “abuso de poder” (Di Pietro, 2003; Bandeira de Mello, 2000). Cada ramo do direito procura preencher a lacuna legislativa de acordo com suas especificidades, em matéria eleitoral não é diferente.

É inegável que atribuição da governança das eleições à Justiça Eleitoral de forma concentrada, com as prerrogativas de *rule application*, *rule adjudication* e *rule making* que conferem a este segmento do Judiciário “um enorme poder de atuação no âmbito eleitoral” (Graeff & Barreto, 2017, pp.100-101). Neste sentido, o artigo prioriza a prerrogativa do “*rule adjudication*” buscando identificar traços da chamada “judicialização da política” relacionados com as eleições municipais brasileiras, ou por outra, quais desdobramentos decorreram das ações impetradas pela Justiça Eleitoral (Arantes & Kerche, 1999; Carvalho, 2009). As postulações por parte de candidatos, partidos, coligações e Ministério Público perante a Justiça Eleitoral podem, por um lado, levar a conclusão que a presença direta destes atores na condução das eleições significa judicializar o processo político (Peixinho 2008; Sobreiro Neto, 2018), tendo em vista as decisões do Judiciário, apesar das escolhas dos eleitores e da legitimidade dos eleitos. Nessa perspectiva, o Judiciário, com suas decisões, estaria se sobrepondo a soberania do voto popular e modificando a composição dos demais poderes da república. Por outro, pode também representar uma “garantia” de respeito às regras do jogo eleitoral em consideração aos eleitores/cidadãos, como aos próprios atores políticos, no que se refere aos abusos de poder político e econômico, comumente divulgado pela mídia, em todo o País. Esse antagonismo é ilustrado por Souza (2017, p.73) por meio da contraposição dos princípios eleitorais “uma pessoa, um voto” e “eleições livres”.

Muitas das questões que são levadas ao Judiciário poderiam ser solucionadas na própria seara política. Para o que se pretende neste artigo, a chamada “judicialização” das

disputas eleitorais representa apenas mais uma arena típica do pluralismo democrático e seu caráter conflituoso.

O enfrentamento de questões eleitorais vem sendo tratado nas ciências sociais em função da legitimidade dos eleitos (Silva, 2012; Marchetti & Cortez, 2009) passando ao largo da ideia de Estado de direito e da legalidade no exercício do poder político (Schedler, 1999). Dentro dos limites do tema proposto, o objetivo aqui é identificar as fontes jurídico-históricas do abuso de poder eleitoral e reconhecer padrões nos julgamentos dos TRES que tratem de abuso de poder em eleições municipais. Dessa forma, busca-se aclarar os critérios dos TRES na fixação e julgamento de casos de abuso de poder para estas eleições.

As eleições brasileiras, a partir dos últimos pleitos passaram a contar o componente da judicialização. Isto é, independentemente do resultado das urnas, a propositura de ações perante a justiça eleitoral podem influenciar no resultado final das eleições. Com efeito, diversos candidatos eleitos foram afastados de modo provisório ou definitivo do exercício de suas funções. E neste contexto, os estudos sobre as eleições municipais ganharam destaque. Em boa medida, as análises se concentram sobre os resultados eleitorais e a distribuição dos partidos políticos nos municípios. Todavia, o papel que o Poder Judiciário exerce nas eleições locais ainda é carente de aprofundamentos, sobretudo no que tange às “interferências diretas” na condução do processo eleitoral pelos Tribunais. Este artigo busca contribuir nessa direção.

2. DIVISÃO FUNCIONAL E ESPACIAL DE PODER NO FEDERALISMO BRASILEIRO E A REGULAÇÃO DAS ELEIÇÕES

O Brasil tem a característica de possuir órgãos judiciários da União Federal em paralelo com a existência e funcionamento de Justiças Estaduais. O sistema judicial federal tem a peculiaridade de se subdividir em diversas “justiças” especializadas por matéria³ (Militar, Eleitoral, Trabalhista e Federal). No que se refere à Justiça Eleitoral, a Constituição prevê a existência de um órgão de cúpula (Tribunal Superior Eleitoral), órgãos máximos em cada Estado da Federação (Tribunais Regionais Eleitorais), e, operando como 1ª Instância nas circunscrições eleitorais tem-se os Juízes Eleitorais e as respectivas Juntas Eleitorais. Ainda assim, a Justiça Eleitoral brasileira acumula funções que vão além do exercício da jurisdição, da solução de litígios eleitorais, operando como organizadora e administradora do processo eleitoral (responsabilizando-se pelo alistamento de eleitores, registro de candidatos, logística e preparação da votação, apuração, etc.), e ainda como órgão de consulta e órgão normativo.

No intuito de descrever o funcionamento do judiciário eleitoral cabe apontar a composição dos quadros da Justiça Eleitoral, uma vez que é a única em que há toda uma previsão de órgãos e funções, mas não há um quadro próprio de magistrados. Isto é, a Justiça Eleitoral brasileira funciona com magistrados “emprestados” de outras carreiras. Para melhor ilustrar a composição “por empréstimo” da Justiça Eleitoral no Brasil, organizamos o quadro 1.

³ Cada ramificação das “justiças” federais possui toda uma estrutura funcional e administrativa próprias, com quadro próprio de magistrados e servidores auxiliares, exceto na justiça eleitoral. Em razão da especialidade por matéria, cada uma das “justiças” possui uma competência constitucional própria.

Quadro 1: Cargos, composição, área de atuação e composição dos órgãos da justiça eleitoral.

Órgão	Funcionamento	Jurisdição	Composição
Tribunal Superior Eleitoral (TSE)	Colegiado (7 integrantes)	Todo território nacional	3 magistrados do Supremo Tribunal Federal (STF) 2 magistrados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) 2 advogados nomeados pelo Presidente da República, dentre 6 previamente indicados pelo STF.
Tribunais Regionais Eleitorais (TRES)	Colegiado (7 integrantes)	Território da respectiva unidade da federação.	2 magistrados da 2ª Instância (Tribunais de Justiça) da UF; 2 magistrados de 1ª Instância da UF; 1 magistrado federal da 2ª Instância da UF; 2 advogados nomeados pelo Presidente da República, dentre 6 previamente indicados pelo Tribunal de Justiça da UF.
Juízes Eleitorais	Singular (1 integrante por circunscrição eleitoral)	Território da circunscrição eleitoral.	Magistrado estadual de 1ª Instância em exercício no território da circunscrição eleitoral. (Havendo mais de 1 juiz estadual no território da circunscrição eleitoral é obrigatório o rodízio entre eles a cada 2 anos)

Fonte: Elaborado pelos autores.

Em termos formais, a existência de um “Código Eleitoral”, anterior à promulgação da Constituição de 1988 (e a legislação subsequente), teve o seu papel reduzido. O Código redigido sob a égide de um regime autoritário é, em grande parte, incompatível com a nova ordem constitucional e obsoleto ao ignorar os avanços tecnológicos ocorridos desde sua promulgação.

A Lei das Eleições trata das questões práticas relacionadas com o pleito. Se o Código Eleitoral foi esvaziado pela Constituição no que tange a previsão de direitos políticos, organização e funcionamento da Justiça Eleitoral, aqui, a nova legislação derogou o código no que se refere às coligações, convenções, registro de candidaturas, financiamento de campanhas, pesquisas e propagandas eleitorais. A Lei dos Partidos Políticos, como o próprio nome sugere, trata da criação e funcionamento das agremiações partidárias. Mais importante para este artigo é a Lei Complementar nº 64 de 1990, conhecida como “lei das inelegibilidades”, em razão de condenação pela prática de

abuso de poder político ou econômico.

3. ABUSO DE DIREITO E ABUSO DE PODER

O conceito de poder em Max Weber no sentido de que corresponde à “probabilidade de impor a própria vontade dentro de uma relação social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade” (Quintaneiro; Barbosa & Oliveira 2003, p.119) não foi a premissa legislativa. Weber (2005) trata do poder de fato, presente em todas as relações sociais, a legislação eleitoral, por sua vez, trata do poder de agir durante a campanha eleitoral.

Este poder de agir nas disputas eleitorais nas quais partidos, coligações e candidatos competem pelo voto do eleitor é normatizado e possui características próprias, sendo a principal delas o seu caráter limitado e condicionado. No entanto, não há plenos poderes. As possibilidades de agir permitidas são limitadas, seja pelo que o Estado autorizou ou proibiu, seja pelo conjunto de direitos e garantias que outros atores (candidatos, partidos, coligações e eleitores) possuem. A competição dos atores políticos

pelo voto corresponde às possibilidades de atuação reguladas pelas normas estabelecidas. Nas subseções que seguiremos trataremos da natureza do abuso de poder referido pela legislação eleitoral e suas conexões com as noções de abuso de direito e abuso de poder, existentes na ordem jurídica.

3.1 O ABUSO DE DIREITO

Por abuso entende-se o mau uso, ou o desdobramento do uso, a ultrapassagem dos limites de uso normal. Estaremos diante de abuso sempre que uma ação se revelar irrazoável ou anormal. O cerne da noção é que nos atos abusivos “ultrapassa-se o padrão normal de comportamento, realizando-se condutas que não guardam relação lógica com o que normalmente ocorreria ou se esperaria que ocorresse” (Gomes 2012, p.220). O entendimento básico deste termo para o direito é aqui, um ponto de partida.

A ideia de direito subjetivo constitui uma das categorias básicas para o meio jurídico. Sua exata conceituação envolve um dos maiores debates teóricos da comunidade do direito. Todavia, para o este artigo é desnecessário apontar todas as correntes teóricas. Nos importa apenas a noção de direito subjetivo para, em seguida, apontar como o direito subjetivo se relaciona com a teoria do abuso de direito. A ordem jurídica prevê uma série de normas que conferem direitos ao cidadão. O conjunto de normas, o direito posto e imposto pelo Estado é conhecido como direito objetivo. Tais direitos quando titularizados por uma pessoa determinada são denominados direitos subjetivos. Para este artigo nos valem do entendimento do direito subjetivo como “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e

de exigir de outrem determinado comportamento” (Amaral 2006, p.188). Essa noção envolve a proteção de um determinado interesse ou comportamento pela norma de direito (Abdo, 2007). Porém, somente com a perspectiva de que direitos subjetivos são relativos é que podemos trabalhar com o seu exercício regular ou abusivo.

3.1.1 ABUSO DE DIREITO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O direito brasileiro admitiu com facilidade a ideia de abuso de direito desde a vigência de nosso primeiro Código Civil, em 1916 mesmo na ausência de previsão legal expressa em tal sentido. O raciocínio que se fazia, até então, estabelecia que se não é ilícito o ato praticado no exercício regular de um direito, em sentido contrário, será ilícito o ato praticado no exercício irregular de um direito. Com tal interpretação o abuso de direito foi admitido sem maiores questionamentos, havendo debate tão somente quanto aos critérios para seu reconhecimento: teorias subjetiva ou objetiva (Pereira, 1998; Beviláqua, 1976).

Vale dizer que a discussão sobre os critérios para apreciação do abuso de direito (ou do exercício abusivo de direitos) envolve a exigência ou não da intencionalidade como elemento necessário ao ato abusivo. O critério subjetivo (teorias subjetivas) exige a intenção, já o critério objetivo (teoria objetiva) dela prescinde (Stoco, 2002). Portanto, aqui, o elemento intencional é imprescindível, evidenciando-se pela ausência de proveito ou utilidade na prática do ato em favor de quem o praticou (Abdo, 2007).

A orientação objetiva dispensa o elemento intencional e analisa o ato sob a perspecti-

va do desatendimento dos fins econômicos e sociais da lei. Nesta orientação o que importa é analisar se no ato houve desvio de finalidade em relação ao que a lei estabeleceu. Portanto, a construção do instituto do abuso de direito ocorreu no âmbito das relações entre particulares e envolveu o exercício abusivo de uma posição jurídica, isto é, amparada pelo direito, de modo abusivo, contrário às finalidades sociais da lei. Para este artigo o que importa é o registro de toda uma construção teórica e prática que nega a possibilidade de exercício absoluto de direitos e de que limita o exercício às finalidades sociais da lei.

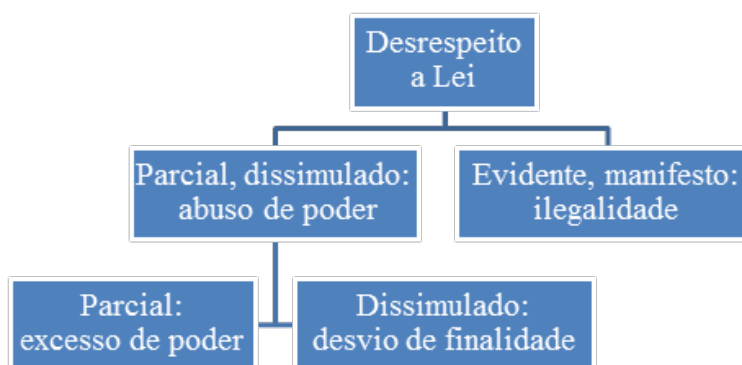
3.2 O ABUSO DE PODER

A consolidação do moderno Estado de Direito trouxe prerrogativas que podem ser vistas como poderes os quais a administração pública, o poder público, agentes públicos, possuem para atingir os fins atribuídos ao Estado pela Constituição e as leis. A teoria do abuso de poder está intimamente ligada à noção de Estado de Direito e legalidade nos atos do Estado. Essa característica fez com que a admissibilidade do instituto fosse menos controversa, sem maiores atropelos teóricos. O desenho institucional de Estado previsto pela ordem jurídica confe-

re àquele, prerrogativas, poderes, possibilidades de agir, que não são conferidas aos particulares e que podem ser empregadas contra quem se opor ao desejo estatal (Meirelles, 2011; Yamaguti Sato, 2018).

Todas as determinações impostas correspondem aos limites legais de quem exerce tais poderes com o propósito de evitar arbitrariedades. Sem prejuízo do que já foi exposto, não se pode negar que a teoria do abuso de direito influenciou a teoria do abuso de poder, havendo referência entre os autores estudados de que tal instituto não é senão uma modalidade de “abuso de direito” ou a expressão desse vício na esfera pública (Bandeira de Mello, 1969). Se o abuso de direito se presta a coibir arbitrariedades nas relações privadas, o abuso de poder o faz nas relações entre Estado e particular. Portanto, quando tratamos de abuso de poder estamos diante de situações em que o agente atua fora dos limites estabelecidos na lei (excesso de poder) ou quando, ainda que esteja dentro de tais limites, afasta-se da finalidade exigida na lei de modo explícito ou implícito (desvio de finalidade). Não podendo passar despercebido que a noção de abuso de poder sempre deverá estar atrelada ao exercício de função ou atividade pública com prerrogativas de poder estatal. A figura 1 traz a classificação adotada neste artigo.

Figura 1: Classificação do abuso de poder no âmbito do desrespeito à lei



Fonte: Elaborado pelos autores.

Do que foi exposto, a construção do instituto do abuso de poder se dá no âmbito das relações entre a autoridade pública e particulares e envolve o exercício abusivo das prerrogativas estatais, seja extrapolando limites, seja contrariando a finalidades da lei. Portanto, quando tratamos de abuso de poder estamos diante de situações em que o agente atua fora dos limites estabelecidos na lei (excesso de poder) ou quando, ainda que esteja dentro de tais limites, afasta-se da finalidade exigida na lei (desvio de finalidade). Não podendo passar despercebido que a noção de abuso de poder sempre deverá estar atrelada ao exercício de função ou atividade pública com prerrogativas de poder estatal.

3.2.1 ABUSO DE PODER ELEITORAL

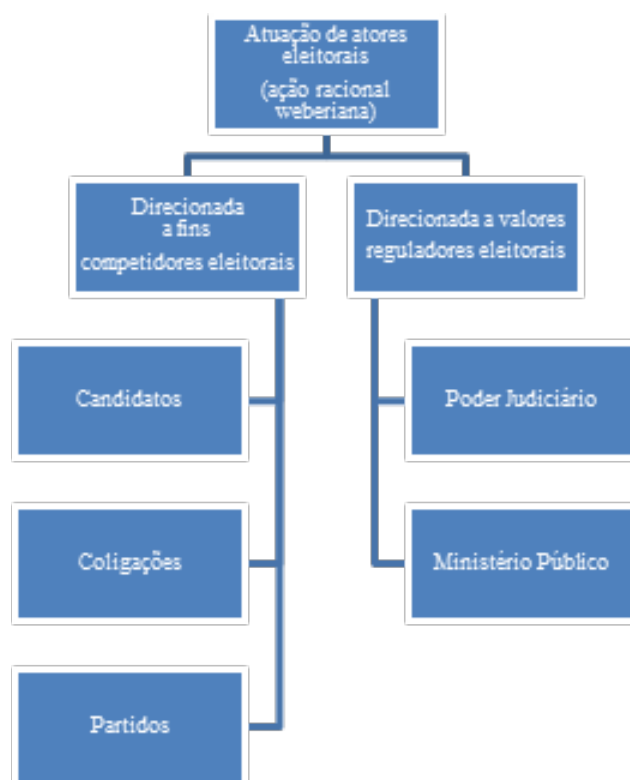
A existência de um conjunto de normas disciplinando o processo eleitoral, atribuindo consequências legais para os casos de abuso de poder, resulta do significado social atribuído ao voto no processo de escolha dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo. Em outras palavras, a retidão e a igualdade de competição constituem valores sociais relevantes, a ponto de serem normatizados e impostos aos competidores eleitorais (Arantes & Kerche, 1999; Reale, 2009; Yamaguti Sato, 2018).

No enfrentamento do abuso de poder nas eleições é preciso ter atenção a categoria weberiana da ação racional, entendendo-a como aquele produto da razão humana direcionada a fins ou valores de modo a distinguir o que move os atores eleitorais (competidores e reguladores) (Marchetti & Cortez, 2009). A ação racional com relação a fins é determinada pela expectativa de atingir

uma determinada finalidade racionalmente avaliada, desejada e perseguida. Com relação a valores é aquela definida pela adesão consciente no valor (ético, estético, religioso, etc.) (Weber, 2005). No que tange aos competidores eleitorais (partidos, coligações e candidatos) sua ação deve ser compreendida como racional em relação aos fins.

Quanto aos reguladores eleitorais (Poder Judiciário e Ministério Público), dentro da classificação weberiana, sua ação deve também ser considerada como racional em relação a valores, orientando-se por princípios contidos na legislação. A distinção é relevante na percepção do que move os atores eleitorais quando demanda da máquina judiciária o reconhecimento do abuso de poder nas eleições. A figura 2 representa esta classificação.

Figura 2. Classificação dos atores eleitorais segundo sua ação racional



Fonte: Elaborado pelos autores.

Até aqui o essencial é perceber que o exercício de posições jurídicas, sejam direitos subjetivos ou prerrogativas estatais, no que concerne às eleições, é normatizado e possui características próprias, sendo a principal delas o seu caráter limitado e condicionado. Não há pleno exercício de direitos subjetivos ou de prerrogativas estatais em matéria eleitoral.

Quando tratamos especificamente de abuso de poder nas eleições, ao confrontá-lo com o delineio jurídico dos institutos do abuso de direito e abuso de poder, percebemos que, na verdade, a legislação abriga sob o mesmo rótulo “abuso de poder” as categorias do abuso de direito e abuso de poder. As ações em campanhas eleitorais constituem exercício de direitos políticos e, quando se pratica um abuso de poder, está-se na verdade, em alguns casos abusando do direito de competir pela preferência dos eleitores (abuso de direito) e em outros abusando das prerrogativas inerentes a função pública (abuso de poder).

3.3 ABUSO DE PODER NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

É inegável que o poder econômico e o poder político influenciam o processo eletivo. Não se pode simplesmente excluí-los do jogo político. São fatos sociologicamente apreendidos (Capeller, 2015), correspondendo ao resultado das relações sociais existentes e do sistema econômico (Speck, 2002; Costa, 2006; Peixoto, 2010; Mancuso, 2015). Diante do fato, o legislador brasileiro tratou sobre o tema em diversos textos legislativos, estabelecendo um conjunto de normas disciplinando o processo eleitoral e atribuindo consequências legais para os casos de abuso de poder, sendo resultado do especial significado social atribuído à higidez no processo de escolha dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo. Neste sentido, o direito eleitoral brasileiro tem por desafio

garantir instrumentos eficazes para refrear o abuso de poder nas eleições. Uma atribuição nada simples, pois a cada nova regulação há sempre a conformação de novas formas de agir e que impactam em comportamentos oportunistas (Figueiredo Filho, 2012).

Em termos da trajetória normativa sobre essa temática, o Código Eleitoral brasileiro, em 1965, já previa a coibição e a punição da interferência do poder econômico e o desvio ou abuso de poder de autoridade contrários a liberdade do voto. Todavia, o Código praticamente não é mais aplicado por ter sido revogado tacitamente pela legislação posterior a Constituição. Percebe-se que a própria redação legislativa nos idos de 1965, ou mesmo no já distante ano de 1988, sugere que a prática abusiva é uma realidade, algo negativo que existe e precisa ser combatido.

Na Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 1997), que como próprio nome sugere tem o objetivo de regulamentar o processo eletivo, nos deparamos com três referências ao abuso. A primeira delas trata de abuso de poder econômico relacionado ao financiamento de campanhas que, eventualmente comprovado acarretará o cancelamento do registro de candidatura e, caso já eleito, acarretará a perda do mandato. A segunda referência estabelece que realizar publicidade institucional de um governo transformando-a em propaganda do governante de ocasião constitui abuso de autoridade, atribuindo a consequência de cancelar o registro da candidatura ou, caso já finalizada a eleição, o cancelamento do diploma⁴. A última envolve a extrapolação nos limites de gastos em campanha eleitoral e sujeita o candidato beneficiado a persecu-

⁴ O postulante a cargo eletivo no Brasil passa pelas condições: candidato, diplomado e empossado. Começa ao ter a candidatura admitida. Caso vença as eleições a Justiça Eleitoral o transforma em candidato diplomado. Por fim é empossado e inicia o seu mandato. Portanto, são três atos distintos: registro, diplomação e posse. Caso esteja empossado o cancelamento do diploma implica a perda do mandato.

ção judicial por abuso de poder econômico.

Um pouco antes, nessa mesma década, a Lei Complementar nº 64 de 1990, conhecida como Lei das Inelegibilidades, faz referência ao abuso (seja político ou econômico) em 13 oportunidades. Para o que se pretende neste artigo abordaremos apenas aquele que se considera mais relevantes. O artigo 1º estabelece que todos os que tenham contra si condenação transitada em julgado ou condenação por órgão colegiado da justiça eleitoral são inelegíveis para qualquer cargo eletivo e, ainda considera inelegível todo aquele condenado por crime de abuso de autoridade, também pelo mesmo prazo sempre que a sentença impuser a perda do cargo ou inabilitação para o exercício de função pública. Neste mesmo artigo há também referência ao abuso de poder, tornando inelegíveis todos os detentores de cargos na administração pública que tenham se beneficiado ou a terceiros mediante abuso de poder político ou econômico.

Como se percebe a legislação eleitoral faz referência à expressão “abuso de poder” e atribui consequências jurídicas àqueles que incidirem em tal prática. Contudo, a legislação não descreve o que é abuso de poder ou quais são os fatos que se subsumem ao conceito de abuso de poder. Portanto, não há um conceito legal de “abuso de poder”. A lacuna legislativa não interessa apenas ao universo jurídico, uma vez que o correto entendimento do que é abuso de poder em eleições constituirá um marco de fato e de direito para disputas eletivas. O elemento complicador é que em razão da falta de conceito legal, já que a norma sequer define os fatos que constituem abuso, tem sido o Judiciário, caso a caso, o intérprete da atuação dos partidos, coligações e candidatos se ela ocorreu dentro do espaço de licitude

“previsto” na norma. Entretanto, dada a peculiaridade da investidura por mandato nos Tribunais Regionais Eleitorais e no Tribunal Superior Eleitoral não há linearidade de entendimentos em determinado sentido, estando os precedentes sujeitos a variação na mesma proporção que a modificação da composição das cortes eleitorais.

O tema do abuso de poder em matéria eleitoral ainda padece de sistematização, sendo que a própria Justiça Eleitoral possui um glossário para consulta pública na internet⁵. Daí a importância de encontrar alguma parametrização nos casos estudados.

A partir do breve desenho teórico aqui apresentado, para constatação do abuso de direito, basta somente a análise se o exercício se deu conforme o espaço de licitude concedido pela norma (Rodovalho, 2011, p.170). Entretanto, até o advento da inclusão pela Lei Complementar 135/2010, um determinado fato tido por abusivo (além do seu uso normal) repercutia efetivamente ou potencialmente na disputa política. Tal repercussão em alguns casos era exigida pelos tribunais para que se reconhecesse um fato como abusivo. Havia também decisões que exigiam tão somente a “potencialidade” do fato abusivo repercutir na lisura das eleições (Castro, 2012, p.340), o que só gerava mais confusão.

Com a finalidade de tentar aclarar o instituto do abuso de poder em matéria eleitoral, tais requisitos foram expressamente dispensados pela LC135/2010, passando a dispor peremptoriamente que, para a configuração do ato abusivo, não seria mais considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam. Não é di-

5 Ver em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario>.

fácil notar que a investidura temporária nos tribunais eleitorais impede, ou em muito dificulta, a formação de decisões reiteradas no mesmo sentido. Portanto, esvazia a utilidade dos precedentes quando isoladamente considerados. A prática da simples enumeração feita por alguns autores, se por um lado não põe termo as dúvidas sobre o que deve ser considerado abuso de poder em matéria eleitoral, ao menos se presta a fazer um recorte temporal e geográfico, além de servir de indício para uma possível interpretação futura (dada a instabilidade na composição dos tribunais eleitorais) e, eventualmente, poder contribuir para ordenar tais questões e apontar tipologias possíveis das decisões do judiciário sobre esta temática.

A legislação eleitoral emprega, sem técnica ou critérios, a expressão, abuso de poder, ora podendo se referir ao abuso de direito, ao abuso de poder ou até mesmo ao abuso de autoridade. Intencional, ou não, o modelo legislativo confunde os atores políticos e dificulta a regulação das disputas eleitorais. A dificuldade que se impõe é que a própria noção de abuso de direito é fluída, difusa e carente de uma definição mais certa. O mesmo ocorre nos casos de abuso de poder por desvio de finalidade. Portanto, dependem do caso concreto. A forma pela qual a LC 64/1990 trata o abuso nas eleições o aproxima em grande parte das noções de abuso de direito e abuso de poder expostas neste estudo. Talvez esteja aí a fonte da ausência de tipificação legal das hipóteses de abuso, restando ao aplicador da lei e aos envolvidos na disputa política se socorrem de elementos diversos para análise da abusividade ou não dos atos praticados nas campanhas eleitorais.

Há, portanto, uma dificuldade em elaborar uma fórmula precisa, restando reconhecer

que “o abuso de poder constitui conceito jurídico indeterminado, fluído e aberto, cuja delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar” (Gomes, 2012, pp.253-254). Essa condição torna necessário um esforço na via interpretativa para acomodar as finalidades abstratamente previstas na lei com a realidade no qual ela é aplicada (com os seus matizes culturais, sociais, éticas, etc.). O que não se pode perder de vista é que diante de uma cláusula aberta, um conceito jurídico indeterminado, ao interpretá-los, enquanto limitador do exercício de direitos, não se pode ser arbitrário.

Ao tratar da teoria do abuso de direito, Rodvalho (2011, p.132) afirma que a “concepção de interpretação não pode ser individualista ao ponto de negar ou enfraquecer o Estado, nem opressora ao ponto de negar ou destruir o indivíduo”. Trazendo a ideia para seara eleitoral podemos dizer que na interpretação das condutas ditas abusivas não pode ser individualista ao ponto de enfraquecer a regulação das eleições nem opressor ao ponto de inviabilizar candidaturas.

O exercício de direitos subjetivos relativos à disputa eleitoral deve ser praticado até o limite do justificável pelos fins da própria norma que legitima a prática do ato. O agir conforme a lei não abarca todos os desejos e pretensões possíveis, mas somente aqueles que estão em conformidade com o ordenamento jurídico. O mesmo vale na corrida eleitoral. Quando o exercício de um direito se afasta de sua função social afasta-se do direito como um todo e transforma-se em abuso.

A interpretação dos atos praticados durante as eleições e sua definição como abusivos exige uma análise do todo, compreendendo

o direito como algo uno e aplicá-lo segundo as finalidades previstas na lei, sempre atento a realidade social e política que cerca sua aplicação quando da definição no caso concreto se houve ou não abuso⁶. A legislação em geral exige cada vez mais que a sua interpretação leve em consideração a realidade que cerca sua aplicação. Tal fenômeno vem ocorrendo não apenas em matéria eleitoral, tendo em vista disposições semelhantes na lei que trata de litígios de menor complexidade⁷ e no Código de Processo Civil⁸.

Não bastassem comandos legais expressos para considerar questões circunstanciais na análise dos fatos abusivos, o STF levou em conta questões meta-jurídicas (Jorge & Soares, 2017, p.91) para considerar inconstitucionais⁹ dispositivos contidos na Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995) e na Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) que permitiam a realização de doações eleitorais por pessoas jurídicas. Muito embora o abuso de poder não tenha sido o tema central de debate no STF, diversos autores, tanto no campo do direito, bem como da sociologia e ciência política apontam que o dinheiro pode desequilibrar a balança da competição eleitoral (Almeida (2018; Heiler, 2018; Jorge & Lizardo, 2018).

Estudiosos do assunto procuram associar o abuso do poder econômico ao mau uso de recursos financeiros ou patrimoniais para

influenciar o exercício do voto de modo a provocar desdobramentos na eleição atual ou futura. O abuso do poder político, por seu turno, é associado ao emprego da máquina pública ao serviço de um candidato.

Em termos de política legislativa, a opção brasileira de não definir expressamente os casos de abuso de poder possui vantagens e desvantagens. A principal vantagem está na desnecessidade de constantes mudanças legislativas para conceituar ou definir o “abuso de poder” permitindo que o Judiciário integre o significado do texto legal ao longo do tempo. De certo modo, o legislador reconhece a impossibilidade material de antecipar previamente quais comportamentos podem ou não ser considerados abusivos. Neste sentido, ressaltam-se as dificuldades da elaboração de uma normativa prévia aos fatos. Exemplo desse imbróglio, somente em tempos recentes passou-se a refletir sobre o abuso de poder religioso e sua influência deletéria no processo político em um Estado laico (Strücker & Maçalai, 2019). Já no tocante à desvantagem podemos destacar certo grau de insegurança jurídica para os envolvidos no processo eleitoral que não possuem meios de saber antecipadamente quais condutas devem ser evitadas, prevenindo-se da impugnação de mandatos conquistados e a subsequente cassação.

Na última seção deste artigo trataremos dos dados específicos da pesquisa. Depois do rápido sobrevôo sobre os impasses na literatura específica os entendimentos relativos aos chamados “abusos de poder nas eleições” e a sua aplicação nos casos, partimos para as análises das decisões colegiadas relativas ao tema na ótica dos TRES.

6 A LC 64/1990 (alterada pela LC 135/2010) incluiu no julgamento dos casos de abuso a seguinte previsão: “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral” (Art. 23).

7 Lei 9.099/95, “Art. 5º O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” e “Art. 6º O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

8 Ver art. 375 da Lei 13.105/2015, o qual estabelece que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial (grifo nosso).

9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.650/DF (Brasil, 2016)

4. OS ABUSOS DE DIREITO E DE PODER NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS

A construção dos dados para este artigo contou com uma amostra delimitada pelo conjunto de precedentes dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) envolvendo abuso de poder em eleições municipais. De início, buscou-se somente decisões colegiadas em grau de recurso em Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJEs) e Ações de Impugnação de Mandato Eletivo (AIMEs) ou aquelas apreciadas originariamente pelos TREs que tenham entrado ou não no mérito sobre a existência do abuso de poder. Porém, quando do levantamento dos dados nos deparamos com uma diversidade de ações e recursos objeto de análise pelos tribunais e os incluímos na base pesquisada.

De todo modo, o que interessa como dado primário é avaliar se uma ação que trate da possível ocorrência de abuso de poder em eleições municipais teve resposta positiva ou não, por parte dos TREs. Neste último caso estão englobadas as hipóteses de negativa pela análise do fato em si e aquelas que por alguma questão processual sequer foram analisadas. O recorte temporal refere-se às eleições municipais de 1996, 2000, 2004, 2008 e 2012. Os dados das últimas eleições municipais de 2016 não foram considerados pelo fato de os dados não estarem compilados até a confecção deste artigo.

Durante a análise de dados contabilizamos o número de ações julgadas e sua variação no tempo. Apontamos a categoria dos atos reconhecidos como abusivos e verificamos se houve confirmação ou modificação da decisão de 1ª Instância, proferidas pelos juízes eleitorais. Como instrumento de coleta de dados, usamos o sistema informatizado do Tribunal Superior Eleitoral para pesquisa

de processos, disponibilizado para consulta pública disponível através da internet.

4.1 APRESENTAÇÃO DOS DADOS NACIONAIS

Para darmos alinhamento empírico para a proposta desse artigo, começamos pelo levantamento dos precedentes perante os TREs de todas as unidades da federação por meio do sistema informatizado do TSE, obtidos com o seguinte argumento de pesquisa¹⁰: “*abuso de poder*” (+) “*eleições municipais*”, desconsiderando-se decisões monocráticas dos tribunais.

É importante destacar que a base de dados pesquisada sofre alterações, algumas delas esperadas como o aumento do número de casos com o passar do tempo, na medida em que são incluídos na base. Entretanto, durante nas consultas realizadas, percebeu-se em algumas ocasiões, a busca efetuada junto ao sistema retornar resultados a menor. Portanto, uma resposta em sentido contrário ao esperado.

Outro ponto relevante acerca da base de dados disponível para consulta é que não há uniformização de critérios para indexação (*keywords*) dos julgados, estando sujeito ao alvedrio da pessoa que insere as palavras-chave para pesquisa, variando de tribunal para tribunal e mesmo de pessoa para pessoa dentro da mesma Corte. São apontamentos que evidenciam a complexidade das pesquisas que lidam com essa base de dados, bem como apontam as fragilidades do próprio sistema do Tribunal. Tais dificuldades em relação a estes dados também foram encontradas por Vitor Marchetti (2014, pp.96-97), ao analisar o “cancelamento de

¹⁰ Consulta realizada em 29 de setembro de 2015. Portanto, os dados apresentados referem-se a 100% do que fora disponibilizado pelo sistema de consulta eletrônica do TSE, nessa data.

registro de candidatos e cassação de mandatos” em eleições municipais e gerais, de 1990 a 2004. O autor chama atenção para o fato de que “o sistema de catalogação e publicações das decisões do TSE é bastante precário”. Essa dificuldade, embora traga contratempos para o levantamento dos dados, não invalida os resultados obtidos, uma vez que foram objeto de análise ao longo do trabalho. Os resultados obtidos foram consolidados na tabela 1 com os totais de precedentes por TRE.

Tabela 1: Número de processos analisados por Estado da Federação.

	Frequência	%	% Acumulado
AL	2	1,3	1,3
AM	2	1,3	2,6
AP	3	2,0	4,6
BA	1	0,7	5,3
CE	2	1,3	6,6
ES	3	2,0	8,6
GO	3	2,0	10,6
MA	1	0,7	11,3
MG	18	11,9	23,2
MS	4	2,6	25,8
MT	3	2,0	27,8
PA	9	6,0	33,8
PB	6	4,0	37,7
PE	20	13,2	51,0
PI	12	7,9	58,9
PR	4	2,6	61,6
RJ	8	5,3	66,9
RN	8	5,3	72,2
RO	2	1,3	73,5
SC	15	9,9	83,4
SE	4	2,6	86,1
SP	11	7,3	93,4
TO	10	6,6	100,0
Total	151	100,0	

A primeira consideração a ser feita é a falta das seguintes unidades da federação compondo a tabela: Acre, Distrito Federal, Rio Grande do Sul e Roraima. No caso do Distrito Federal a consulta retornou “resultado zero”, não sendo surpresa levando em conta que o Distrito Federal concentra competências estaduais e municipais e é objeto de eleições gerais. Quanto às demais unidades federativas, na data da consulta estavam sem comunicação com o sistema de pesquisa o que não pode ser interpretado como ausência de casos de abuso de poder nas respectivas eleições municipais.

Outro ponto a se destacar é o número de casos nos Estados de Minas Gerais e Pernambuco, 11,9% e 13,2%, respectivamente. O fato de Minas Gerais ser o Estado com maior número de municípios no país pode ser o fator determinante para tal resultado. Pernambuco, por sua vez, representa um ponto fora de curva, inicialmente imaginamos tratar-se de uma ação conjunta do Ministério Público Eleitoral, mas a escrutínio dos dados revelou que são os próprios competidores eleitorais (candidatos, coligações e partidos) os principais recorrentes.

No que se refere ao número de casos de acordo com o recorte temporal proposto para este artigo, nota-se um forte incremento no número de recursos julgados e por consequência de ações judiciais como um todo a partir de 2008, 69,5% dos casos concentram-se nas duas últimas eleições municipais, como se observa na tabela 2. Os resultados relativos às eleições locais extemporâneas não repercutem na série histórica utilizada neste artigo. Em que pese a leitura sugerir que o número de recursos está diretamente ligado ao aumento das ocorrências de abuso de poder nas eleições muni-

cipais, ao relacionar esses números com as recorrências (tabela 3) e o grau de reconhecimento de abuso de poder (tabela 5) percebe-se “um maior *know-how*” dos atores políticos e uma maior eficiência na análise e registro dos julgados pela Justiça Eleitoral.

Tabela 2: Decisões dos TREs referentes ao abuso de poder por eleição

	Frequência	%	% Acumulado
Missing	19	11,9	11,9
1996	8	5,3	17,1
2000	9	6,0	23,1
2003	1	0,7	23,8
2004	7	4,6	28,4
2008	48	31,8	60,2
2010	2	1,3	62,3
2012	57	37,7	100,0
Total	151	100,0	

Durante o levantamento dos dados nos casos em que houve pluralidade de recorrentes e quando vencedor e vencido no processo recorreram, adotamos como parâmetro o primeiro recorrente apontado e quem primeiro recorreu. Ao longo desse artigo classificamos os atores eleitorais conforme sua ação racional em duas categorias, competidores eleitorais e reguladores eleitorais. A tabela 3 evidencia que os competidores eleitorais constituem a maior categoria de recorrentes nos casos de abuso de poder nas eleições municipais. Estão presentes como recorrentes em 75,5% dos casos, assim distribuídos: candidatos 34,4%, coligações 28,5% e partidos 12,6%.

Tabela 3: Número de processos por tipo de Recorrente

	Frequência	%	% Acumulado
Missing	3	2,0	2,0
Candidato	52	34,4	36,4
Coligação	43	28,5	64,9
Ministério Público	17	11,3	76,2

Outros	17	11,3	87,4
Partido	19	12,6	100,0
Total	151	100,0	

Tais evidências apontadas pela pesquisa, quanto aos atores recorrentes dos pleitos, se assemelham aos achados de Vitor Marchetti (2014, p.101), no que se refere ao questionamento das práticas de campanha pelos competidores eleitorais. Os dados encontrados pelo autor, referente ao período da sua pesquisa, apontaram que 58% dos recursos eleitorais foram oriundos dos próprios atores políticos envolvidos na disputa; e na sequência, o Ministério Público.

Nos casos de abuso, observados na tabela 4, tem-se que os atos abusivos são apresentados à Justiça Eleitoral ora de maneira isolada, especificando de qual abuso se trata (64,9% dos casos analisados), ora deduzindo ambas as espécies de abuso na mesma ação (31,1% dos casos). Nota-se também que os casos de abuso de poder econômico são a maioria, tomados isoladamente perfazem 40,4% dos casos, acrescentando-lhe os casos em que foi deduzido em conjunto com abuso de poder político, chegamos a 71,5% dos casos.

Tabela 4: Apresentação isolada ou cumulada do abuso à Justiça Eleitoral.

	Frequência	%	% Acumulado
Missing	6	3,3	3,3
Ambos	47	31,1	34,4
Econômico	61	40,4	74,8
Político	37	24,5	100,0
Total	151	100,0	

Na análise dos dados da tabela 5 percebe-se uma forte tendência nos Tribunais Regio-

nais Eleitorais em não reconhecer o abuso de poder. Tal resultado pode ser sugestivo da “cautela” que as Cortes Eleitorais têm em proferir decisões que podem alterar os resultados dos pleitos, existe a possibilidade, ainda, do manejo sem critérios de ações e recursos pelos competidores eleitorais, fazendo com que pretensões de reconhecimento de abuso mal formuladas ou “forçadas” sejam rechaçadas pelos Tribunais.

Tabela 5: Reconhecimento do abuso de poder em eleições municipais

	Frequência	%	% Acumulado
Não	102	67,5	67,5
Sim	49	32,5	100,0
Total	151	100,0	

Também é possível identificar que as decisões da 1ª Instância eleitoral são, via de regra, prestigiadas pelos respectivos Tribunais Eleitorais. Os dados da tabela 6 evidenciam que 44,4% das decisões de 1ª Instância são mantidas na totalidade e 15,9% mantidas em parte. A tabela 7 representa a modificação da decisão de 1ª Instância e o resultado final apresentado pelo TRE. Nela é possível notar que as decisões de 1ª Instância são frequentemente mantidas quando o Tribunal, ao final, nega a existência do abuso (48 casos), portanto, neste dado a 1ª Instância (o juiz eleitoral) entendeu pela inexistência do abuso de poder na eleição municipal e a 2ª Instância (TRE) manteve o entendimento.

Todavia, quando o dado revela que as decisões de 1ª Instância foram modificadas e o Tribunal, ao final, entende pela inexistência do abuso, estamos diante de uma decisão de 1ª Instância que reconheceu o abuso e o tribunal a modificou para negá-lo. Nestes casos (1ª Instância reconhece o abuso e 2ª

Instância nega), temos alta incidência de modificações das decisões dos juízes eleitorais (37 casos). O que os dados revelam é a forte tendência dos TREs em negar a ocorrência do abuso de poder em eleições locais. Quando a justiça eleitoral local também nega a ocorrência, suas decisões são mantidas, quando as reconhece, são modificadas.

Tabela 6: Alterações na decisão de 1ª Instância.

	Frequência	%	% Acumulado
Mantida	67	44,4	44,4
Mantida em Partes	24	15,9	60,3
Modificada	44	29,1	89,4
Não Analisada	16	10,6	100,0
Total	151	100,0	

Tabela 7: Situação da decisão de 1ª Instância de acordo com decisão final dos Tribunais Regionais Eleitorais

	Mantida	Mantida em Partes	Modificada	Não Analisada
Sim	19	23	7	0
Não	48	1	37	16
Total	67	24	44	16

Apesar da tendência de os Tribunais Regionais Eleitorais negarem o abuso de poder, há, entretanto, casos em que a justiça eleitoral se pronuncia pela incidência do abuso de poder nas eleições e, em consequência, aplica sanções correlatas. Nos casos em que houve pluralidade de punições aplicadas, consideramos a primeira punição que foi mencionada no julgamento. A tabela 8 apresenta as sanções aplicadas quando do reconhecimento do abuso pelo TRE. A grande incidência de casos “não se aplica” (76,8%) está diretamente ligada a grande negativa no reconhecimento dos abusos (ver tabela 5). A tabela 9 representa um re-

corde contendo somente os casos em que houve o reconhecimento de abuso de poder e a(s) sanção(ões) aplicada(s).

Tabela 8: Tipo de sanção aplicada

	Frequência	%	% Acumulado
Missing	1	0,7	0,7
Cassação do Diploma	12	7,9	8,6
Inelegibilidade	12	7,9	16,6
Multa	6	4,0	20,5
Não se Aplica	116	76,8	97,4
Outros	4	2,6	100,0
Total	151	100,0	

Tabela 9 – Espécie de abuso de poder e sanção aplicada

	Cassação do Diploma	Inelegibilidade	Multa	Outros
Político	3	4	3	2
Econômico	4	4	1	2
Ambos	5	4	2	0

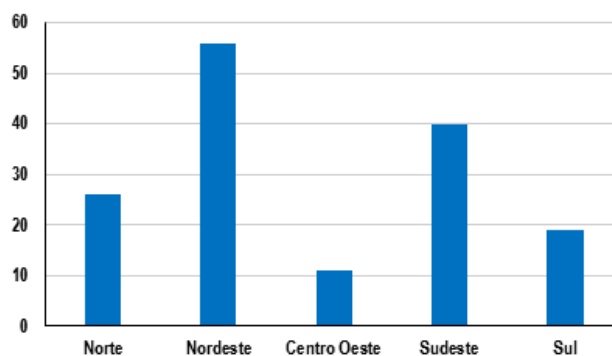
Até aqui apresentamos os dados agregados, representando um painel nacional sobre o tratamento do abuso de poder nas eleições municipais pelos Tribunais Regionais Eleitorais, a seguir os dados serão tratados de forma regionalizada.

4.2 APRESENTAÇÃO DOS DADOS REGIONALIZADOS

Os dados foram tabulados regionalmente. O primeiro recorte feito diz respeito ao número de casos por região, dando origem ao gráfico 1. É fácil perceber que nas regiões em que há maior número de eleitores (Sudeste e Nordeste) existe maior incidência de casos levados aos Tribunais. O número de casos na região Sul pode ter sido impactado pela ausência de comunicação entre a base

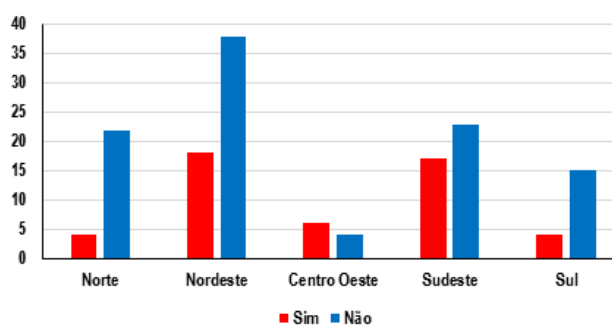
de dados do TRE-RS e o sistema de pesquisa do TSE quando da coleta dos dados.

Gráfico 1: Processos por região geográfica



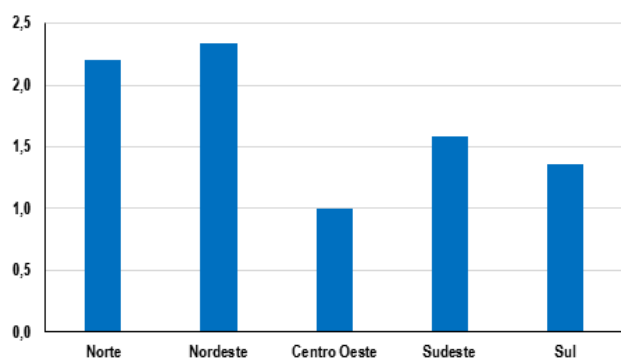
Através do gráfico 2 os dados foram desmembrados conforme o reconhecimento do abuso ou não. É possível notar que o não reconhecimento do abuso de poder pelos Tribunais Regionais Eleitorais tem maior ocorrência, preponderando em quase todas as regiões, a exceção ocorre no Centro Oeste. Embora o número absoluto de casos seja baixo, o dado é relevante, pois a região Centro Oeste combina baixo número de unidades da federação e baixa concentração populacional. A região Norte se destaca pela grande desproporção entre as decisões que reconhecem e as que negam o abuso de poder.

Gráfico 2: Reconhecimento de abuso por região geográfica



O fator tempo é relevante na análise do funcionamento do Judiciário. Na Justiça Eleitoral o tempo avulta em importância dada a periodicidade das eleições e sua alternância (nacionais e locais) a cada dois anos. O gráfico 3 apresenta esse tempo, em anos contados da eleição em que ocorreu a alegação de abuso de poder até que o Tribunal tenha proferido uma decisão¹¹.

Gráfico 3: Tempo médio em anos entre a eleição e o acórdão



A tabela 10 foi elaborada levando em conta cada tipo de recorrente discriminado por região em números absolutos. A regionalização dos dados reflete o que já foi observado nos dados agregados. Temos uma preponderância de recursos pelos competidores eleitorais em todas as unidades da federação com destaque para os candidatos e coligações nas eleições locais. Na região Sudeste temos um número pouco maior de recursos por partidos políticos. No entanto, mesmo nessa região, o papel dos partidos enquanto homologadores de recursos junto aos tribunais acaba ficando em segundo plano em relação aos candidatos e às coligações, que podem ser vistos como os grandes atores recursais eleitorais. Tais questões se colocam à margem do que autores como

¹¹ É importante ressaltar que não se trata no tempo de demora no processo contado do seu início, e sim quanto tempo levou para que um TRE se pronunciasse através de acórdão sobre abuso de poder em eleição municipal contado da data da referida eleição.

Katz e Mair (2001) atribuem como sendo o papel essencial dos partidos políticos para a estabilidade política e democrática. E se reforçam com uma forte indisposição no que se refere à representatividade e ao ideário dos partidos políticos. A desconfiança acaba sendo o mote central entre grande parte das pessoas, o que reforça a crise que os partidos vêm enfrentando (Baquero, Castro, & Ranincheski, 2016).

O regulador eleitoral com legitimidade para tais recursos, o Ministério Público Eleitoral, apresenta também papel secundário em levar questões de abuso de poder em eleições municipais aos TREs. Em relação ao MPE merece destaque o fato de que na região Sul não foram contabilizados recursos propostos pela instituição.

Tabela 10: Tipo de recorrente por região geográfica

	Norte	Nordeste	Centro Oeste	Sudeste	Sul
Missing	0	1	0	0	2
Candidato	10	22	2	12	6
Coligação	5	15	4	13	6
Ministério Público	4	7	2	4	0
Outros	3	8	0	5	1
Partido	4	3	2	6	4
Total	26	56	10	40	19

A regionalização dos dados referentes à espécie de abuso (tabela 11) não se desvia, em regra, dos dados agregados. Há predominância do abuso de poder econômico em quase todas as regiões. Entretanto, foi possível notar que na região Centro Oeste houve um maior número de casos de abuso de poder político em relação aos de abuso de poder econômico por pequena margem. Nas regiões Nordeste e Sudeste percebe-se que

a alegação de ambos os abusos na mesma ação é quase tão frequente quanto a alegação isolada do abuso de poder econômico.

Tabela 11 - Espécie de abuso por região geográfica

	Norte	Nordeste	Centro Oeste	Sudeste	Sul
Missing	3	0	1	1	1
Ambos	6	21	1	16	3
Econômico	10	22	3	19	7
Político	7	13	5	4	8
Total	26	56	10	40	19

Ao analisar o “prestígio” das decisões dos juízes eleitorais (tabela 12) pelos respectivos TREs (se houve manutenção ou modificação da decisão) mais uma vez a região Sul é a única que se afasta dos dados agregados, apresentando um maior grau de modificação do que de manutenção das decisões de 1ª Instância.

Tabela 12: Alterações na decisão de primeira instância por região geográfica

	Norte	Nordeste	Centro Oeste	Sudeste	Sul
Missing	0	0	0	0	0
Mantida	12	21	4	24	6
Mantida em Partes	3	12	3	5	1
Modificada	9	15	2	8	10
Não Analisada	2	8	1	3	2
Total	26	56	10	40	19

Na análise dos dados regionais quanto ao tipo de sanção aplicada, temos variação por região no que se refere à sanção mais frequente. A cassação do diploma e a multa têm maior incidência na região Nordeste, a inelegibilidade ocorreu com maior frequência no Sudeste. As regiões Norte e Sul se destacam pela baixa incidência de san-

ções aplicadas. O Sul apresenta apenas dois casos de inelegibilidade e o Norte um caso de cassação de diploma e outro de multa. O Centro Oeste não apresenta destaques, refletindo apenas os dados agregados. A tabela 13 apresenta os valores absolutos.

Tabela 13 - Tipo de sanção aplicada por região geográfica

	Norte	Nordeste	Centro Oeste	Sudeste	Sul
Missing	0	1	0	0	0
Cassação do Diploma	1	7	1	3	0
Inelegibilidade	0	2	3	5	2
Multa	1	3	1	1	0
Não se Aplica	23	40	5	31	17
Outros	1	3	0	0	0
Total	26	56	11	40	19

Por fim, tem-se que a ausência de parâmetros rígidos para definição do abuso de poder tende a esvaziar a credibilidade do Poder Judiciário eleitoral e de sua atuação, uma vez que em meio a soluções casuísticas não raro encontram-se decisões conflitantes. A necessidade de tais soluções pode ser entendida como uma das possíveis causas do asoberbamento de processos na justiça eleitoral brasileira. Por não saber ao certo se a conduta é abusiva ou não, na dúvida, opta-se em acionar a máquina judicial para que ela diga ao fim se houve ou não abuso de poder.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A organização da Justiça Eleitoral possui peculiaridade que a individualiza e impede comparações exatas com outros aparelhos judiciários existentes no Brasil. Ela tem um quadro próprio de servidores públicos, mas não possui um quadro próprio de Magistrados. Em certa medida justifica-se pela

realização de eleições somente a cada dois anos e pelo risco de uma instituição se asenhorar do processo político impedindo ou manipulando a liberdade democrática e a soberania popular para atender visões políticas próprias. Por outro lado, em especial nos órgãos colegiados (TSE e TREs) a investidura por tempo determinado dificulta sobremaneira a formação de uma jurisprudência estável sobre os temas eleitorais. Essa característica tende a provocar insegurança jurídica nos atores eleitorais e atinge o tema do abuso de poder nas eleições.

O abuso de poder em matéria eleitoral padece de conceituação e sistematização legislativa. Diante da lacuna legislativa autores jurídicos propõem conceitos próprios e mesmo a Justiça Eleitoral possui um glossário para consulta pública na internet¹² com isso pretendendo dicionarizar a expressão. Uma outra vertente procura enumerar casos exemplificativos de abuso de poder em eleições. Porém, ainda não há um estudo das fontes que originaram a noção de abuso de poder eleitoral. Vale ressaltar que a formulação jurídica do abuso de poder eleitoral inicia-se com a teoria do abuso de direito, construída no direito civil e, posteriormente, complementada pela teoria do abuso de poder construída no direito administrativo. Cada um desses pilares serve de sustentação ao que se entende como abuso de poder econômico e abuso de poder político na seara eleitoral.

Diante de um conceito jurídico indeterminado, faz-se necessário ter em perspectiva que ao tratarmos de abuso de poder eleitoral teremos a extrapolação do espaço de licitude previsto na norma. A percepção dos fins previstos na lei é relevante por mais fluida que pareça a ideia. O abuso de poder é

identificado diante de casos concretos, de modo casuístico e para tanto a interpretação dada pelos órgãos judiciários é extremamente relevante, principalmente em razão da regra interpretativa contida no art. 23 da LC 64/90¹³. Na interpretação do caso concreto e na sua confrontação com o espaço de licitude contido na norma o aplicador da lei precisa ter olhos na realidade que o cerca.

O desdobramento empírico deste artigo esbarrou na consulta dos dados. A base para consulta pública disponibilizada pelo TSE merece aperfeiçoamentos. Não há integração dos TREs ao sistema de pesquisa do TSE de modo estável. A falta de parametrização para o uso de palavras-chave na base de dados de julgados do TSE representa um risco de vieses caso o pesquisador não seja familiarizado com a rotina forense e o funcionamento da justiça eleitoral. Além do fato de que os acervos das decisões dos Tribunais Eleitorais não estão digitalizados no seu inteiro teor dos acórdãos. Tem-se apenas disponibilizadas as ementas do que foi decidido.

O número de recursos apreciados e decididos pelos TREs aumentou fortemente nas últimas eleições municipais, analisadas neste artigo até o pleito municipal de 2012. Embora seja possível fazer a leitura de um maior número de casos de abuso de poder, quando temos olhos no que foi efetivamente decidido nos Tribunais, a hipótese cai por terra. Apesar da inexistência de efeitos vinculantes e de uma rígida padronização no exercício das funções administrativas e judiciais entre os diversos Tribunais Regionais, ao realizar o levantamento dos dados contactamos uma uniformidade de práticas. Via de regra os Tribunais Regionais Eleitorais

¹³ Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atendendo para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

¹² Ver em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario>.

negam a existência de abuso de poder nas eleições municipais. O prestígio das decisões de 1ª Instância (confirmação das decisões dos juízes eleitorais) está diretamente ligado ao não reconhecimento da prática de abuso de poder.

Os atores eleitorais mais ativos em apresentar recursos aos TREs são os competidores eleitorais com grande predominância de candidatos e coligações. A maior incidência de recursos encaminhados aos Tribunais Eleitorais, por sua vez, ocorre nas regiões com maior número de eleitores Sudeste e Nordeste. Em matéria de litígios eleitorais envolvendo abuso de poder em eleições locais apresentados à 2ª Instância o que importa são os competidores diretamente envolvidos na disputa, quando se nota o interesse em alterar o resultado das urnas através de decisões judiciais, o que pode representar uma indesejada judicialização do processo eleitoral.

O aparelho legal e judiciário é reflexo dos valores e das práticas existentes no meio social. No Brasil, infelizmente, temos uma série de valores consagrados relativos à lisura do processo eleitoral que não corresponde à prática das eleições. O arcabouço legislativo vem sendo construído lentamente passando por alterações legislativas pontuais para seu aperfeiçoamento. A própria instituição de uma “Justiça” como agência reguladora de eleições pode ser vista como uma exortação para que a disputa eleitoral ocorra com lisura e ao largo das paixões típicas da política. A história republicana do Brasil pode ser lida em termos de uma busca por um processo de escolha política livre de vícios e que garanta ao eleitor o exercício do direito de voto livre de abusos e constrangimentos. E deste modo, garantindo que eventual alteração da decisão popular através do voto

seja sempre exceção, jamais regra. Nessa perspectiva temos um longo caminho para consolidação e amadurecimento de nossas instituições e fortalecimento de nossa democracia.

6. REFERÊNCIAS

- Abdo, H. N. (2007). O abuso do processo. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista Tribunais, vol. 60, São Paulo.
- Almeida, R.R. (2018). Financiamento eleitoral e ética empresarial: a participação das empresas no processo eleitoral. In: Anais do V Congresso Luso-Brasileiro de Direitos Humanos, vol.03, nº26, Curitiba, 2018. pp. 292-313.
- Amaral, F. (2006). Direito civil: Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- Arantes, R. B. & Kerche, F. (1999). Judiciário e democracia no Brasil. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 54, p.11-26.
- Avritzer, L.(2013). Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. .In:Avritzer, L.; Bigotto, N.; Filgueiras, F.et al. (orgs.).Dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Bandeira De Mello, C. A. (2000).Discricionariedade e controle judicial. 2ª ed.São Paulo: Malheiros.
- Bandeira De Mello, O. A. (1969). Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense.
- Baquero, M.; Castro, H. C.; e Ranincheski, S. M. (2016). (Des)confiança nas instituições e partidos políticos na constituição de uma democracia inercial no Brasil: o caso das eleições de 2014. Revista Política & Sociedade. Florianópolis,v.15, n.32, pp.9-38.
- Barros, F. D.(2012). Direito eleitoral. 11ª ed .Rio de Janeiro: Elsevier.
- Barroso, L. R., 2008. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica > Acesso em: 02/11/2015.
- Batista, F. N. T.; Peleja Jr., A. V.(2012). Direito Eleitoral, Aspectos processuais: Ações e Recursos.2ª. ed. Curitiba: Juruá.
- Beviláqua, C.(1976). Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves.

- Capeller, W. (2015). De que Lugar Falamos? Retomando um velho papo sobre o Direito e a Sociologia. *Revista de Estudos Empíricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. vol. 2, n. 2, p.10-25.
- Carvalho, E. (2009). Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. *Revista Análise Social*, vol. XLIV (191), pp.315-335.
- Castro, E. R.(2012). *Curso de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey.
- Costa, A. S.(2006). *Instituições de direito eleitoral*.6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- D’Azevedo, L.C. (2016). Abuso de poder na eleições municipais brasileiras em perspectiva comparada: Uma análise das decisões dos tribunais regionais eleitorais. *Dissertação de conclusão de mestrado em Sociologia Política*. UENF. Campos dos Goytacazes/RJ.
- Di Pietro, M. S. Z.(2003). *Direito administrativo*. 15ª ed .São Paulo: Atlas.
- Figueiredo Filho, D. B. (2005). Gastos Eleitorais: os determinantes das eleições? Estimando os gastos de campanha nas eleições de 2002.*Revista Urutagua (Online)*.Maringá, v.8, p.1-10.
- Filgueiras Jr., M. V.(2007). Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Gomes, J. J.(2012). *Direito Eleitoral*. 8ª ed São Paulo: Atlas.
- Gonçalves, G. L. (2011). Entre politização e judicialização: limites estruturais do direito e da política.In:Motta, L. E.; e Mota, M. (orgs.).*O estado democrático de direito em questão*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Graeff, C.B.; Barreto, A.A. de B. (2017). O modelo de governança eleitoral brasileiro e a judicialização das regras político-eleitorais. In.*Revista Debates*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 99-118, jan.-abr. 2017.
- Heiler, J.G. (2018). O Fenômeno da Reiteração no Financiamento Eleitoral Brasileiro: perfil de financiadores e o impacto no desempenho eleitoral empresarial. *Tese de doutorado em Ciência Política/UNICAMP*. Campinas.
- Jorge, A. G. L., & Soares, M. B. (2017). Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 87-104. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ ril_v54_n216_p87.
- Jorge, A.G.L. & Lizardo, F.S. (2018). Financiamento de Campanhas e o Artigo 30-A da Lei das Eleições na Proteção à Igualdade no Processo Eleitoral. Cap.2. Parte II. Fraude, Corrupção e os Diferentes Abusos Eleitorais. In: Fux, L.; Pereira, L.F.C.; & Agra, W. M. (Coord.); Pecinin, L.E. (Org.). *Abuso de Poder e Perda de Mandato*. Belo Horizonte: Fórum.
- Katz, R.; Mair, P. (2002). The ascendancy of the party in public office: party organizational change in twentieth-century democracies. In: Gunther, R.; Montero, J. R.; Linz, J. (Eds). *Political Parties: Old Concepts and New Challenges*. Oxford: Oxford University Press.
- Konder, A.; Inatomi, C. C.; Baratto, M. (2011). Sobre o judiciário e a judicialização.In:Meirelles, H. L. *Direito administrativo brasileiro*.38ª ed. São Paulo: Malheiros.
- Mancuso, W. P. (2015). Investimento eleitoral no Brasil: balanço da literatura (2001-2012) e agenda de pesquisa. *Revista de Sociologia Política*, v. 23, n. 54, p. 155-183.
- Marchetti, V. & Cortez, R.(2009). A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Revista Opinião Pública*, vol. 15, nº 2, p.422-450.
- Marchetti, V. (2014). Competição eleitoral e controle das candidaturas: uma análise das decisões do TSE. *Cadernos Adenauer XV*. nº1, p.93-115.
- Motta, L. E. (2011). Judicialização da política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular?, In:Motta, L. E.; e Mota, M. (orgs.).*O estado democrático de direito em questão*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Peixinho, M. M.(2008). Princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. In:*Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 4, p.13-44. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3>> Acesso em: 04/11/2014.
- Peixoto, V. M. (2009). Financiamento de campanhas: o Brasil em perspectiva comparada. *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais.UNESP*. Araraquara,v. 35, p. 91-116.
- Pereira, C. M. S.(1998). *Instituições de direito civil, introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*. 19ª ed . Rio de Janeiro: Forense.
- Pogrebinschi, T.(2011). Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Quintaneiro, T.; Barbosa, M. L. O.; e Oliveira, M. G. M. (2003). *Um Toque de Clássicos Marx, Durkheim e Weber*. 2ª ed .Belo Horizonte: Ed. UFMG.
- Reale, M. (2009). *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Rodvalho, T. (2011). *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Rosas, R.(2011). Do abuso de direito ao abuso de poder. São Paulo: Malheiros Eds.

Sadek, M. T. Judiciário: mudanças e reformas. Estudos Avançados. vol.18, n.51. p.79-101. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext> Acesso em: 13/10/2012.

Schedler, A. (1999), Conceptualizing Accountability. In: Schedler, A.; Diamond, L. & Plattner, M.F. The Self-Restraining State: power and accountability in new democracy. Boulder. Lynne Rtnner Publishers.

Silva, A. (2012). Ações eleitorais: teoria e prática. Leme: Ed. J.H. Mizuno.

Sobreiro Neto, A. (2018). O Papel do Ministério Público Eleitoral na Repressão dos Abusos nas Eleições. In: Fux, L.; Pereira, L.F.C.; & Agra, W. M. (Coord.); Peccinin, L.E. (Org.). Abuso de Poder e Perda de Mandato. Belo Horizonte: Fórum.

Souza, L.F. (2017). Jurisprudência eleitoral e soberania popular: Legitimidade de cassação nas ações eleitorais (AIME e RCED)..Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 20, n. 1, p. 73-87.

Speck, B. W. (2002). Como financiar a competição política? Concepções contemporâneas, ilustrações do caso da Alemanha e perspectivas para a situação em Uruguay. Dinero y Política. El financiamiento de los Partidos en la Democracia. Montevideo: La Banda Oriental. pp. 15-41.

Stoco, R. (2002). Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Strücker, B.; Maçalai, G. (2019). O abuso de poder religioso no processo eleitoral: Realidades brasileiras e soluções. Coisas do Gênero. vol. 5, n. 1. pp. 87-100. São Leopoldo. Disponível em: <http://periodicos.est.edu.br/index.php/genero>.

Weber, M.(2005).Ciência e política: duas vocações.13ª ed. São Paulo: Cultrix.

Yamaguti Sato, L.T. (2018). As Regras de Comportamento Impostas aos Agentes Públicos em Período Eleitoral: das condutas vedadas ao abuso de poder político. In: Fux, L.; Pereira, L.F.C.; & Agra, W. M. (Coord.); Peccinin, L.E. (Org.). Abuso de Poder e Perda de Mandato. Belo Horizonte: Fórum.

Data de submissão: 08/06/2018

Data de aceite: 19/07/2019

“GESTÃO DE ILEGALISMOS E O TEATRO DA DISCIPLINA: os casos de falta grave por posse, utilização ou fornecimento de celular em uma unidade prisional de Curitiba/PR no ano de 2017”

 André Ribeiro Giamberardino¹

Palavras-Chave

execução penal/ falta grave/ celulares/ ilegalismo/ sociologia da prisão

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Notas metodológicas preliminares. 3. Base teórica: o sistema disciplinar na crítica sociológica e jurídica. 3.1 Ilegalismos e a construção da ordem interna nas prisões; 3.2 Do sistema disciplinar e a discricionariedade administrativa da autoridade penitenciária. 4. As faltas graves referentes a posse ou uso de telefone celular (ou componente acessório) no ano de 2017 na Casa de Custódia de Curitiba (CCC). 5. Considerações finais. Referências.

Resumo

A Lei 11.466/2007 inseriu a posse, utilização ou fornecimento de celular, rádio ou similar como hipótese de falta grave, conforme o art. 50, VII, da Lei de Execução Penal. Hoje, o que se vê é a absorção da proibição dos celulares pelas práticas de gestão e construção da ordem interna, aqui tomadas a partir do conceito foucaultiano de ilegalismo e de algumas hipóteses fundantes da sociologia das prisões. A pesquisa traz recorte empírico com todos os casos de falta grave em uma unidade de Curitiba/PR em 2017, totalizando 16 (dezesesseis), colocando a questão de quais seriam os parâmetros determinantes para imputação de responsabilidade disciplinar por telefones celulares ou similares apreendidos a este ou àquele preso. A partir da análise dos processos e observação participante, evidencia-se como na grande maioria dos casos os presos que assumem a responsabilidade pelos itens apreendidos o fazem por não terem família na região ou por terem uma pena remanescente alta, tendo por objetivo a contraprestação pecuniária ou outros favores, não sendo os verdadeiros donos dos aparelhos. A aplicação da sanção disciplinar, com conhecimento da falsidade da confissão, indica que o Estado opera como gestor de ilegalismos e não a partir do binômio lícito/ilícito oriundo da norma jurídica.

¹ Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR e Colaborador do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFPR.

“ILLEGALISMS AND THE THEATER OF DISCIPLINE: the 2017’ cases of unlawful possession, use and provision of mobile phones in a prison unit in Curitiba/PR”

 André Ribeiro Giamberardino

Key words

penitentiary law/ mobile phones/
illegalisms/ sociology of prison

Abstract

In 2007, the law 11.466 inserted the possession, use and provision of mobile phones, radio or similar in prison as hypothesis of serious misconduct. Today, what is seen is the absorption of the prohibition by the practices of management and construction of the internal order, taken here from the Foucaultian concept of illegalism and some hypotheses found in the sociology of prisons. The research brings an empirical sample with all the cases of serious misconduct by this reason in a prison of Curitiba in 2017, totaling 16 (sixteen), being asked the question of which would be the determining parameters for imputation of disciplinary responsibility by cellular phones seized to this or that prisoner. From the analysis of the processes and participant observation, it is evident how, in the great majority of cases, the prisoners who take responsibility for the seized items do so because they do not have family in the region, because they have a high remnant penalty or to get some form of payment, not being the real owners of the devices. The application of the disciplinary sanction, with knowledge of the falsity of the confession, indicates that the State operates as manager of illegalisms and not from the legal/illegal binomial.

1. Introdução

Publicada em 28 de março de 2007, a Lei 11.466 (2007) inseriu a posse, utilização ou fornecimento de “aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”, como hipótese de falta disciplinar de natureza grave, conforme tipificação constante do art. 50, VII, da Lei de Execuções Penais, doravante LEP (Lei 7.210/84): “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”.

Originado do PL 136/2006 do Senado Federal, a justificativa do projeto de lei se baseou na demanda por controle da articulação de “ações criminosas a partir dos estabelecimentos penais”, com menção expressa à “onda de violência no Estado de São Paulo, em que o PCC alvejou várias instituições públicas e privadas da capital”², fato datado de 2006 e que motivou a tramitação do projeto.

Pouco mais de dez anos depois, porém, o que se vê é a absorção e cooptação da proibição abstrata dos celulares pelas práticas concretas de gestão, aqui tomadas a partir do conceito foucaultiano de ilegalismo e de algumas hipóteses fundantes da sociologia das prisões na temática da construção da ordem interna.

Importante ter em conta, desde logo, que o reconhecimento de que o preso praticou a referida falta grave o sujeita a sanções administrativas previstas em lei (art. 53, LEP), como o isolamento e a suspensão ou restrição de direitos. Por decisão do diretor

da unidade, o preso pode ficar por até 30 (trinta) dias sem a visita do cônjuge, companheira, filhos, parentes e amigos, bem como sem acesso ao pátio de sol e outras atividades. Posteriormente, caso a falta grave seja confirmada pelo juízo, outras consequências podem impactar em sua pena, como o reinício da contagem do tempo para progressão de regime e a perda de parte dos dias remidos por trabalho ou estudo.

Durante o ano de 2017, atuei como defensor público nos processos administrativos disciplinares em unidade prisional situada na região metropolitana de Curitiba/Paraná – a Casa de Custódia de Curitiba, doravante “CCC”. Agregada à experiência profissional, parcial por definição, foi colocada a questão de pesquisa sobre quais seriam os parâmetros determinantes para imputação de responsabilidade disciplinar por telefones celulares ou similares apreendidos a este ou àquele preso. E o que fica claro é que, na imensa maioria dos casos, os presos que se apresentam como donos ou responsáveis pelos itens proibidos apreendidos não o são, de fato. Mesmo assim, as “confissões” são aceitas pelo Estado no âmbito do processo administrativo disciplinar (PAD), sendo muitas vezes, como se indica a seguir, afastadas em Juízo. Os dados apresentados dizem respeito à integralidade das faltas graves correspondentes à apreensão de celular ou acessório durante o ano de 2017, na citada unidade prisional.

2. Notas metodológicas preliminares

Parece importante e pertinente apresentar brevemente algumas cautelas metodológicas, tratando-se a presente pesquisa, em parte, de uma observação *incognito* no ambiente prisional. São as questões de pesquisa que devem levar à decisão pelos instru-

² Acessível mediante busca pelo histórico do PL 136/2006 no sítio virtual do Senado Federal, no link: <http://www.senado.gov.br>. Acessado em: 20/03/2018.

mentos metodológicos mais adequados, e não o contrário: no caso, por razões indicadas a seguir, optei pela análise documental de processos (públicos) agregada à observação participante como pesquisador, mas a partir de posição ocupada, no interior da unidade, como profissional do sistema de justiça. Importante registrar que se está a seguir a premissa pela qual toda pesquisa qualitativa não deve estabelecer um conceito bem definido no início e formular hipóteses a serem testadas, mas sim desenvolver e refinar conceitos e hipóteses no processo de pesquisa (Angrosino, 2009, p. 9), o qual ocupou efetivamente todo o ano de 2017.

Os resultados aqui apresentados indicam a prevalência de parâmetros extralegais na imputação de responsabilidade disciplinar a presos que, sabidamente, não eram os verdadeiros “culpados” pelos celulares ou itens associados, mas assumem tal condição diante do Estado em respeito a normas e dinâmicas criadas pela própria população carcerária ou que regulam as interações entre a população carcerária e o corpo de funcionários da unidade prisional.

Há várias formas para se proceder a uma pesquisa no cárcere, inclusive a partir da condição de profissional do sistema de justiça (Martin, 2000, p. 216), ainda que essa não seja a mais usual. A colheita de dados nessas circunstâncias impõe uma série de cautelas de ordem ética e precauções metodológicas que devem ser, desde logo, registradas.

A apresentação de si mesmo aos demais atores na condição de profissional, e não de pesquisador, contribui para facilitar

alguns aspectos relacionados ao acesso a um campo tão fechado³, além de fazer com que se passe a ser parte do próprio objeto, sem qualquer pretensão de análise “neutra” e à distância. O desenvolvimento de uma relação cooperativa para com o respectivo departamento penitenciário, por exemplo, é apontado como etapa importante para a consecução dos objetivos de qualquer trabalho nesse âmbito (Martin, 2000, p. 218-219; Apa et al, 2012, p. 468-469), até porque a autorização é ato imprescindível para possibilitar o acesso. No caso, tal autorização não se fez necessária porque a observação se deu na condição de profissional do sistema de justiça, cuja presença é funcional e necessária nos depoimentos e reuniões para julgamento das infrações disciplinares, sob pena de nulidade, nos termos da Súmula nº. 533, do Superior Tribunal de Justiça:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado (DJJe 15/06/2015).

A presença relativamente frequente contribui na redução das alterações de rotina que são reações defensivas diante de qualquer membro externo ao campo. Nesse sentido a reflexão de Cicourel:

A participação mais intensa tem a vantagem de expor mais o observador tanto

³ Sobre os vários dilemas presentes em pesquisas em prisões, a partir de experiência de programa de investigação sobre a reincidência criminal e violência nas prisões de São Paulo, v. Adorno, S. (1991). “A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa”. *Revista Tempo Social*, 3(1-2), 7-40; Bodê de Moraes, P. (2013). “A identidade e o papel de agentes penitenciários”. *Revista Tempo Social*, 25(1), 131-147.

à rotina quanto às atividades incomuns do grupo estudado. Supõe-se que quanto mais intensa for a participação, por um lado mais ricos serão os dados, e por outro lado maior será o perigo de “virar nativo” além de, como consequência de se adotar a maneira de perceber e interpretar o ambiente que é própria do grupo, tornar-se cego para muitas questões importantes cientificamente (Cicourel, 1980, p. 93).

A observação clandestina é também escolhida no caso de situações sociais complexas ou de meios quase inacessíveis sem essa dissimilação. Nesta circunstância, é uma lógica de acessibilidade que orienta a estratégia. (...). Este é o caso principalmente dos estudos sobre as instituições totais (o hospital psiquiátrico, a prisão, o exército), ou sobre grupos fechados, tais como as gangues ou as seitas. (Jaccoud e Mayer, 2008, p. 265)

Porém, tal condição cria limites éticos à utilização de alguns instrumentos como, por exemplo, a entrevista. Fundamental esclarecer, desde logo, que os instrumentos metodológicos aqui utilizados foram prevalentemente a análise documental de processos de execução penal que são públicos, inclusive no que tange ao conteúdo dos depoimentos prestados pelas pessoas presas no âmbito dos respectivos processos administrativos disciplinares.

Na mesma linha a ponderação de S. Chauvin:

A observação incognito, além disso, coloca um problema deontológico, já que ela priva os atores de um consentimento informado de sua participação na pesquisa. As informações colhidas sobre eles são feitas à revelia. Esta recriminação clássica feita à observação dissimulada, não pode, no entanto, ser mantida senão radicalizando sua especificidade e exagerando o caráter informado do consentimento dos pesquisados em outros métodos. Na realidade, uma observação completamente às claras é praticamente impossível, salvo se o meio estudado for um recinto social com poucas pessoas e pouco transitado. (Chauvin, 2015, p. 129-130).

Em conjunto à análise documental de tais processos, não parece haver qualquer problema na sua compreensão a partir de elementos fornecidos por observação participante, sobretudo no que se refere a falas de pessoas presas e de servidores do estabelecimento penal que não são reduzidas a termo nos autos; muitas delas, inclusive, realizadas em um momento formal que é a sessão do Conselho Disciplinar da unidade para julgamento da falta grave mas que, por opção da autoridade administrativa e para fins de celeridade e agilidade, não são inseridas na ata da reunião, a qual segue um modelo padrão bastante sucinto.

O que se destaca é um papel ativo do observador como modificador do contexto e ao mesmo tempo como receptáculo de influências do próprio contexto observado (Haguette, 2000, p. 73). Trata-se de coletar dados “através de sua participação na vida cotidiana do grupo ou organização que estuda” (Becker, 1999, p. 47), ao invés de se buscar demonstrar relações entre variáveis abstratamente definidas, buscando compreender as interações e o comportamento dos atores sociais diante de situações que fazem parte da rotina. Daí a relevância, segundo o autor, de se estabelecer interações diretas com os participantes no intuito de compreender e desvelar as interpretações que eles têm sobre os acontecimentos ob-

Afinal, a observação participante pode ser vista mais como estratégia de coleta de dados que como método de pesquisa propriamente dito (Haguette 2000, p. 70), com bastante flexibilidade quanto ao papel do observador ser encoberto ou explícito:

servados e registrados como pertinentes à pesquisa.

Sobre a dificuldade própria desse tipo de pesquisa no direito, vale enfatizar a preocupação relevante em se “estabelecer a necessária distância para desnaturalizar e avaliar, com certa objetividade, os dados e as representações vivenciadas no campo” (Baptista, 2017, p. 95). Por objetividade e objetivação não se faz referência, evidentemente, a qualquer pretensão de neutralidade. Afinal, “não existe um argumento epistemológico absoluto que permita decidir observar às claras ou não: o importante é manter a perspectiva de uma postura reflexiva, atenta aos efeitos da escolha de método sobre a percepção do objeto” (Chauvin e Jounin, 2015, p. 128). Nesse sentido é que a atividade de pesquisa por vezes se confundiu ou sobrepôs à atividade de defensor público, por exemplo, quando as respostas – sempre orais – dos membros do Conselho Disciplinar às linhas de argumentação desenvolvidas pela defesa no sentido de insuficiência de provas de autoria, durante as sessões de julgamento, são trazidas como componentes pertinentes na interpretação dos dados obtidos dos processos elencados.

No caso concreto, a clareza das relações entre os depoimentos dos presos e suas “confissões impossíveis”, de um lado, e a banalidade da aplicação da sanção disciplinar a “qualquer um deles”, de outro, são elementos que se revelaram de forma muito explícita dentro do jogo do sistema disciplinar. Porém, se o acesso inicial ao campo fosse na forma de pesquisa acadêmica, haveria que se pedir autorização prévia à direção e haveria, certamente, uma resistência maior no registro e explicação de tais dinâmicas.

A entrevista é um dos instrumentos qualitativos mais interessantes e frequentemente utilizados em pesquisas no âmbito prisional, tanto com pessoas presas como com funcionários do sistema penitenciário (por exemplo, v. Bodê de Moraes, 2013; Dias, 2013; Braga, 2014; Sá e Simões e Bartolomeu, 2017; Angotti, 2017, p. 161-188). Todavia, diversamente da observação participante *incognito*, há problemas éticos em se “entrevistar alguém” sem que o entrevistado saiba de tal condição, além da evidente dificuldade em se colher informações sobre atos ilícitos, ainda que informada a condição de sigilo, diante de alguém identificado como profissional do sistema de justiça.

Por fim, busquei tabular os dados apresentados a partir dos processos de execução penal dos presos custodiados na referida unidade prisional, seguidos da articulação de hipóteses a partir do que eles indicam e de elementos relevantes observados na interação entre os atores que os produziram.

Não há e nem poderia haver pretensão de representatividade em relação ao que se poderia chamar “índice real” de telefones celulares ou similares que circulam entre as três galerias da Casa de Custódia de Curitiba. A atenção às datas das faltas registradas indica que foram relativamente poucas, se considerado o lapso temporal de um ano. É evidente que há uma enorme cifra oculta no âmbito do sistema disciplinar, o que é coerente com os estudos mais importantes sobre a construção da ordem interna nas prisões. De todo modo, os dados são suficientemente relevantes para contribuir na compreensão crítica das dinâmicas e interações que determinam a atividade de registro e formalização das condutas transgressivas por parte dos servidores do sistema penitenciário, construindo o que é, sem

meias palavras, um verdadeiro teatro que traz à cena a falácia do sistema disciplinar em meio a tantas outras falácias características do discurso penitenciário, mas que em seu conjunto determinam uma bem-sucedida gestão diferenciada de ilegalismos.

3. Base teórica: o sistema disciplinar na crítica sociológica e jurídica

3.1. Ilegalismos e a construção da ordem interna nas prisões

O conceito de ilegalismo permite a superação da dicotomia legal/ilegal através da abordagem da reação diferenciada quanto a determinada transgressão, diferenciação essa relacionada aos respectivos modos de dominação exercidos no respectivo campo. Trata do “conjunto de atividades de diferenciação, categorização, hierarquização e gestão social das condutas definidas como indisciplinadas” (Lascoumes, 1996, p. 78-79). Há uma gestão diferencial dos ilegalismos que esclarece o poder disciplinar como mecanismo positivo de produção de sujeitos, e não de mera reação ao desvio, através da hierarquização e diferenciação das infrações. O conceito aparece nas reflexões de Foucault antes mesmo da publicação de *Vigiar e Punir*, em diversas entrevistas e no curso ministrado entre os anos 1972 e 1973, intitulado *A sociedade punitiva*: nele defendendo a tese de que determinadas formas de ilegalismo popular, tais como fraudes antifeudais, eram interessantes e funcionais à burguesia durante o Antigo Regime, mas após a tomada de poder no final do século XVIII teriam passado a ser proibidas e duramente controladas (Foucault, 2015, p. 130; Hirata, 2014, p. 99; Telles e Hirata, 2010, p. 39-59).

Para Harcourt, a noção de ilegalismos populares, fundamental para uma concepção de poder disciplinar positivo/produtivo, pode ser interpretada como resposta a leituras de base marxista que conceberam a construção do sistema penal como mera reação a movimentos populares e classes inferiores (Harcourt, 2015, p. 256-258). Foucault afirmou depois, em *Vigiar e Punir*, que a prisão e as penas

não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir os *ilegalismos**, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente os *ilegalismos**; ela os ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia’ geral. (...). Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global dos *ilegalismos** (Foucault, 2002, p. 226-227).

Os asteriscos indicam a substituição do termo utilizado na tradução utilizada (“ilegalidades”) por “ilegalismos”, o qual capta com maior precisão o texto original e todo o potencial crítico do conceito, o qual não se confunde com a acepção tradicional de ilegalidade (sobre, v. Hirata, 2014, p. 98).

Em síntese, portanto, a noção de ilegalismo “é a ideia de que a lei não se destina a ser estritamente aplicada, mas a gerir as margens de legalidade, sendo um instrumento de gestão” (Harcourt, 2015, p. 261). O ponto de contato com o tema em questão é a ideia de “um jogo entre o ilegalismo popular e a lei”, ou seja, a hipótese de que o próprio res-

peito à legalidade “não passava de estratégia no jogo do ilegalismo” (Foucault, 2015, p. 133). De forma mais clara:

não é possível entender o funcionamento de um sistema penal, de um sistema de leis e interditos, se não nos interrogamos sobre o funcionamento positivo dos ilegalismos. É um preconceito de intelectuais acreditar que existem primeiramente interditos e depois transgressões, [ou] acreditar que há o desejo do incesto e depois o interdito do incesto; na verdade, se tivermos de entender e analisar um interdito em relação àquilo que ele proíbe, também será preciso analisá-lo em função daqueles que proíbem e daqueles sobre os quais incide a proibição (Foucault, 2015, p. 134).

Pode-se dizer que uma das mais importantes questões de fundo da sociologia do cárcere sempre foi *como* é que grande número de pessoas detidas contra sua vontade não permanecem em estado de hostilidade e conflituosidade contínuas (Matthews, 1999, p. 52), construindo-se, ainda que de forma inerentemente instável, ordem e coesão dentro das prisões.

Uma das primeiras e mais conhecidas pesquisas foi publicada em 1940 e, com o conceito de “prisonização”, trabalhou com a tese de existência de uma continuidade entre a “subcultura prisional” e aquela dos grupos sociais que compunham a população carcerária desde o exterior (Clemmer, 1940). O trabalho de Clemmer se insere, assim, na perspectiva “da importação”, segundo a qual a prisão seria uma espécie de microcosmo da sociedade e uma continuação das práticas criminais das ruas (Morgan e Liebling, 2007, p. 1127). Ela foi contraposta, durante a segunda metade do século XX, à perspectiva “indígena” (Morgan e Liebling, 2007, p. 1126), abrangendo as obras de G.

Sykes e E. Goffman, segundo a qual há uma cultura própria das prisões, apartadas que estão da sociedade livre e como “instituições totais”.

Após a 2ª Guerra Mundial, de fato, a sociologia das prisões adquiriu contornos mais claramente estrutural-funcionalistas, partindo desta perspectiva algumas das mais importantes pesquisas na área e suas hipóteses correspondentes. A sociologia com pesquisa empírica nunca foi, por certo, o campo de Foucault, mas seu conceito de ilegalismos é pertinente e coerente à produção na área, sobretudo no sentido de se conceber o sistema disciplinar como sistema de gestão diferenciada de ilegalismos.

É central a ideia, nesse sentido, de que a construção e manutenção da ordem nas prisões não ocorre de forma unilateral ou por um ato de autoridade, e sim a partir da cooperação dos envolvidos. Para Sykes, por exemplo, há padrões de comportamento marcados por “pequenas corrupções” que demarcam as interações entre funcionários e população carcerária, uma relação sempre frágil e instável, na medida em que “a posição dominante do corpo de funcionários é mais ficção que realidade, se pensarmos em dominação como algo mais que formas superficiais e símbolos de poder” (Sykes, 1954, p. 45).

A relevância central de um sistema de premialidade é justamente a de organizar as interações no cárcere a partir de esquemas de recompensas e sanções, mas que não necessariamente permanecerão dentro da legalidade. Segundo Sykes,

a ausência de um senso de dever entre os presos, as falácias óbvias de coerção, a coleção patética de recompensas e sanções

para induzir cooperação, as fortes pressões em prol da corrupção dos servidores na forma de amizade, reciprocidade, e a transferência de responsabilidades para as mãos de presos de confiança – esses são todos problemas estruturais no sistema de poder nas prisões e não inadequações individuais (Sykes, 1954, p. 61)

A ordem é, portanto, produto de negociação (Morgan e Liebling, 2007, p. 1126) e ainda que o papel exercido pelos agentes penitenciários seja muito relevante nesse sentido, “o equilíbrio prisional resulta de complexa interação entre diversos atores do sistema penal” (Bodê de Moraes, 2013, p. 131). No Brasil, as conclusões são similares, como por exemplo se lê da pesquisa seminal de Coelho em unidade prisional do Rio de Janeiro, no final da década de 80 (Coelho, 1987), e dos trabalhos contemporâneos sobre as relações entre as dinâmicas das redes criminais organizadas fora do cárcere e a ordem prisional (Adorno e Salla, 2007; Dias, 2013).

3.2. Do sistema disciplinar e a discricionariedade administrativa da autoridade penitenciária

Sob um prisma estritamente jurídico, os temas do sistema disciplinar na execução penal e a discricionariedade administrativa da autoridade penitenciária são bastante problemáticos e sofrem de enorme lacuna teórica, especialmente no campo do que seria um direito administrativo penitenciário, o qual possibilitaria maior controle, pelo direito, dos procedimentos e atos praticados em âmbito prisional.

Entende-se por relação jurídico-administrativa aquela forma de relação jurídica na qual uma das partes é ou atua em nome da Administração Pública. Ressalva-se, desde

logo, sua distinção para com a relação jurídica existente entre o condenado o Estado que se refere à pena como consequência do delito, ou seja, a obrigação de sujeição à pena nos termos e limites estabelecidos pela sentença condenatória. O liame jurídico existente entre o condenado e a Administração Pública – a autoridade penitenciária responsável pelo estabelecimento onde cumprirá pena – é o que se denomina relação jurídico-penitenciária, a qual inicia com o ingresso no estabelecimento e se extingue com a sua saída.

Tal relação foi por longo tempo tida como meramente administrativa e mesmo como relação de sujeição. Não obstante, sua natureza é de direito público e deve atender ao reconhecimento do espaço de execução da pena como jurisdicionado, o que significou, ao menos em tese, a extensão do princípio da legalidade à execução penal. Trata-se de uma posição bastante recente e vinculada ao advento do Estado Social e Democrático de Direito, da mesma forma como o reconhecimento do recluso como sujeito de direitos se relaciona ao amplo movimento de reconhecimento dos direitos humanos que seguiu à Segunda Guerra Mundial, e do qual é decorrência o documento determinando as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos”, aprovado no 1º Congresso nas Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes (Genebra, 1955), e atualmente denominado Regras de Mandela.

Se o prisma fosse estritamente normativo, não deveriam pairar dúvidas sobre a incidência do princípio da legalidade na execução penal. Porém, uma perspectiva crítica e sociológica reconhece a tensão imanente entre norma jurídica e poder disciplinar no ambiente prisional. Nos casos em tela, espe-

cificamente relacionados à postura estatal diante das situações de apreensão de telefones celulares ou equipamentos análogos, verifica-se que o único objetivo é “sancionar alguém” pelos itens proibidos apreendidos, sem maiores preocupações com a veracidade ou circunstâncias de obtenção da confissão.

Não se pode ignorar, nesse contexto, a configuração fisiológica de um ambiente de constante tensão entre necessidades disciplinares e o chamado “tratamento penitenciário ressocializante”. Não que as finalidades de “ressocialização” sejam sempre estranhas à administração penitenciária; mas elas não constituiriam jamais um escopo prioritário, servindo no máximo como critério acessório a ser valorado no exercício de sua discricionariedade sob o prisma da manutenção da ordem.

A própria definição de disciplina, legalmente vinculada à mera “obediência” (art. 44, LEP), tende a se distanciar do conceito de norma jurídica, na medida em que não há na esfera disciplinar qualquer base contratual a pressupor, mesmo que apenas formalmente, um status de igualdade: na verdade, a hierarquia é o que caracteriza a relação desigual de sujeição que identifica a disciplina. A norma disciplinar tende a ser vaga e genérica, na medida em que sempre abre um espaço não-vinculado, como ocorre, por exemplo, ao se definir o ato de “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina” como falta grave (art. 50, I, LEP).

No início do século XX, particularmente por conta da doutrina alemã (com Otto Mayer, por exemplo), foi criada a doutrina administrativista da “supremacia especial” – também chamada de teoria das relações especiais de poder ou sujeição – a fim de fornecer

um suporte teórico aos chamados “espaços livres de direito”. Enquanto o poder estatal soberano constituiria um poder de supremacia geral para com os cidadãos, nas relações de sujeição se teria o exercício de um poder de supremacia especial sobre o outro. Logo, ter-se-ia não uma relação do tipo direito/obrigação, como aliás dá a entender a própria Lei de Execução Penal ao falar de direitos e deveres do preso, mas sim de poder/ônus: de um lado o poder de sujeitar; de outro, a obrigação de obedecer.

Por “espaço livre de direito”, deve-se entender não exatamente espaço não regulado pelo direito, mas sim espaço não valorado juridicamente, abrangendo comportamentos “juridicamente relevantes e juridicamente regulados, mas que não podem ser adequadamente valorados nem como lícitos nem como ilícitos” (Kaufmann, 2009, p. 338). Entendia-se que as relações de sujeição comportariam a inobservância de direitos fundamentais, considerando a execução da pena como um serviço público prestado pela administração penitenciária e no qual não valeriam sequer os princípios do direito administrativo (Miranda Rodrigues, 2002, p. 81).

Como se vê, a primeira consequência da adoção de uma teoria como esta no âmbito da execução penal é a subtração das interações entre as pessoas presas e as práticas da administração penitenciária a qualquer tutela jurídica, “não valorando” suas dinâmicas, práticas e normas internas. Os direitos fundamentais, mesmo se retoricamente reconhecidos, restam sempre diluídos na relação de sujeição (Fragoso e Catão e Sussekind, 1980, p. 4), fazendo do recluso um cidadão “de segunda categoria” (Rivera Beiras, 1997).

A teoria parece poder ser visualizada como “sociológica”, ou seja, descritiva do “ser”, e assim capaz de “dizer a verdade”. Caso tal leitura passasse a ser também “prescritiva”, como um “dever ser”, transformar-se-ia em ideologia tecnocrática inaceitável. Mas como teoria “sociológica”, tem respaldo científico: mesmo com o domínio crescente do “jurídico”, existem ainda espaços que são, inegavelmente, de relações sociais de sujeição dominadas unilateralmente por poderes que se subtraem, total ou parcialmente, a qualquer predeterminação legal. Trata-se, novamente, da gestão de ilegalismos, e não da legalidade. Tal teorização não diz respeito aos limites que o direito pode ou poderia colocar sobre as relações de domínio. Estas jamais poderão ser completamente preenchidas ou hegemonizadas pelo “direito”, na medida em que sempre haverá, mormente no campo carcerário, um núcleo resistente e refratário, mesmo se mínimo, que permanecerá dele “livre”.

A teoria da supremacia especial veio a perder espaço doutrinário justamente com a afirmação do Estado de Direito por meio de decisões do Tribunal Constitucional alemão (Miranda Rodrigues, 2002, p. 81), adotando como parâmetros a limitação do poder perante os cidadãos e a transformação das “relações de poder” em relações jurídicas de direitos e deveres.

De outro lado, a doutrina norte-americana das “hands-off” declinava a intervenção do Poder Judiciário na tutela de relações que concerniam exclusivamente à Administração Pública, legitimando, assim, uma política de afastamento e não-interferência na execução penal. Pode-se mencionar ao menos dois fundamentos comumente arguidos pela doutrina do *hands-off* (Vogelman, 1971, p. 53): o princípio da separação

de poderes e o temor de que a intervenção judicial prejudicasse os objetivos imediatos da administração do estabelecimento penitenciário, que são a manutenção da ordem e da segurança internas. Por exemplo, na decisão da Corte da Virgínia no caso *Ruffin vs. Commonwealth* (1871), indicando o condenado como “escravo do Estado” (Hawkins, 1976, p. 136).

A ampliação da possibilidade de questionamento judicial da situação das prisões se deu a partir de algumas decisões históricas, desde *Coffin vs. Reichard* (1944), trazendo o princípio segundo o qual o “prisioneiro mantém todos os direitos de um cidadão normal a não ser aqueles expressamente, ou por implicação necessária, afastados juridicamente”, até sucessivos julgamentos que, a partir da década de 60 (Fragoso e Cação e Sussekind, 1980, p.19), e especialmente com *Monroe vs. Pape* (1961), passaram a admitir a apreciação judicial da ilegalidade das condições carcerárias.

Estabeleceu-se, então, a necessidade de se realizar, no caso concreto, um juízo de ponderação entre os interesses do recluso e do estabelecimento, porém com um importante ganho: em nenhuma hipótese, mesmo com motins ou perturbações excepcionais da ordem interna, a administração penitenciária teria legitimidade para negligenciar direitos fundamentais dos reclusos não atingidos pela sentença condenatória, como, por exemplo, o direito à alimentação.

O princípio da individualização da sanção disciplinar é previsto pelo art. 45, §3º, da LEP, proibindo a responsabilização coletiva e objetiva. O princípio exige a comprovação da autoria do imputado pela respectiva falta disciplinar, cumprindo a mesma função do princípio da culpabilidade, pois “não será

factível imputar uma infração sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor” (Cesano, 2007, p. 211).

Ora, tanto a permissão tácita do Estado para que a população carcerária negocie e faça da assunção de responsabilidade por itens proibidos apreendidos uma mercadoria e elemento fundamental em suas dinâmicas, como a indiferença em relação ao conceito de prova e à lógica do *in dubio pro reo* no momento de julgamento da infração disciplinar, reconfirmam a presença de espaços livres do direito abertos por quem, discricionariamente, pode também negá-los.

Em outros termos, a demanda da autoridade penitenciária por um “culpado”, ainda que não seja ele, sabidamente, o “efetivo dono” do celular, fazendo o próprio Estado aderir às dinâmicas criadas pela população carcerária, não é uma postura que pode ser compreendida dentro do quadro do juridicamente permitido/proibido, mas constitui, por outro lado, componente decisivo na construção e na manutenção da ordem interna da unidade prisional.

4. As faltas graves referentes a fornecimento, posse ou uso de telefone celular (ou componente acessório) no ano de 2017 na Casa de Custódia de Curitiba (CCC)

A Casa de Custódia de Curitiba foi inaugurada em agosto de 2002 e tem capacidade para 420 pessoas, contando, no último dia de 2017, com 621 presos, todos homens.⁴ Com o Decreto nº. 5502/2012-PR, do Governo do Paraná, passou a ser destinada “exclu-

sivamente ao encarceramento de homens autores de crimes contra a mulher” (art. 1º), sendo por isso conhecida na região como uma “prisão-seguro”:

Art. 1º A Casa de Custódia de Curitiba - CCC será destinada exclusivamente ao encarceramento de homens autores de crimes contra a mulher, observando-se, preferencialmente, a seguinte ordem: I - crimes contra a dignidade sexual; II - crimes praticados contra a pessoa; III - crimes praticados com grave ameaça ou violência. Parágrafo único. As eventuais vagas remanescentes serão destinadas ao encarceramento de homens autores de outros crimes praticados contra a mulher (Decreto 5502/2012, publicado no DO 8871-PR)

Na prática, há três galerias que concentram condenados por crimes contra a dignidade sexual – mas não apenas tendo vítimas mulheres – e outros classificados como “oposição”, termo nativo que designa aqueles que são contrários à hegemonia da facção paulista, fortemente presente no Estado do Paraná, conhecida como Primeiro Comando da Capital (“PCC”).

Pode-se trabalhar com a tese, com base em outros trabalhos sobre o tema (Dias, 2013, p. 226), de que a população carcerária desse tipo de unidade é mais vulnerável à violência e à sujeição nas interações entre os próprios presos e sobretudo a abusos da autoridade administrativa, na medida em que a citada organização teria produzido uma espécie de “monopólio da violência” nas unidades por ela “controladas”. A CCC estaria dentro do que Dias chama de “zonas de exclusão”:

A ordem social construída através da imposição da paz pelo PCC tem como seu reverso zonas de exclusão, nas quais se encontram os párias que não cabem na unidade que foi constituída a partir da

⁴ Segundo informações colhidas junto ao Departamento Penitenciário do Estado – DEPEN/PR, por meio de seus sistemas de dados e o portal “Transparência prisional”. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br>.

consolidação de seu poder, (...) [tendo ao menos três efeitos]: permanência em celas superlotadas, restrições à progressão de regime – uma vez que a absoluta maioria das unidades prisionais de regime semiaberto está sob o controle do PCC – e, sobretudo, exposição a uma violência institucional mais acirrada (Dias, 2013, p. 437-438).

Trata-se de uma cadeia pública, pois destinada, a princípio, a presos provisórios, mas abriga muitos condenados, cumprindo função de penitenciária. O espaço físico é dividido entre o setor administrativo, o qual congrega as salas da direção, vice direção, psicologia, assistência social, entre outros, e o setor cuja entrada é proibida sem autorização, pois dá acesso à chefia de segurança e às três galerias. Há restrição ao uso de celular apenas neste último, onde são realizados os procedimentos de oitiva e colheita de depoimentos dos presos que respondem a alguma infração disciplinar. As reuniões do Conselho Disciplinar ocorrem no setor administrativo, sem a participação dos presos, mas somente da defesa técnica.

O rito a ser seguido em casos de infração disciplinar é definido, do ponto de vista normativo, pelo Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná.⁵ O primeiro – e decisivo – ato é a elaboração de comunicado disciplinar diante da ocorrência de determinada infração, o que é feito pelo agente ou servidor que tem o primeiro contato com a situação. O comunicado é encaminhado à direção da unidade, a qual o remete ao Conselho Disciplinar. Após a oitiva do preso e eventuais testemunhas, a situação é levada a julgamento em sessão do Conselho, colegiado composto por quatro técnicos e o diretor,

além do secretário, da defesa técnica e da chefia do setor de segurança, a qual é necessariamente ouvida antes da realização de defesa oral.

Durante o ano de 2017, foram lavrados 16 comunicados disciplinares envolvendo apreensão de aparelhos de telefone celular ou um de seus componentes acessórios. A posição jurisprudencial majoritária admite como falta grave também a posse de acessórios de telefone celular, como chips e carregadores de bateria. Ela se sustenta em precedentes do STF (como no HC 105973/RS) e STJ. Há evidente violação, porém, do princípio da legalidade estrita, tratando-se de analogia *in malam partem* (Roig, 2018, p. 237).

Para cada comunicado disciplinar, um preso foi sancionado administrativamente por falta grave. Em mais da metade dos casos, como sintetizado no quadro abaixo, a falta grave foi afastada em análise judicial. Isso evita a repercussão por sobre o processo executório, mas a análise judicial ocorre em um momento posterior ao esgotamento dos efeitos administrativos das sanções de isolamento e suspensão de direitos, as quais incluem a suspensão do direito de visitas de familiares, variável que ganha grande relevância nas falas dos detentos. A tabela abaixo sintetiza os dados e a referência exata de onde foram extraídos os depoimentos dos presos:

⁵ Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná. Disponível em: http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Estatuto_Penitenciario_1.pdf.

RELAÇÃO DE FALTAS GRAVES ENVOLVENDO CELULAR OU SIMILAR (ART. 50, VII, LEP)				
NA CASA DE CUSTÓDIA DE CURITIBA (CCC) NO ANO DE 2017				
	Autos (processo eletrônico – PROJUDI/PR*)	Data da falta	Movimento do PAD**	Em juízo***
1	0007550-47.2013.8.16.0009	9/2	60.1	Falta afastada (Mov. 72.1).
2	0006842-71.2010.8.16.0083	9/2	97.1	Falta afastada (Mov. 109.1).
3	0003798-04.2012.8.16.0009	9/2	45.1	Homologada (Mov. 49.1).
4	0002186-60.2014.8.16.0009	9/2	93.1	Não apreciada.
5	0001335-84.2015.8.16.0009	28/4	80.1	Homologada (Mov. 119.1).
6	0000437-42.2013.8.16.0009	22/6	172.1	Homologada (Mov. 225.1).
7	0000468-23.2017.8.16.0009	6/7	219.1	Homologada (Mov. 230.1).
8	0001988-59.2014.8.16.0094	31/7	92.1 e 94.1.	Homologada (Mov. 106.1)
9	0015336-59.2016.8.16.0035	5/8	Não juntado.	Falta afastada (Mov. 64.1).
10	0002191-82.2014.8.16.0009	2/8	227.1.	Falta afastada (Mov. 236.1).
11	0002753-28.2013.8.16.0009	2/8	84.	Falta afastada (Mov. 111.1).
12	0015539-58.2014.8.16.0013	2/8	Não juntado.	Prisão preventiva (sem processo de execução).
13	0011864-37.2015.8.16.0083	2/8	169.	Falta afastada (Mov. 177.1).
14	0004631-56.2011.8.16.0009	29/11	Não juntado.	Falta afastada (Mov. 128.1)
15	0026016-82.2015.8.16.0021	29/11	122.1.	Falta afastada (Mov. 143.1)
16	0000533-86.2015.8.16.0009	29/11	103.1.	Falta afastada (Mov. 137.1).

* Acesso público via <http://www.projudi.tjpr.jus.br>.

** PAD: Processo Administrativo Disciplinar.

*** Mov.: "Movimento" se refere à referência para localização do ato processual no processo eletrônico.

Há elementos notáveis para compreensão da organização e gestão dos ilegalismos na referida unidade prisional. Primeiramente, a quantidade de dezesseis aparelhos ou componentes apreendidos pode ser considerada baixa, considerado o lapso temporal de 1 ano e que as apreensões se concentram em apenas 8 datas diferentes, sempre em procedimentos de revista nas celas. O ingresso de celulares é atribuído, como regra, ao arremesso desde o lado de fora da unidade, que é localizada em meio a região fortemente arborizada. Não há registro formal de averiguação de práticas de corrupção por servidores, embora esta seja também uma possibilidade, considerada sua frequência no Paraná e em todo o país.

Em segundo lugar, a sugestão de existência de uma grande cifra oculta decorre da constatação de que não há uma efetiva política de fiscalização permanente quanto à presença de celulares circulando nas galerias, concentrando-se a maior parte das apreensões nos procedimentos de "revista geral", e não em práticas de fiscalização inseridas na rotina diária. A gestão da proibição legal como estratégia, portanto, ou a norma legal como recurso a ser ativado ou não-ativado, conforme a conveniência do caso concreto, podem estar tanto no consentimento tácito em relação à presença e circulação de itens proibidos como na própria discricionariedade concreta presente no ato de elaboração ou não de comunicado disciplinar, res-

saltando-se que tal discricionariedade não está abarcada pelas normas legais na medida em que a lavratura do ato, em tese, é ato de ofício e sua não realização poderia configurar crime contra a administração pública. Mas se estamos diante de ilegalismos dos quais apenas alguns serão alçados à condição formal de “falta disciplinar”, a abstenção de atos de ofício diante de infrações é uma prática muito mais complexa e que se insere na teia de interações fundadas na cooperação visualizadas, descritivamente, como elementos essenciais para construção da ordem interna.

É na análise das “falas” de presos e servidores extraídas prevalentemente dos autos de procedimento administrativo disciplinar, mas também das interações e manifestações nas sessões de julgamento, que se pode compreender a questão de pesquisa colocada no início, ou seja, quais seriam os critérios e parâmetros para imputação da responsabilidade pela prática da infração disciplinar, quando registrada.

Já no caso nº 1, seguindo sempre a numeração da coluna à esquerda na tabela acima transcrita, tem-se um caso de “confissão impossível”: o preso afirmou na unidade prisional que os 7 (sete) celulares apreendidos seriam de sua propriedade. Em juízo, negou que seriam efetivamente seus e a falta foi afastada.

Situação similar à do caso nº. 13, em que o preso assumiu ser dono de 3 (três) celulares no procedimento administrativo, e em juízo dito que o fez porque foi ameaçado. No caso nº. 2 há assunção da responsabilidade pelos objetos, tanto em juízo como na fase administrativa, tendo a falta também sido afastada por ausência de credibilidade e factibilidade da própria confissão realizada.

Em todos eles porém, foram aplicadas as sanções administrativas em seu grau máximo, as quais tiveram esgotados seus efeitos antes mesmo da análise judicial.

No caso nº. 6, em seu depoimento prestado na unidade prisional, o preso afirmou:

muitas coisas acontecem dentro desse lugar e ninguém sabe como acontece, e a palavra do funcionário tem a fé pública, somos tachados como mentirosos e pra evitar problema a pais de famílias que estão para ir embora em um ano ou dois, assim como tenho alguns anos a cumprir e para evitar problemas aos meus companheiros assumi a posse dos objetos.

Há referência, portanto, à assunção da propriedade pelos objetos apreendidos para evitar que “pais de família” – que têm a expectativa da visita de seus filhos, portanto – e “que estão para ir embora” – cientes de que a confirmação judicial de falta grave interrompe a contagem do requisito temporal para progressão de regime (Súmula nº. 534, do STJ) – sejam prejudicados.

No caso nº. 8, o preso afirmou no processo administrativo disciplinar que “não tem dinheiro para comprar celular, mas estava guardando os telefones e por isso assumiu a posse”, evidenciando que a ação é valorada como mercadoria ou “serviço” que pode ser prestado a título de pagamento de dívidas, contraprestação por favores anteriores ou por remuneração direta. Em juízo, no mesmo processo, ele ainda agrega outro dado:

Eu teria que assumir, pois eu era a pessoa que possuía mais condenações dentro da cela. Eles me dariam R\$1500 (R\$500 por aparelho) para assumir os objetos. Usei uma vez dos aparelhos. Cada telefone custa R\$10.000 dentro da unidade.

A utilização da expressão “eu teria que assumir” indica não exatamente uma escolha, mas a adesão a regras de organização interna. O fato de ter uma pena remanescente longa a ser cumprida é mencionado, aqui, como justificativa racional para a assunção da responsabilidade, evitando prejuízos a outros que estejam próximos de alcançar o requisito objetivo para a progressão de regime ou para o livramento condicional.

No caso nº. 7, a pessoa presa admitiu “estar guardando” o celular para terceiro, no mesmo sentido acima indicado. No caso nº 9, afirmou que “*não era seu, estava apenas levando para dentro*”. No nº. 12, o acusado afirma claramente que “às vezes guarda objetos para presos de vários outros barracos”.

Outras afirmações marcantes como “*eu assumo a responsabilidade para não complicar os demais*” (nº. 14); “*eu estava em posse destes objetos até mesmo porque seria desta maneira que conseguiria falar com a Direção, porque quero ser transferido para Santa Catarina, onde reside minha família. Aqui não tenho nada, nem família, sacola, nada. Esta foi a maneira que infelizmente eu achei para chamar atenção*” (nº. 15) indicam algumas permanências nas justificações conferidas às supostas confissões, todas sempre chanceladas pelo respectivo Conselho Disciplinar sem maiores questionamentos⁶: a) presos que assumem a responsabilidade porque não tem família na região e, portanto, não têm visita; b) porque têm longa pena remanescente e estão mais distantes do que os demais do alcance do

direito à progressão de regime ou ao livramento condicional; c) porque são remunerados ou devem quitar dívidas através do serviço de “guardar” os aparelhos e assumir a responsabilidade em caso de apreensão.

Tais padrões foram, por mais de uma vez, explicados pela chefia de segurança da unidade prisional aos membros do Conselho Disciplinar durante as reuniões, sem que isso interferisse na posição unânime em prol da aplicação de falta grave. Como bem indicou Cicourel, é fundamental identificar os “constructos de senso comum” que delimitam a compreensão das coisas pelos atores sociais:

Se é correto supor que as pessoas, na sua vida cotidiana, ordenem seu meio, atribuem significados e relevâncias a objetos, fundamentam suas ações sociais em racionalidades de senso comum, não se pode fazer pesquisa de campo ou usar qualquer outro método de pesquisa nas ciências sociais sem levar em consideração o princípio da interpretação subjetiva. Enquanto conversa com as pessoas investigadas no campo, fazendo perguntas estruturadas ou não estruturadas em situação de entrevista ou usando o questionário, o observador científico deve levar em conta os constructos de senso comum empregados pelo ator na vida cotidiana se quiser compreender os significados atribuídos às suas perguntas pelo ator, qualquer que seja a forma pela qual elas foram apresentadas ao ator. (Cicourel, 1980, p. 110).

Observando ser imprescindível a articulação de crítica estrutural em conjunto ao referido princípio da interpretação subjetiva, o que se buscou minimamente fazer a partir das discussões teóricas articuladas acima, o que se pode constatar é que, fundadas em normas impositivas criadas pela população carcerária, em atitudes de solidariedade ou em movimentos de natureza comercial,

⁶ Mencionaria ainda situação fora do espectro da pesquisa, pois ocorrida em sessão de julgamento do Conselho Disciplinar da CCC em 27 de março de 2018, em que o preso que assumiu a responsabilidade pelos itens proibidos apreendidos sequer fazia parte do cubículo/cela no qual os itens foram encontrados. O colegiado do Conselho se recusou a aceitar a confissão neste caso (“gente, aí já é demais”, afirmou uma das técnicas) mas ao invés de afastar a falta por ausência de qualquer prova de autoria, o PAD foi enviado a diligências porque, segundo fala da chefia de segurança, “alguém terá que assumir até a próxima reunião”.

as práticas de falsa assunção de responsabilidade são naturalizadas e não são vistas como um “problema jurídico” pelos membros do Conselho Disciplinar.

A própria defesa técnica – destacando-se aqui que o lugar do pesquisador era justamente sobreposto ao papel exercido como defensor público – muitas vezes também adere a tal naturalização, buscando prioritariamente evitar os riscos de aplicação de outras sanções, de natureza média, aos demais presos do cubículo “que não assumiram” nenhum objeto. O Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná prevê falta média consistente em “*dificultar averiguação, ocultando fato ou coisa relacionada com a falta de outrem*” (art. 62, III). Embora aplicá-la a todos os presos de cela seja evidente e inadmissível sanção coletiva, o controle judicial *a posteriori* frequentemente esbarra na perda de objeto, posto que já exauridas as sanções exclusivamente administrativas consistentes em isolamento e suspensão de direitos por até 20 dias.

Não se trabalha, a rigor, com o conceito jurídico de prova, mas sim com concepção estratégica de poder disciplinar segundo a qual o que importa é haver um “culpado”, seja quem for ou em quais circunstâncias, pois é este o elemento que se faz importante nas dinâmicas de afirmação – meramente simbólica – da autoridade penitenciária e manutenção da ordem interna. Não havendo mecanismos eficientes de investigação e instrução, prevalece a lógica de que simplesmente afastar a falta por insuficiência de provas de autoria equivaleria a “liberar” a utilização de celulares no interior das galerias. Trata-se de uma postura caracterizável como gestão estratégica de ilegalismos, e não de combate efetivo a determinada prática infracional.

Em síntese, dos 16 casos do ano de 2017 encaminhados pelo presídio ao juízo de execução penal, em somente 5 deles a falta foi confirmada (casos nº. 3, 5, 6, 7 e 8) e em 9 ocasiões a falta foi afastada em juízo (casos nº 1, 2, 9, 10, 11, 13, 14, 15 e 16). Os outros 2 processos se referem a um em que o incidente não foi apreciado, sem maiores explicações (nº 4) e um último sem processo executório, tendo a sanção sido aplicada exclusivamente em âmbito administrativo (nº. 12).

Vale notar que em 6 situações (casos nº 1, 2, 9, 13, 14 e 16) vários objetos foram assumidos pela mesma pessoa, tendo a falta sido afastada judicialmente exatamente por ausência de credibilidade da confissão e de outras provas de autoria.

Em apenas 2 situações (casos nº. 3 e 5) as circunstâncias são “regulares”: apenas um aparelho apreendido, confissão na fase administrativa e em juízo, com homologação judicial da falta. E em ambas, os imputados afirmaram fazer uso dos celulares somente para contato com a família.

Além das relações comerciais e dinâmicas de opressão que podem se fazer presentes nas interações da população carcerária, a indiferença do Conselho Disciplinar à lógica do *in dubio pro reo* e a exigência de “um culpado”, com medidas de retaliação caso ninguém assuma a responsabilidade pelos objetos, contribui para a concretização desse grande “teatro da disciplina”.

Como se vê, não há parâmetros estáveis, coerentes e consolidados na análise do Poder Judiciário das situações descritas, mas é possível constatar, ao menos na pequena amostra indicada, uma tendência a repelir imputações de responsabilidade artificiais e escancaradamente distantes da realidade.

De todo modo, a proporção considerável de faltas afastadas judicialmente – quase 70% – não interfere na postura do Conselho Disciplinar em âmbito administrativo. Pelo contrário: há plena consciência de que boa parte das faltas graves aplicadas administrativamente será judicialmente anulada, e este é tomado como elemento natural de racionalização da importância de se “sancionar alguém”. Afinal, as sanções administrativas de isolamento e, principalmente, suspensão de direitos, sendo central a suspensão do direito de receber visita dos familiares, já terão sido integralmente aplicadas quando o caso chegar às mãos do juízo de execução. Logo, os efeitos disciplinares da medida terão se exaurido sem qualquer controle posterior, o que indica, uma vez mais, a caracterização de tais práticas como gestão diferenciada de ilegalismos. Não é de direito que falamos aqui, mas de suas entrelinhas, seus espaços vazios e “livres”, espaços dos quais o cárcere, expressão máxima do “não-jurídico”, constitui a prática e a instituição por excelência.

5. Considerações finais

O recorte empírico da pesquisa aqui apresentada expressa parte de questão maior, pertinente à necessária contraposição entre as finalidades declaradas do sistema disciplinar (e da proibição absoluta do uso de telefones celulares nos presídios) e as funções reais materializadas pelas suas práticas cotidianas.

Do ponto de vista metodológico, um primeiro desafio foi a ocultação da condição de pesquisador e a entrada no campo como profissional do sistema de justiça, ou seja, como nativo, condição quase inescapável no campo do direito (Baptista, 2017, p. 92), parte integrante do próprio objeto. O pa-

pel do defensor público é, em parte, legítima, posto que sua presença é necessária para evitar a nulidade do procedimento, e sua atuação, ainda que possa e deva ser combativa e pautada pelo viés de redução de danos, está tão sujeita à naturalização do campo como qualquer outro papel institucional dentro do sistema de justiça. Necessária, portanto, a demarcação de um mínimo distanciamento para a construção da reflexão, o que não se confunde, por óbvio, com qualquer pretensão de neutralidade científica.

Optei, por cautela e considerando potenciais problemas éticos, por priorizar como fonte a análise de informações públicas, ou seja, os depoimentos dos presos que confessaram autoria quanto à posse dos itens proibidos apreendidos, extraídos dos processos administrativos disciplinares de seus respectivos processos executórios. Toda a interpretação de seu contexto e sentido, porém, decorrem da inserção como observador durante o ano de 2017. No fim das contas, o fato de que os presos que são sancionados pela falta grave não são efetivamente os responsáveis é algo bastante explícito e tranquilamente absorvido no campo da unidade prisional, embora tal “sinceridade” permaneça adstrita ao ambiente carcerário – basta ver a proporção considerável de faltas graves afastadas em juízo por insuficiência de provas.

À luz de qualquer parâmetro de utilidade ou eficácia, a proibição de telefones celulares nos presídios brasileiros é medida patética e plena de hipocrisia quanto a suas finalidades declaradas, contribuindo apenas para o agravamento qualitativo das condições de vida no cárcere, já pautadas pela precariedade e violência. É que o objetivo de coibir ações criminosas ordenadas de dentro do sistema prisional está muito distante de ser

alcançado. Ainda que não tenha sido objeto direto desta pesquisa, pode-se afirmar com tranquilidade que a regra é a apreensão de celulares utilizados para o contato com a família e amigos (vide observação acima sobre os casos nº. 3 e 5), não para cometer crimes. E o que dizer de eventual inserção e manutenção de celulares pelo próprio Estado para fins de monitoramento de movimentos ilícitos, como parte das chamadas “ações de inteligência”?

Os resultados da amostra empírica delimitada a uma unidade prisional de Curitiba/PR indicam a imputação de responsabilidade disciplinar pelas faltas graves a presos sabidamente inocentes, mas que “assumem” a responsabilidade por não terem família na região (não perdendo visitas com a suspensão decorrente da sanção administrativa), por terem uma pena remanescente alta (estando mais distantes do que os demais do alcance do direito à progressão de regime ou ao livramento condicional) ou ainda tendo por objetivo uma contraprestação pecuniária ou outros favores. Coberto de razão está Roig quando afirma que “o proibicionismo generalizado que envolve esta falta disciplinar (...) acaba fomentando a corrupção, troca de favores, privilégios espúrios e produção de danos (custos sociais) desnecessários à maioria das pessoas presas que não possuem propósitos ilícitos” (Roig, 2018, 242).

Ocorre que o Estado apresentado pela autoridade penitenciária, sabendo disso e ainda assim aplicando as sanções disciplinares, tendo conhecimento inclusive da possibilidade de afastamento da falta em juízo, está chancelando dinâmicas e relações ilícitas entre os presos, muitas vezes fundadas na exploração e opressão, estimulando, e não combatendo, esse tipo de prática e orga-

nização. A abordagem por meio da noção foucaultiana de ilegalismo vem enfatizar o escopo de gestão diferencial, e não de supressão, dos ilegalismos, os quais “não são nem disfunções das tecnologias políticas e nem exceções de suas práticas legais, mas sim parte absolutamente constitutiva do exercício do governo” (Hirata, 2014, p. 101).

Ainda assim, diversas medidas poderiam ser adotadas como forma de redução de danos e minimização das violações de direitos, tais como a abertura de maior controle judicial sobre o sistema disciplinar através da regulamentação do conceito de prova nos processos administrativos disciplinares, a alteração do art. 50, VII da LEP inserindo a necessidade de elemento subjetivo especial vinculando o objetivo do uso do celular à prática de novos crimes ou mesmo a instalação de telefones públicos monitorados nas penitenciárias e cadeias públicas, como já vem sendo proposto em alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Nenhuma delas, porém, alteraria a configuração das interações do ambiente prisional e os mecanismos de construção de sua ordem interna como pautadas não pelo binômio lícito/ilícito, mas sim pela diretriz de gestão diferenciada de ilegalismos.

Referências

- Adorno. S. (1991). A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa. *Revista Tempo Social*, 3(1-2), 7-40.
- Angrosino, M. (2009). *Etnografia e observação participante*. Porto Alegre: Artmed.
- Apa, Z.; YuBai, R.; Mukherejee, D.; Herzig, C.; Koenigsmann, C.; Lowy, F.; Larson, E. (2012). Challenges and strategies for research in prisons. *Public Health Nurs*, 29 (5), 467-472.
- Baptista, B. L. (2017). O uso da observação participante

- em pesquisas realizadas na área do Direito: desafios, limites e possibilidades. In M. Machado (Org.), *Pesquisar empiricamente o Direito* (pp. 83-118). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.
- Becker, H. (1999). *Métodos de pesquisa em Ciências Sociais*. 4. ed. São Paulo: Hucitec.
- Bodê de Moraes, P. (2013). A identidade e o papel de agentes penitenciários. *Revista Tempo Social*, 25(1), 131-147.
- Braga, A. G. M. (2014). Criminologia e prisão: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1(1), 46-62.
- Brasil. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF.
- Brasil. Lei 11.466, de 28 de março de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF.
- Cesano, J. D. (2007). *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Chauvin, S.; Jounin, N. (2015). A observação direta. In S. Pagan (coord.). *A pesquisa sociológica* (pp. 124-140). Petrópolis: Vozes.
- Cicourel, A. (1980). Teoria e método em Pesquisa de campo. In A. Zaluar (org.). *Desvendando máscaras sociais* (pp. 87-121). Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora.
- Clemmer, D. (1940). *The prison community*. Boston: Christopher Publishing House.
- Coelho, E. C. (1987). *A Oficina do Diabo: Crise e conflitos no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Luperj.
- Dias, C. C. N. (2013). *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva.
- Foucault, M. (2015). *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (2002). *Vigiar e punir*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Vozes.
- Fragoso, H.; Catão, Y.; Sussekind, E. (1980). *Direitos dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Haguette, T. (2000). *Metodologias qualitativas na sociologia*. Petrópolis: Vozes.
- Harcourt, B. (2015). Situação do curso. In M. Foucault. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)* (pp. 241-281). São Paulo: Martins Fontes.
- Hawkins, G. (1976). *The prison: policy and practice*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Hirata, D. (2014). *Ilegalismos*. In R. S. Lima; J. L. Ratton; R. G. Azevedo (org.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil* (pp. 97-104). São Paulo: Contexto.
- Jaccoud, M.; Mayer, R. (2008). A observação direta e a pesquisa qualitativa. In J. Poupart; J.P. Deslauriers; L.H. Groulx; A. Laperrière; R. Mayer; A. Pires (org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos* (pp. 254-294). 4ª ed. Petrópolis: Vozes.
- Lascombes, P. (1996). *L'illégalisme, outil d'analyse. Sociétés et représentations*, 3, 78-84.
- Kaufmann, A. (2009). *Filosofia do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Machado, M. R. (org.) (2017). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.
- Martin, C. (2000). *Doing research in a prison setting*. In V. Jupp; P. Davies; P. Francis (ed.). *Experiencing Criminological Research* (pp. 215-233). London: Sage.
- Matthews, R. (1999). *Doing time: an introduction to the sociology of imprisonment*. New York: MacMillan Press.
- Miranda Rodrigues, A. (2002). *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- Morgan, R.; Liebling, A. (2007). *Imprisonment: an expanding scene*. In M. Maguire; R. Morgan; R. Reiner (ed.). *The Oxford Handbook of Criminology* (pp. 1100-1138). 4ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Rivera Beiras, I. (1997). *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Roig, R. D. E. (2018). *Execução Penal: teoria crítica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Sá, P. P.; Simões, H. V.; Bartolomeu, P. C. (2017). Vale quanto pesa: o que leva(m) mulheres grávidas à prisão?. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 4(3), 145-161.
- Sykes, G. (1954). *The society of captives: a study of a maximum security prison*. New Jersey: Princeton University Press.
- Vogelman, R. (1971). *Prison restrictions – Prisoner Rights*. In L. Radzinowicz; M. Wolfgang (org.). *Crime and Justice III: The Criminal in Confinement* (pp. 52-68). London: Basic Books.

Data de submissão: 21/09/2018

Data de aceite: 19/07/2019

DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À MACONHA MEDICINAL PARA FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO SUS: um estudo de caso da Ação Civil Pública nº 0802271-83.2015.4.05.8200¹

*Lucas Lopes Oliveira*²

 *Luziana Ramalho Ribeiro*³

Palavras-Chave

Maconha medicinal/ Direitos Humanos/ Fornecimento de medicamentos

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A emergência de contradiscursos sobre a maconha. 3 Inquérito Civil Público n 1.24.000.001421/2014-74– Ação Civil Pública n 0802271-83.2015.4.05.8200. 4. Uma conclusão a se construir: a tutela da maconha medicinal entre a judicialização de medicamentos e a autoprodução.

Resumo

O presente estudo analisa a judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal a partir de ações judiciais que visam ao fornecimento de medicamentos à base de maconha pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Trata-se, portanto de uma pesquisa socio-jurídica qualitativa de base documental analisada sob o viés foucaultiano da análise de discurso. Como estratégia de pesquisa utilizamos um estudo de caso de uma emblemática Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal da Paraíba. Nosso objetivo foi explorar as possibilidades e os limites da efetivação dos direitos humanos de pacientes que demandam o uso de maconha medicinal frente a tal forma de judicialização deste acesso. Trabalhamos a hipótese de que tal ação se mostra ainda à mercê de grande insegurança jurídica. Ao final, realizamos a contextualização de tal ação dentro de uma problematização maior de judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal a partir de uma crítica aos entraves legais que permeiam o acesso à maconha medicinal no Brasil.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas. Doutorando em Ciências Jurídicas.

³ Doutora em Sociologia. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba.

HUMAN RIGHTS AND THE ACCESS TO MEDICINAL MARIJUANA FOR FREE MEDICINE PROVISION BY SUS: a case study on the civil action nº 0802271-83.2015.4.05.8200

Lucas Lopes Oliveira

 *Luziana Ramalho Ribeiro*

KEYWORDS

Medicinal marijuana/ Human rights/
Medicine provision.

Abstract

This study analyses the judicialization of the right to access medicinal marijuana based on judicial actions that seek the provision of medicines made from marijuana by the SUS. This is, therefore, a qualitative social and juridical research based on documents analysed from Foucault's discourse analysis point of view. As our research strategy, we use a study case of an emblematic Public Civil Action proposed by the Paraíba's Federal Public Ministry. Our objective was to explore the possibilities and the limits of actualizing the human rights of patients who demand medicinal marijuana before such a way of judicializing this access. We work on the hypothesis that such action is still at mercy of great juridical uncertainty. Finally, we contextualize such action into a bigger concern on the judicialization of the right to access medicinal marijuana by criticizing the legal barriers that permeate the access to medicinal marijuana in Brazil.

Introdução

O presente trabalho trata-se de um recorte de um estudo dissertativo de mestrado que investigou as possibilidades de ruptura com o modelo proibicionista de gestão da política de drogas no Brasil. No referido capítulo do texto dissertativo – aqui convertido em artigo, revisado e atualizado – investigamos o processo de judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal no Brasil, através de um emblemático caso ocorrido na Paraíba.

Nosso objetivo nesse artigo é analisar o enfrentamento judicial proposto pela luta de pacientes em defesa do direito ao acesso à maconha medicinal na Paraíba, observando a construção judicial do direito humano à saúde de pacientes que dependem de um tratamento médico com base em derivados da maconha. Para tanto, escolhemos uma das formas de judicialização do acesso à maconha medicinal no estado. Estudaremos os limites e as possibilidades desta ação, bem como, o déficit de efetividade do direito à saúde e a ausência de segurança jurídica no que diz respeito a esta problemática.

Para tanto, traremos em um primeiro momento uma reflexão sobre o proibicionismo enquanto regime de verdade e seus contornos que implicam uma discussão sobre os direitos humanos. Em seguida, passamos a explorar os discursos de crítica ao proibicionismo, no intuito de desenvolver a possibilidade de outras formas de regulação sobre o uso de drogas. As demandas dos movimentos sociais reclamam a regulamentação do uso e do cultivo da cannabis, a descriminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas, a diminuição do encarceramento por crimes relacionados à Lei de Drogas e políticas públicas de acesso à cannabis para

fins terapêuticos. Estes discursos expressam as vozes dos movimentos sociais e sua não sujeição ao *status quo*. Entre estes vários discursos de enfrentamento, escolheremos, para analisar neste artigo, o discurso que se orienta pelo uso medicinal da maconha.

Como expressão do discurso em defesa da maconha medicinal, nos interessa especialmente a sua dimensão expressa na prática jurídica do processo de judicialização do direito ao uso da maconha medicinal como uma questão de acesso à saúde. Escolhere-mos, portanto, a atuação judicial e extrajudicial do MPF-PB na luta em defesa do direito ao acesso à maconha medicinal. Esta atuação está expressa em petições judiciais, atas de reuniões, sentenças judiciais e demais documentos que expressam a luta institucional pelo acesso à maconha medicinal realizada pelo MPF-PB em defesa de pacientes que dependem da maconha medicinal. Para a obtenção destes dados documentais entramos em contato com o MPF-PB na busca de documentos que representem sua atuação ao longo do *Inquérito Civil Público n 1.24.000.001421/2014-74* e da *Ação Civil Pública n 0802271-83.2015.4.05.8200*, que expressam, respectivamente, a atuação extrajudicial e judicial do MPF na defesa dos direitos humanos de pacientes de maconha medicinal.

Faremos também a análise desta ação em um contexto mais amplo de judicialização do acesso à maconha medicinal no Brasil, identificando os limites que a judicialização de demandas judiciais que visam ao fornecimento gratuito de medicamentos encontram em virtude da insegurança jurídica e dos custos elevados da importação pelo Sistema Único de Saúde - SUS em um contexto de crise fiscal do Estado.

A análise da referida ação, sua importância e os seus limites, torna-se, também, importante por trazer à tona o debate sobre o atual contexto regulatório da maconha medicinal no Brasil. O acesso a remédios à base de maconha ainda depende, em larga medida, de provimentos judiciais, sem marcos legais sólidos sobre o direito ao cultivo e a produção de remédios, seja por pessoas individualmente, seja por associações ou por agentes econômicos.

O referido estudo alinha-se à crítica dos discursos científicos a partir de uma *perspectiva genealógica* foucaultiana (FOUCAULT, 1999). Tendemos, portanto, a analisar politicamente o discurso, dito científico, enquanto produtor de relações de saber-poder. Descartamos a ideia de neutralidade científica e, a partir da demonstração da parcialidade dos discursos, observaremos as possibilidades de enfrentamento, de *contradiscursos* e de fissuras. Isto será feito a partir da análise dos focos de tensão dentro dos discursos médicos e jurídicos que constituem a reconfiguração deste campo de luta social.

Logo, a referida pesquisa trata-se de uma pesquisa qualitativa e de estudo de caso sobre o direito ao acesso à maconha medicinal no Brasil. A partir de uma análise de discurso, sob os marcos do pensamento de Michel Foucault (2013). Utilizaremos a forma narrativa como método de estruturação dos discursos aqui expressos.

A emergência de contradiscursos sobre a maconha

Michel Foucault já delimitava uma forma de controle que emerge ao longo da modernidade e que impunha um controle que se voltou ao corpo humano e ao corpo so-

cial da população numa nova economia do controle e da vigilância populacional (Foucault, 2013; 2014). Este poder, que utilizará mecanismos jurídicos e disciplinares, reconfigurando sua lógica, foi chamado, por Michel Foucault, de biopoder (1999; 2014). Desse modo, trabalhamos com a hipótese de que a criminalização das drogas constitui-se como uma importante ferramenta da biopolítica no século XX, a partir do agregamento entre os discursos médicos e jurídicos que tornará a saúde um objeto de intervenção crescente que resultará em uma normalização dos hábitos da população (Foucault, 2002). É assim que se estrutura um mecanismo transnacional de controle sobre as drogas (Rodrigues, 2008).

A reestruturação do poder político a partir da entrada em cena da população, no chamado processo de redemocratização brasileiro (Cf. Zaluar, 1998) fez emergir novas formas de controle social a partir do discurso da segurança pública. A criminalização das drogas no Brasil resultou em sérios problemas relacionados aos direitos humanos. Como exemplo, o super encarceramento devido a condenações criminais envolvendo crimes relacionados a drogas no Brasil é algo bastante denunciado pela criminologia crítica (Carvalho, 2013). Segundo dados do Ministério da Justiça o número de incidências de crimes previstos na Lei de Drogas na população carcerária no Brasil é de 176.691. Isto corresponde a 155.669 incidências na população carcerária masculina e 21.022 na população feminina, totalizando 29% das incidências na população carcerária masculina e 62 % de incidência na população carcerária feminina (Brasil, 2017). Destaca-se, a partir destes dados, que a criminalização das drogas é a maior causa de aprisionamento entre as mulheres e a segunda maior

entre os homens. Parte das pessoas presas por drogas no Brasil desafiam a imagem estereotipada do traficante como inimigo público número um. Estas pessoas são, muitas vezes, vítimas de processos de exclusão. São em sua maioria réus primários, sem antecedentes criminais, pegos desarmados (Castilho *et alii*, 2009; Boiteux, 2014). Além disto, a maior parte é formada por negros e/ou pardos (Jesus, 2011). Salta aos olhos também a quantidade crescente de mulheres presas por tráfico de drogas, conforme expresso por Boiteux (2014).

Ainda é preocupante que a Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, não apresente critérios seguros no que diz respeito à diferenciação entre usuários e traficantes, sendo este critério de natureza essencialmente subjetiva que reproduz preconceitos sociais, presentes no imaginário do julgador, na hora da aplicação da lei. Por este motivo boa parte das pessoas presas por tráfico no Brasil teria sido considerada usuárias segundo a lei de outros países: os percentuais chegam a 69% das pessoas presas por maconha em caso de aplicação da legislação espanhola sobre drogas, conforme pesquisa de Juliana Carlos (2015).

Todas estas questões nos abremos olhos para um processo de criminalização da pobreza, encarceramento em massa de pessoas em estado de vulnerabilidade social que não apresentam qualquer risco social e que são encarcerados por uma guerra às drogas já perdida.

A partir desta crítica à política de drogas, muitos movimentos sociais acabaram por contestar este paradigma proibitivo. As Marchas da Maconha se inspirando em um movimento global: *Global Marijuana March*, da década de 1990, cuja primeira edição no

Brasil ocorreu na cidade do Rio de Janeiro em 2002 (Pinto & Paulino, 2013), rapidamente se espalhou para outras cidades e se tornou um dos principais movimentos sociais do Brasil e que articulam a partir da estética das manifestações de ruas, performances divergentes (*cf.* Salih, 2017) que propunham um novo olhar sobre a política de drogas, mostrando a necessidade de descriminalização e legalização da maconha (Delmanto, 2013). Além das marchas de caráter mais esporádico e com foco em regulamentação da maconha, o movimento antiproibicionista surge na luta por mudanças profundas nas políticas públicas e pela revisão do paradigma proibicionista. Dada à pluralidade de concepções existentes dentro do(s) movimento(s) antiproibicionista(s) vemos uma gama de propostas que se unem a partir de uma crítica ao atual modelo de gestão das políticas sobre drogas.

A partir de uma tentativa de criminalização da Marcha da Maconha, o STF julgou a constitucionalidade da mesma, como expressão do direito à liberdade de manifestação e expressão. A partir deste reconhecimento a visibilidade do movimento social pela mudança na Lei de Drogas ganha cada vez mais destaque (Oliveira & Ribeiro, 2016; Pinto & Paulino, 2013).

É neste contexto que emerge a campanha “Repense” e o documentário “Illegal” de Tarso Araújo (2014). A campanha e o documentário visavam trazer à tona a discussão sobre o uso medicinal da *cannabis*. O documentário expõe as narrativas de pessoas que precisam recorrer aos canabinoides extraídos da maconha para o tratamento de suas patologias. Teve destaque a história da menina Anny Fischer, que possuía epilepsia refratária aos tratamentos convencionais e que, empiricamente, teve respostas positi-

vas com os remédios derivados de maconha, traduzindo em melhor qualidade de vida.

Neste contexto, o movimento pelo direito ao acesso à maconha medicinal ganhou destaque nacional e se articulou em rede conseguindo várias vitórias no sentido de mudança na percepção popular sobre a maconha. A articulação nas Marchas da Maconha destacam as convergências entre a luta do movimento antiproibicionista e a luta pelo direito ao acesso à maconha medicinal.

Os movimentos sociais tiveram um importante papel no Estado da Paraíba. Conforme estudos de Oliveira & Ribeiro (2017) a Paraíba teve o primeiro caso de uma vitória coletiva que conseguiu a declaração judicial de autorização da importação de produtos à base de canabinoides, durante o ano de 2014.

A partir desta derrota judicial e de outras mais que se proliferaram – a exemplo da sentença que concedeu o direito de importar à Anny Fischer – a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), acabou pressionada a tomar uma decisão que a autarquia tinha adiado, por motivos políticos conservadores evidentes, que seria a decisão de reclassificação do canabidiol de substância proscrita para substância de uso controlado. Neste sentido, inaugurou-se um novo regime em termos de regulamentação para produtos à base de CBD que prometia maior agilidade burocrática neste processo.

Ocorre que, apesar dos avanços reais em termos de burocracia e das promessas não cumpridas no que diz respeito à democratização do acesso aos compostos à base da cannabis, mesmo com a regulamentação deste processo de importação, as famílias continuaram a ter dificuldades ao acesso. Destacamos, com base em nosso estudo

empírico documental, como a principal dificuldade o custo de importação destes medicamentos que poderiam chegar a cifra de alguns milhares de reais de custo por mês, algo impraticável para a maioria dos brasileiros.

Será neste contexto que retomaremos a narrativa do direito ao acesso à maconha medicinal travada pelas famílias do Estado da Paraíba. Partimos da análise da atuação judicial e extrajudicial da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) vinculada ao Ministério Público Federal da Paraíba (MPF) a partir de documentos pesquisados junto ao órgão. Neste artigo, recorte de um trabalho maior, tomamos como base a atuação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) em momento posterior à reclassificação do CBD, fato que regulamentou a possibilidade de importação. Mas esta mudança, apesar de um significativo avanço, não eliminou as barreiras e entraves ao acesso. Foi com as novas demandas advindas desta nova realidade que os militantes pelo acesso à maconha medicinal no Estado da Paraíba levaram à PFDC e a partir desta atuação que traçamos a análise da Ação Civil Pública n 0802271-83.2015.4.05.8200.

Inquérito Civil Público n

1.24.000.001421/2014-74– Ação Civil Pública n 0802271-83.2015.4.05.8200

É neste contexto que emerge a Ação Civil Pública que estudaremos no presente texto. Um contexto de enfrentamento ao discurso proibicionista que relegava a maconha à proscricção. Este enfrentamento é viabilizado pela luta dos pacientes e de seus familiares em defesa do direito ao acesso à maconha medicinal. A luta pelo acesso à maconha medicinal conseguiu mobilizar importantes argumentos tanto do regime

de verdade médico, como do regime de verdade jurídico. Estes argumentos foram instrumentalizados contra as velhas estruturas discursivas dos discursos médicos e jurídicos, promovendo a reconfiguração destes regimes de verdade. Esta reconfiguração discursiva abre caminho para reconfigurações das práticas de poder a partir da instrumentalização de saberes científicos outros – tanto saberes médicos quanto saberes jurídicos – contra “O Saber” científico hegemônico proibicionista. A maconha deixa de ser vista como uma substância perigosíssima que deve ser criminalizada e passa a ser vista como remédio. Esta reconfiguração é vista a partir dos discursos de médicos que atestam o poder terapêutico da maconha e que adentram no judiciário a partir da retórica da luta por direitos humanos.

Após várias derrotas judiciais a ANVISA reclassificou o canabidiol, que deixou de ser substância proscrita e se tornou substância de uso controlado. A Resolução RDC n 17 da ANVISA, de 6 de maio de 2015, trouxe novas regras para importação de medicamentos feitos à base de canabidiol. Destaca-se que esta importação, segundo a referida normatização deveria se dá de modo excepcional e sob critérios rígidos de controle por parte da autarquia sanitária – algo bastante criticado pelos usuários e pacientes, pois dificultava bastante o acesso. Então, neste momento inicial de nossa narrativa, como única possibilidade legal de acesso havia apenas a importação de remédios à base de CBD a alto custo e cujo procedimento era extremamente burocrático e demorado. Entre estes critérios estão o prévio cadastramento do interessado na ANVISA, de acordo com os artigos 7 e 8 da referida resolução, e a obediência procedimentos fiscais a aduaneiros.

Destacamos cinco produtos que se enqua-

dravam, naquele momento, nos requisitos estabelecidos pela portaria recém lançada pela ANVISA (BRASIL, 2014), – a) com quantidade menor de canabidiol (CBD) do que Tetraidrocanabinol (THC); b) produzidos e distribuídos por estabelecimentos regularizados pela autoridade competentes em seus países de origem; c) certificado de análises com teor do CBD e THC conforme exigências regulatórias de seus países de origem – encontravam-se os seguintes produtos sugeridos pela ANVISA no texto do referido documento: “Cibdez Hemp CBD complex (gotas) 1 a 2oz; Cibdex Hemp CBD complex (cápsulas); Hemp CBD Oil 200mg Canabidiol - 240mL; Real Scientific Hemp Oil (RSHO) CBD 14-25% 3- 10G (pasta); Revivid LCC Hemp Tincture 500mg (22:1 CBD/THC (gotas) – 30 mL”(idem)⁴.

Caso o paciente usuário de derivados de maconha necessite de outro medicamento deveria ingressar com um pedido de autorização individual perante a autarquia. Assim, observa-se que a referida portaria trouxe uma grande possibilidade de acesso ao medicamento aos pacientes, estando superada muitas (mas não todas) das antigas dificuldades burocráticas, focando a luta pelo direito ao CBD medicinal na questão do direito ao acesso aos medicamentos, obstáculo que se dá devido ao alto preço dos mesmos. Este novo foco se dá em virtude dos altos custos da importação do referido medicamento inacessível para boa parte da população brasileira devido a seu valor de importação.

Com o fito de assegurar o direito ao acesso a tais medicamentos, cujos obstáculos, agora não mais plenamente impeditiva por parte da ANVISA em termos jurídico-burocrático,

⁴ Neste sentido, para retomar o contexto ver a narrativa de Oliveira & Ribeiro (2017).

mas sim em relação ao custo do mesmo que, por não ser produzido no Brasil, tinha um alto valor de importação que o tornava inacessível à maioria dos pacientes no Estado, foi planejada uma nova possibilidade de judicialização. A ferramenta seria uma Ação Civil Pública com o fito de garantir o fornecimento de medicamentos por parte do poder público.

Para garantir o acesso via Sistema Único de Saúde, foi dada entrada por parte do Ministério Público Federal da Paraíba – MPF-PB na Ação Civil Pública (ACP) nº 0802271-83.2015.4.05.8200 em face da União e do Estado da Paraíba.

Anteriormente o MPF-PB já havia atuado no sentido de garantir o direito dos pacientes que necessitassem de medicamentos à base de canabidiol, tendo atuado extrajudicialmente através de um procedimento preparatório e judicialmente através de uma Ação Civil Pública que visava à autorização para importação de remédios a base de CBD. Assim, tendo em vista a necessidade de se continuar os trabalhos do MPF após a ACP responsável pela autorização de importação por parte dos pacientes do Estado e da mudanças normativa da ANVISA, foi convertido o Procedimento Preparatório N° 1.24.000001421/2014-74, que deu origem a Ação Civil Pública n 0802543-14.2014.4.05.8200 que conseguiu a autorização judicial para a importação do CBD, garantindo o acesso aos 16 pacientes do Estado da Paraíba, em Inquérito Civil, pela Portaria n 96/2015 de 15 de abril de 2015, cujo objetivo, agora, era de obter o fornecimento de tal medicação para os pacientes superando os entraves futuros para realização do direito ao acesso ao CBD tentando superar os obstáculos ainda existentes após a emissão da portaria supracitada da ANVI-

SA (BRASIL, 2015). Neste sentido, após uma primeira Ação Civil Pública, que foi bem-sucedida, houve a necessidade de continuidade dos trabalhos do MPF por via da judicialização de uma nova Ação Civil Pública. Será esta segunda ação cuja narrativa trataremos abaixo.

Assim, destacamos neste trabalho três reuniões após a decisão judicial da Justiça Federal da Paraíba que garantiu o direito a importação dos medicamentos pela ANVISA e antes da conversão do Procedimento Preparatório em Inquérito Civil Público. Elas tinham como objetivo debater os efeitos da decisão no âmbito da Ação Civil Pública n 0802543-14.2014.4.05.8200 e os futuros caminhos após a autorização da mesma, até a estruturação do outro eixo de atuação que seria a obtenção dos medicamentos via SUS e a articulação para uma futura produção dos mesmos em âmbito nacional.

A primeira realizada aos onze dias do mês de setembro do ano de dois mil e quatorze (11/09/2014), logo após a decisão liminar. A reunião mostrou que a liminar que concedeu a autorização judicial seria apenas a primeira batalha a ser vencida para a realização plena do direito à saúde dos pacientes do CBD medicinal. A liminar que concedeu a autorização judicial para a importação dos medicamentos à base de CBD, que havia tido o seu ponto forte de ter superado os requisitos irrealizáveis impostos pela ANVISA para a importação, não havia superado os problemas que agora se iniciavam com a fase pós-autorização que seria a importação e o acesso à mesma. Observa-se que estaria havendo dificuldades com o processo de importação dos referidos medicamentos, tanto pelos pacientes que haviam conseguido a autorização judicial, quanto os que, apesar da burocracia, haviam conseguido a

autorização diretamente da ANVISA (lembrando que a reclassificação data de 6 de maio de 2015).

Neste sentido relatam os pais, em declaração anexa aos autos, que, de posse da decisão, ao tentarem importar os medicamentos constataram que, devido a problemas referentes ao desembaraço aduaneiro, a obtenção do produto estaria sendo dificultada pela Receita Federal do Brasil no aeroporto de Viracopos em Campinas-SP. Informa-se, inclusive, que várias pessoas autorizadas, sejam judicialmente, sejam administrativamente, a importar o medicamento, estariam enfrentando essa mesma dificuldade (BRASIL, 2017 p.568). Apesar da autorização judicial emanada da ACP e da posterior reclassificação por parte da ANVISA vemos que, mesmo com a regulamentação/legalização que legitimou a importação, os obstáculos burocráticos ainda se faziam presentes.

A Receita Federal estaria exigindo a presença dos responsáveis pessoalmente ou a contratação de um despachante particular para tanto. Deste modo, vemos que para além da proibição de importação que havia sido derrubada, restavam outros obstáculos burocráticos. Sendo assim fica óbvio que se torna insustentável financeiramente para os pais tal procedimento, bem como, converte-se em uma verdadeira frustração as expectativas de efetividade dos bens jurídicos defendidos na ação que conseguiu a liminar de autorização.

Na reunião o representante da receita, esclareceu que, apesar de ter havido a autorização e os responsáveis podem importar os produtos, os trâmites legais aduaneiros deveriam ser respeitados, destacando que nestes trâmites a receita é a última a se posicionar, sendo exatamente a ANVISA a pri-

meira a se pronunciar no ato do desembaraço, sendo este ato intitulado “anuência” (BRASIL, 2015 p.570).

Fato que foi interpretado pelo procurador como, em tese, desobediência à ordem judicial, mas, segundo o representante da receita, acredita-se que tais dificuldades devem ser resultantes de serem ainda os primeiros momentos de execução da importação⁵. Outro fato pontuado pelo procurador foi a falta de proporcionalidade de se exigir que, em um país das dimensões que tem o Brasil, o desembaraço aduaneiro tenha de ser feito pessoalmente nos aeroportos encarregados da recepção das mercadorias em remessa expressa que são: Viracopos, Galeão e Guarulhos⁶.

Foi deliberado naquela reunião que seria enviado cópia da decisão judicial liminar de autorização de importação junto com um depoimento ao funcionário da ANVISA junto ao aeroporto de forma que o mesmo se abstenha de impedir o desembaraço dos medicamentos (BRASIL, 2015).

Também se deliberou sobre a situação econômica e o alto valor da medicação que tornava inviável pra muitos pais arcarem com

5 “Dr. Godoy pontuou que se esse procedimento parte da ANVISA, estaria caracterizada a desobediência à ordem judicial emanada em sede de liminar na ACP O representante da Receita seguiu explicando os procedimentos de importação por correio oficial e por encomenda expressa, sendo nesta última incidente uma taxa fixa. Colocou que o desembaraço através de despachante é prática regulamentada pela Receita, e que um trabalho de sensibilização frente aos servidores dos postos que recebem os produtos pode facilitar a fluidez do procedimento de importação que para a entidade, e relativamente novo diante das circunstâncias. Relatou que acredita que essas dificuldades devem estar surgindo por conta desse primeiro momento de execução da importação do produto” (BRASIL, 2015, p. 570).

6 “Dr. Godoy, tomando a palavra, pontuou que é irrazoável que, em um país continental como o nosso, um cidadão, para conseguir desembaraçar um medicamento, tenha de se deslocar, como no presente caso, de João Pessoa-PB até Campinas-SP. Dessa forma, como foi informado pelo representante da Receita que esse procedimento aduaneiro passou a ser implementado no Brasil a partir de 1999, fica caracterizada uma má prestação de serviço público pela concentração do desembaraço nessas localidades, distantes das demais regiões do país, passível de investigação pelo Ministério Público Federal, notadamente pelos membros que atuam em matérias vinculadas à 1ª Câmara de Coordenação e Revisão. A questão da obrigatoriedade do despachante para esses procedimentos também seria passível dessa mesma atenção, já que impossibilita até o deslocamento do cidadão para o local do desembaraço, ou mesmo de procurador idôneo, de forma a obter a mercadoria” (BRASIL, 2015, p. 571).

os custos do tratamento de seus filhos. As soluções pensadas foram: a) *lutar pela fabricação, em território nacional, dos referidos medicamentos, ou b) ações judiciais que visassem o custeio dos mesmos pelo Sistema Único de Saúde – SUS*⁷. Tal tema perpassará as próximas reuniões, conforme se verá a seguir.

Uma destas reuniões aos sete dias do mês de novembro do ano de dois mil e catorze, oportunidade em que superado os primeiros entraves burocráticos por parte da ANVISA, seria necessário para garantir o direito à saúde dos pacientes que se conseguisse o fornecimento dos referidos medicamentos via SUS, haja vista os encargos financeiros elevados para se conseguir tal medicamento. Foi destacada a importância de se conseguir um atestado que, fornecido por profissional habilitado, pudesse descrever as melhoras no quadro clínico dos pacientes de forma a evidenciar a necessidade de fornecimento. Aqui vemos a força do discurso médico que entra como uma importante ferramenta para a construção deste direito, sendo, como base em Foucault (1999), que afirmamos haver uma reestruturação a partir do agregado médico-jurídico das relações de poder capazes de oposição às estruturas postas. O discurso médico entra como importante ferramenta de convencimento dada a natureza de saber-poder das estruturas discursivas da medicina contemporânea.

Nesta reunião foi debatida a questão de que existem diferenças nas fórmulas dos diversos laboratórios e que uma pequena modi-

ficação na composição de um remédio para o outro poderia modificar a reação dos pacientes, pois cada pessoa teria progresso no tratamento de forma diferente dependendo do extrato, forma de administração e laboratório (BRASIL, 2015).

Outra reunião ocorreu aos vinte e nove do mês de janeiro do ano de dois mil e quinze (29/01/2015), às 15h, na Procuradoria da República na Paraíba. Nesta reunião foi anunciada a criação da Associação Brasileira de Pacientes de Cannabis Medicinal – AMA+ME “associação que trabalha em prol do acesso dos pacientes à substância, em face do preconceito de alguns médicos com o canabidiol e o próprio desconhecimento que há sobre o medicamento em razão da proibição de importação que havia até pouco tempo” (BRASIL, 2015 p.636). O preconceito da classe médica é um tema que ainda persiste mesmo após a reclassificação, sendo difícil conseguir os laudos médicos mesmo após a reclassificação do CBD pela ANVISA. A atuação extrajudicial tem como marco a integração de vários atores neste cenário, no qual se destacam, movimentos sociais, entidades produtoras de conhecimento e de práticas em saúde e etc. Foi abordada a questão de uma possível parceria com a Universidade Federal da Paraíba de forma a viabilizar pesquisas sobre o CBD, pois o mesmo ainda é muito pouco conhecido em termos de pesquisas científicas no Brasil. Ao final, ficou deliberado que: “o MPF vai celebrar com a Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba Termo de Ajustamento de Conduta para que a mesma realize a compra e posterior distribuição gratuita do canabidiol para os pacientes beneficiados com a medida liminar no respectivo processo judicial” (*idem*).

Tal termo foi celebrado aos 13 dias de feve-

7 “Dr. Godoy, sobre o tema, externou sua preocupação em intentar qualquer ação para obrigar o fornecimento, via SUS, de medicação ainda em fase experimental. Um caminho interessante, destacou, seria buscar a liberação do registro do medicamento em solo nacional, que teria como consequência direta a queda do preço do produto com a fabricação local. Outra alternativa seria lançar pedidos pontuais para que as pessoas já beneficiadas com a medida liminar, e com o tratamento em curso, possam obter o fornecimento do Canabidiol pelo SUS judicialmente” (BRASIL, 2015, p. 571).

reiro de 2015 entre o MPF e a secretaria Estadual de Saúde do Estado da Paraíba, onde o Governo do Estado se comprometeu a fornecer às 16 (dezesesseis) crianças e jovens constantes e que seriam pacientes no Estado, o medicamento à base de Canabidiol necessário ao tratamento de cada uma delas, por tempo indeterminado. O referido título tem eficácia de título executivo extra judicial (BRASIL, 2015 p.645).

Um pouco antes da conversão do PP em ICP, para a viabilização de uma nova Ação Civil Pública, cujo objetivo seria o fornecimento dos medicamentos via SUS, houve outra reunião em 09/04/2015 na Reitoria da UFPB com a presença da Reitora da UFPB, de representantes do Ministério Público, de representantes da comissão da Comissão de Direito Sanitário e Biodireito da OAB, da Anvisa e a Associação de Pacientes de Cannabis Medicinal, cujo objetivo era traçar as estratégias de parcerias para viabilização de pesquisas científicas sobre os produtos à base de canabidiol para uso medicinal e ações institucionais para viabilizar o seu acesso. Desta forma o encontro visava,

[...] firmar um convênio entre as entidades e a UFPB para dar início às pesquisas de análise de amostras dos medicamentos que são importados para o tratamento da Epilepsia Refratária entre outras doenças que podem ser tratadas com o uso de óleos e extratos de Cannabis (BRASIL, 2015).

Entre os temas debatidos, segundo o portal oficial da UFPB, estavam:

[...] pesquisas com os medicamentos que já conseguem entrar no país, importados com autorização judicial. Controle de qualidade, efeitos colaterais, toxicidade, variação de níveis da droga entre diferentes fabricantes, interação com outros medicamentos e acompanhamento psicológico e médico de pacientes usuários, estavam entre os pontos principais discutidos, para que pesquisas sejam iniciadas pela

UFPB com o acompanhamento da Anvisa, do Ministério Público e da OAB (*idem*).

Sobre o encontro a reitora da UFPB, se posicionou:

Vamos criar uma equipe de pesquisa para acompanhar e dar maior segurança aos pacientes e seus familiares. O Instituto de Fármacos e Medicamentos da UFPB, antigo LTF, vai dar início aos trabalhos com uma equipe multidisciplinar de pesquisadores para coletarmos os primeiros dados e para o acompanhamento dos pacientes e familiares (*idem*).

Júlio Américo, um dos familiares que luta pelo direito ao uso da maconha medicinal, e, que posteriormente, seria fundador e presidente da Liga Canábica da Paraíba, declarou, segundo o portal oficial da referida instituição, que a reunião foi proveitosa e que “Essas pesquisas não vão beneficiar apenas nossos filhos, mas todos que precisam do uso da maconha medicinal. Esperamos que no futuro possamos regulamentar esse uso” (*idem*).

Já após a conversão do Procedimento Preparatório em Inquérito Civil, ocorreu uma reunião aos quatro dias de maio de 2015 realizada na Sala das Comissões do prédio sede da OAB, Seccional da Paraíba, para tratar de encaminhamentos relativos ao Termo de Cooperação Técnica a ser firmado com a UFPB, MPF, ANVISA, Associação de pacientes, OAB e outros órgãos. Nestes termos foi abordada a necessidade de se deslocar o fluxo das importações para a Paraíba de forma a baratear o custo da exportação. Quanto à indagação dos representantes dos pacientes sobre como seria possível obter o CBD para efetivar as pesquisas no âmbito da UFPB foi sugerido por parte do representante da ANVISA a confecção de projetos temáticos, de forma a obter financiamentos. Foi debatido também, no âmbito desta reunião, a criação de um time nas vertentes jurídicas, cientí-

ficas e médicas (BRASIL, 2015, p.658). Decidiu-se, no âmbito desta reunião, que seria criado um Conselho de Gestão e um Grupo Executivo. Sobre o projeto no âmbito da UFPB o mesmo, segundo a professora responsável, envolveria a obtenção “de matéria-prima, o controle de qualidade (controle estatístico sobre a qualidade de vida dos pacientes e efeitos neurológicos, com o auxílio, por óbvio, de médicos neurologistas que se dispuseram a contribuir) e a sinterização do CBD” (BRASIL, 2015 p.658). Outro projeto sugerido foi a documentação em mídia da história dos pacientes para “registrar a história do grupo e reforçar a conscientização sobre o tema” (BRASIL, 2015 p.658).

Na Reunião 24 de julho de 2015 no auditório da Procuradoria da República no Estado da Paraíba, com a presença dos Professores que compõem a equipe do Instituto de Pesquisa em Fármacos e Medicamentos (IPEFARM) da UFPB com o objetivo de debater a pesquisa sobre o extrato de Canabidiol. O encontro buscou realizar uma “descrição detida, por conta dos pesquisadores, dos trabalhos a serem executados pela equipe dentro da proposta que resultaram na assinatura de Termo de Cooperação Técnica entre a UFPB, ANVISA, OAB/PB, MPF, Associação de pais e pacientes e outros órgãos” (BRASIL, 2015 p.729). Foi destacado, por um dos pesquisadores, que os estratos de CBD importados pelos pacientes seriam objeto de análise como matéria prima nas pesquisas a verificar o teor do princípio ativo anunciado (CBD). “O objetivo da pesquisa, nessa linha, seria qualificar esses fornecedores para obter registro junto à ANVISA, até agora inexistente” (BRASIL, 2015 p.729). Quanto à necessidade de se realizarem pesquisas clínicas de acompanhamento dos pacientes, foi destacado que a licença junto à AN-

VISA só ocorreria após a realização destas pesquisas clínicas.

O Procurador Regional dos Direitos do Cidadão demonstrou a intenção do MPF de apoiar a pesquisa, para que em médio prazo possa-se desenvolver a produção da substância no âmbito da Universidade Federal da Paraíba, de forma a, com a produção local capitaneada pela UFPB, possa-se diminuir os custos e dar continuidade ao processo de conhecimento dos produtos aqui produzidos. Desta forma o Procurador Regional dos Direitos do Cidadão destacou a irrazoabilidade de importar a altíssimos custos um produto de baixa tecnologia que poderia ser produzido no Brasil. Esta preocupação apresentada pelo procurador é fundamental e atinge o cerne da luta pelo direito ao acesso à maconha medicinal no Brasil: a necessidade de regulamentação do plantio e da produção de remédios no Brasil. Mostra-se totalmente fora de qualquer senso de razoabilidade a importação de um produto que pode ser cultivado e produzido aqui no Brasil, barateando seu custo. Em resposta, um dos pesquisadores do IPEFARM informou que:

[...] compreende a pressa dos pais e responsáveis, mas que o trabalho científico não caminha nessa mesma velocidade. Para adentrar nessa, etapa da produção, seria necessário um trabalho mais voltado à agronomia, com a participação de professores dessa área, para analisar o solo, a época do plantio e cultivo e as variedades da Cannabis propícias à obtenção do CBD (BRASIL, 2015 p.730).

Neste ponto o Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, segundo a memória de reunião em comento:

[...] solicitou que o IPEFARM⁸ ajudasse a contatar outros grupos de professores (no Campus de Areia, inclusive) dentro da proposta da produção autóctone, para uma via mais econômica em dire-

⁸ Instituto de Pesquisa em Fármacos e Medicamentos

ção aos objetivos da pesquisa. Outros grupos poderiam, até com o auxílio de entidades privadas, realizar estudos sobre o número de pessoas portadoras de epilepsia refrataria no país (que não é baixo), de forma a atrair a atenção e o investimento do Ministério da Saúde para a importância da pesquisa, proposta que foi recebida positivamente pela equipe (BRASIL, 2015 p.732).

A Proposta do IPeFarM para o Convênio do Canabidiol envolvendo várias entidades, entre as quais UFPB, ANVISA, OAB/PB, MPF, Associação de pais e pacientes e outros órgãos foi encaminhada nos seguintes termos:

OBJETO: Desenvolver uma forma farmacêutica contendo o derivado vegetal rico em canabidiol como matéria prima, visando o registro do produto na ANVISA para produção e disponibilização no Sistema Único de Saúde.

OBRIGAÇÃO DO IPeFarM: 1. Elaborar o projeto científico, tecnológico e de produção de uma forma farmacêutica contendo a matéria prima rica em canabidiol. 2. Desenvolver e validar tecnologia analítica para análise do canabidiol na matéria prima e produto acabado; 3. Qualificar o(s) fornecedor(es) da matéria prima rica em canabidiol; 4. Realizar os estudos farmacológicos e toxicológicos não clínicos para confirmar as atividades farmacológicas principal e secundárias, bem como a segurança de uso dessa matéria prima pelo ser humano; 5. Desenvolver a tecnologia de produção do biolote da forma farmacêutica para os estudos clínicos; 6. Elaboração do Protocolo de Estudos Clínicos e solicitar autorização da ANVISA para realização dos estudos clínicos com os pacientes; 7. Realizar os estudos clínicos do produto validado tecnologicamente com os voluntários saudáveis e pacientes conforme preconiza as boas práticas de estudos clínicos. 8. Solicitar o registro do produto na ANVISA para comercialização (BRASIL, 2015 p.732).

Estas reuniões, as diligências obtidas a par-

tir delas e a atuação como um todo da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão deram embasamento para a propositura da ação objeto deste estudo. Vemos uma intensa atuação extrajudicial da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão na luta pelo direito ao acesso à maconha medicinal, sendo um importante aliado dos movimentos sociais no Estado da Paraíba na luta pelo acesso. Boa parte desta atuação e dos dados obtidos com parceiros como a UFPB, compuseram um *corpus* discursivo importante que vai ajudar na formação de um discurso jurídico expresso na ACP que terá um grande potencial de enfrentamento. Neste contexto, de fortalecimento dos trabalhos do MPF, é que se deu a entrada da Ação Civil Pública, embasada pelo Inquérito Civil em comento, assinada aos 15 dias do mês de junho, que deu origem ao processo número 0802271-83.2015.4.05.8200, com o objetivo de conceder o fornecimento do CBD pelo SUS, nos seguintes termos:

Em face de tudo quanto acima foi exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer:

a) a concessão de antecipação de tutela nos termos formulados acima (item “7”, letras “a”, “b” e “c”);

b) a citação dos demandados, nos endereços mencionados no início da presente peça, para, querendo, responder aos termos da presente ação, sob pena de revelia;

c) provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, especialmente, juntada posterior de documentos, realização de perícias médicas e oitiva de testemunhas, tudo desde logo requerido; d) por fim, a procedência do pedido, ordenando-se à UNIÃO e ao ESTADO DA PARAÍBA:

d.1) o fornecimento gratuito, aos substituídos enumerados no item anterior (pacientes medicinais) do medicamento “Canabidiol” suficiente para o tratamento de cada uma delas, por tempo indeterminado, em periodicidade mensal, nas

quantidades de frascos, concentrações e dosagens necessárias, conforme lista detalhada em anexo, contendo, inclusive, sugestão de custos;

d.2) que modifiquem, a pedido dos responsáveis, no curso do fornecimento, a quantidade, a apresentação (do tipo de extrato - pasta ou óleo) e o fabricante da substância, de acordo com a resposta ao tratamento e a eventual alteração na dosagem prescrita pelo médico que acompanhe a necessidade específica de cada paciente;

d.3) a realização de todos os contatos com os fornecedores para a aquisição dos fármacos, bem como todo o processo de compra, importação, frete e desembarque dos medicamentos (inclusive as providências para a liberação perante a aduana brasileira, utilizando-se, para tanto, das determinações na sentença da ACP Nº. 0802543-14.2014.4.05.8200, 1ª Vara Federal do Estado da Paraíba), bem como a estocagem e distribuição da substância, desde que obedeça à periodicidade mensal necessária para o cumprimento dos itens “a” e “b” acima;

d.4) a apresentação, à parte autora, no prazo de 30 (trinta) dias contados do provimento jurisdicional, de cronograma completo de aquisição, estocagem e fornecimento da medicação, válido por, no mínimo, 2 (dois) anos que, ao final desse período, será substituído por outro cronograma, para idêntico período subsequente, e assim por diante, sendo que sua não apresentação não desobrigará os entes de iniciar ou continuar o fornecimento do fármaco;

d.5) a aplicação de multa diária na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada promovido, em razão de eventual descumprimento a quaisquer das determinações acima, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

e) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, na forma do que dispõe o art. 18 da Lei Federal nº 7.347/1985, e no artigo 87, do Código de Defesa do Consumidor;

f) por fim, dá-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (BRASIL, 2015 p.698).

fornecimento pelo SUS, em decisão proferida aos 08 dias de julho de 2015, nos seguintes termos:

ISSO POSTO, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar à UNIÃO e ESTADO DA PARAÍBA que forneçam aos substituídos elencados na tabela supra o medicamento canabidiol, conforme divisão de atribuições administrativas e de custeio discriminadas nesta decisão (BRASIL, 2015 p.711).

Assim, como começa a se delinear, no âmbito jurídico, uma certa preocupação com a efetividade dos direitos humanos dos pacientes do CBD medicinal. Observamos isto nas duas ações bem sucedidas para a consecução do direito ao uso do CBD medicinal no Estado, uma delas para autorizar a importação e a outra para conseguir o custeio do mesmo pelo Sistema Único de Saúde.

Observamos também que, apesar dos avanços na desconstrução do paradigma proibicionista em relação à maconha no que diz respeito ao seu uso medicinal, ainda há forte preconceito aos demais usos pois, se mantém bastante enraizado em nossa cultura jurídica, que a Liminar que concedeu tal direito, foi em âmbito de Segunda Instância revogada, pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que seguiu o voto do relator no agravo interposto pela União, sob os argumentos de que: *não existe estudo definitivo que comprove a eficácia alegada no tratamento de crises epilépticas; o SUS já dispõe de medicamentos anticonvulsivos que são distribuídos gratuitamente pelo Estado (lista Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME), devendo se dar preferência a estes medicamentos por uma questão de isonomia e da legalidade.* A decisão que cassou

A decisão da Justiça Federal da Paraíba, no presente feito, veio a conceder o direito ao

a liminar utiliza em sua argumentação o mesmo artigo de Roberto Barroso (2007), intitulado “Da falta de efetividade à jurisdicionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, citado na decisão de primeira instância que concedeu tal liminar de fornecimento gratuito. Assim, observa-se a reversibilidade do discurso jurídico frente aos saberes médicos hegemônicos e a dificuldade da desconstrução dos pressupostos fundamentais dos regimes de verdades que mantêm as estruturas proibicionistas. Esta reversibilidade do discurso jurídico já foi apontada por Sanchez Rúbio (2006) e Salo de Carvalho (2013), que com seus estudos nos permite ver a possibilidade de como o discurso jurídico, ao incorporar categorias dos direitos humanos, o faz de forma reversível, podendo, o direito ser aplicado de várias formas possíveis, inclusive de forma antagônica.

A primeira Ação Civil Pública, que reclassificou o CBD se encontra em um momento de emergência dos discursos sobre a legalização da maconha medicinal, influenciado pela visibilidade do documentário “Illegal” e da campanha que o seguiu de mobilização de famílias que dependiam da maconha medicinal, o certo é que a referida ação foi intentada em outros estados e depois de várias derrotas judiciais a ANVISA se viu pressionada a reclassificar o CBD para fins terapêuticos (OLIVEIRA & RIBEIRO, 2017). No âmbito da segunda ação de custeio, inova-se também ao incluir um medicamento que não estava incluído na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), mas que foi concedida em virtude da necessidade dos pacientes e da comprovação da eficácia do medicamento, aliado logicamente às mudanças de perspectivas dentro do âm-

bito da ANVISA (a reclassificação do CBD) e do CFM (a aprovação do uso compassivo do CBD para pacientes refratários a medicamentos tradicionais). Entretanto não se pode observar tal aceitabilidade como uma marcha linear, mas sim, como embates, pois estão sujeitas a avanços, como os vistos até este momento, mas também a retrocessos. Neste sentido, no âmbito da segunda instância, tal fornecimento gratuito pelo SUS foi caçado por decisão, também em caráter liminar, sob argumento de que não havia comprovação do tratamento à base de CBD pelas ciências médicas, contrariando toda linha argumentativa, laudos e estudos apontados pelo MPF, mostrando os efeitos do poder político na estruturação do discurso médico como um elemento de pressão extra-discursivo com muito mais peso no âmbito do judiciário, do que os elementos intra-discursivos dos saberes médicos.

Vemos então como a luta pela maconha medicinal constitui-se como um importante *contradiscorso* (FOUCAULT, 1999; SPARGO, 2017), que utilizando o saber médico contra o discurso médico hegemônico pode produzir importantes fissuras ao regime de verdade médico-jurídico proibicionista. Mas, é importante que observemos a reversibilidade do discurso de poder, para tentar fugir da análise da linearidade e gradual conquista de direitos humanos para observa-los como uma luta sujeita a vitórias e derrotas. Tal se expressa pela decisão que retirou os efeitos da liminar anteriormente conquistada.

Uma conclusão a se construir: a tutela da maconha medicinal entre a judicialização de medicamentos e a autoprodução.

As ações que visam ao fornecimento gratuito da maconha medicinal, ainda se pro-

liferam no ordenamento jurídico brasileiro, mas se encontram sujeitas à insegurança jurídica, pois não há garantia alguma de que terão os direitos materiais à saúde de fato efetivados. O argumento da *reserva do possível* é uma construção discursiva importante para bloquear a efetivação deste direito. Argumenta-se que frente a impossibilidade do Estado cobrir toda a demanda por saúde dos cidadãos, haveria limites, uma reserva do possível orçamentário que impossibilitaria o fornecimento de medicamentos que não estariam previstos em lista elaborada pelo poder público. Como os derivados de maconha não se encontram nesta lista, este é um argumento retórico para criar um obstáculo ao direito ao acesso. Assim, frente à insegurança jurídica e a decisões conflitantes os pacientes se encontram em situação extremamente vulneráveis. Com o registro de medicamentos à base de cannabis a serem produzidos no Brasil as decisões podem vir a tomar forma mais favoráveis aos pacientes haja vista a menor oneração do SUS. De qualquer forma, “a vida não espera” como destaca o documentário “Illegal”. E neste sentido quem mais sofre são os pacientes.

Com vista a esta realidade as judicializações começaram a tomar nova estratégia, qual seja, a busca de *Habeas Corpus* para a resguardar o direito a produção individual de óleos fitoterápicos e ações coletivas de autorização para o cultivo e produção de remédios por parte de associações, tendo como caso emblemático a ação da Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança – ABRACE, ONG paraibana que foi a primeira associação a vencer uma ação coletiva e ter sua plantação de maconha legalizada no Brasil. Estas decisões inéditas e pioneiras fazem com que a esperança dos pacientes se-

jam renovadas, mesmo em um contexto de descaso. As judicializações de *habeas corpus* e de autorizações para o cultivo associativo constituem um importante passo na luta pelo acesso à maconha medicinal.

Vemos a possibilidade de regulação do auto cultivo, do cultivo associativo, bem como, a inclusão de remédios à base de maconha na lista RENAME em paralelo com a produção nacional de remédios serão pontos importantes na luta pelo acesso. Estas questões envolvem providências no âmbito dos poderes legislativos e executivos. Estas providências poderiam superar a insegurança jurídica presente no processo de judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal nas suas várias formas, seja para o fornecimento gratuito de remédios, seja na autorização para a autoprodução fitoterápica, dando densidade ao direito à saúde. A vida dos pacientes não pode estar à mercê das flutuações de opiniões dos órgãos julgadores e demandam políticas públicas e alterações de bases legais e regulamentares de modo a democratizar o acesso a remédios à base de maconha.

Com isto encerramos a análise desta ação emblemática de modo a contextualizar a realidade da judicialização do direito à saúde de pacientes de maconha medicinal. As ações de fornecimento gratuito pelo SUS se constituem uma importante ferramenta de efetivação do direito ao acesso à maconha medicinal. Mas se limitam em eficácia graças à instabilidade ocasionada por decisões conflitantes, que se apoiam no argumento da falta de recursos. Este pode ser um motivo para a recente guinada na busca do auto cultivo, hipótese que extrapola o objetivo deste artigo, mas que merece exploração por parte de outras pesquisas jurídicas. Importante é que o fornecimento gratuito pelo

SUS ainda continua sendo uma ferramenta utilizada no processo de judicialização do direito à maconha medicinal e neste sentido uma análise crítica dos percalços que a opção por esta forma de demanda judicial é importante por mostrar a necessidade de uma maior conscientização por parte dos órgãos regulamentares na tentativa de baratear este fornecimento a partir da produção de remédios locais e do incentivo a produção por parte de associações que já possuem a expertise de produção fitoterápica.

O universo da judicialização do direito à maconha medicinal constitui-se como uma área que merece importante destaque por parte dos saberes médicos e jurídicos, pois lidam com a vida de pacientes em estado de vulnerabilidade. Em paralelo ao processo de judicialização a atuação política de grupos de pacientes, familiares e militantes produziram significativo impacto na luta pelo direito à saúde e pela superação das restrições legais ao uso da maconha medicinal. Na Paraíba a Liga Paraibana em Defesa da Cannabis Medicinal – Liga Canábica-PB, junto com a ABRACE constituem importantes associações na luta política pelo acesso à maconha medicinal. Estas associações assumiram o protagonismo da luta e enfrentaram o saber-poder médico-jurídico produzindo grandes modificações que tornaram a Paraíba um importante Estado na luta pelo direito à maconha medicinal. A partir de parcerias importantes como a da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – que patrocinou duas ACP como parte ativa e atuou em defesa da maconha medicinal como fiscal da lei, na ação proposta pela ABRACE, – e da Universidade Federal da Paraíba – que possui importantes projetos de extensão e pesquisa que visam produzir conhecimentos médicos sérios sobre a

maconha medicinal coordenados pela Dra. Katy Lísias G. D. de Albuquerque – esta pode obter importantes vitórias em uma narrativa que se constrói a cada dia, pelo protagonismo dos pacientes, familiares e associações com importantes apoios institucionais e de outros movimentos sociais na área de drogas e direitos humanos.

Referências

- ARAÚJO, Tarso (2014). ILEGAL. Documentário. 90 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=I-072T0enO4>. Acessado em: 04/06/2015.
- BARROSO, Luís Roberto (2007). Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Encontrado em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 14/05/2016.
- BRASIL (2016). Resolução da Diretoria Colegiada - RDC Nº 66 de 18 de março de 2016. Dispõe sobre a atualização do Anexo I (Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial) da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, e dá outras providências. Disponível em: < <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=28&data=21/03/2016br> >. Acesso em: 04 abr. 2015.
- BRASIL (2014). Ministério Público Federal. Procedimento Preparatório n 1.24.000.001421/2014-74. PFDC. Saúde. Canabidiol. Acesso à medicação. Reclassificação junto à ANVISA. Disponibilidade pelo SUS. Partes: representante: Sheila e outros; representados: ANVISA. Autuado 09/07/2014.
- BRASIL (2014). Justiça Federal. Ação Civil Pública nº 0802543-14.2014.4.05.8200, ajuizada em 31 de julho de 2014 (1ª Vara Federal). In: BRASIL. Ministério Público Federal. 192 Procedimento Preparatório n 1.24.000.001421/2014-74. PFDC. Saúde. Canabidiol. Acesso à medicação. Reclassificação junto à ANVISA. Disponibilidade pelo SUS. Partes: representante: Sheila e outros; representados: ANVISA. Autuado 09/07/2014.

- BRASIL (2015). Justiça Federal. Ação Civil Pública n 0802271-83.2015.4.05.8200, ajuizada em ajuizada em 15 de junho de 2015 (3ª Vara Federal). In: BRASIL. Ministério Público Federal. Inquérito Civil Público n 1.24.000.001421/2014-74. PFDC. Saúde. Canabidiol. Requer intervenção da PRDC, no sentido de garantir o acesso ao cannabidiol (CBD); intervir junto à ANVISA para que o tema seja tratado com urgência e relevância; assegurar o custeio do tratamento (SUS) e solicita ao CFM que emita um documento orientando os médicos sobre o uso do cannabidiol. Partes: representante: Sheila e outros; representados: ANVISA e outros. Convertido em 15/04/2015.
- BRASIL (2015). Ministério Público Federal. Inquérito Civil Público n 1.24.000.001421/2014-74. PFDC. Saúde. Canabidiol. Requer intervenção da PRDC, no sentido de garantir o acesso ao cannabidiol (CBD); intervir junto à ANVISA para que o tema seja tratado com urgência e relevância; assegurar o custeio do tratamento (SUS) e solicita ao CFM que emita um documento orientando os médicos sobre o uso do cannabidiol. Partes: representante: Sheila e outros; representados: ANVISA e outros. Convertido em 15/04/2015.
- BRASIL (2014). Universidade Federal da Paraíba - UFPB. UFPB dará início às pesquisas para controle de qualidade dos medicamentos à base de maconha. João Pessoa. Encontrado em: <http://www.ufpb.br/content/ufpb-dar%C3%A1-in%C3%ADcio-%C3%A0s-pesquisas-paracontrole-de-qualidade-dos-medicamentos-%C3%A0-base-de-maconha>.
- BRASIL (2014). Ministério Público Federal. Sai sentença de mérito em favor da importação do canabidiol por famílias paraibanas. Encontrado em: <http://www.prpb.mpf.mp.br/news/sai-sentenca-de-merito-em-favor-da-importacao-docanabidiol-por-familias-parai-banas>. Acessado em: 04/06/2014.
- BRASIL (2017). Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. Brasília.
- BOITEUX, Luciana (2014). Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECARIA, Sergio Salomão (Org.). Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBC-CRIM.
- BOITEUX, Luciana (2015). Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. In: Revista Sur: Revista internacional de Direitos Humanos, v.12, N. 21.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; et ali (org.) (2009). Série Pensando o Direito: Tráfico de Drogas e Constituição. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro/Universidade de Brasília: Rio de Janeiro/Brasília.
- CARVALHO, Salo de (2013). Anti-manual de criminologia. São Paulo: Saraiva.
- CARVALHO, Salo de (2013). A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 6 ed. São Paulo: Saraiva.
- CARLOS, Juliana de Oliveira (2015). Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil. Reino Unido: Consórcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC). Encontrado em: https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/IDPCbriefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015_PORTUGUESE.pdf . Acesso em: 16/10/2015
- DELMANTO, Júlio (2013). Camaradas caretas: drogas e esquerda no Brasil após 1961. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado em História Social.
- FOUCAULT, Michel (1999). Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975- 1976). São Paulo: Martins Fontes.
- FOUCAULT, Michel (2009). A Verdade e as Formas Jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau.
- FOUCAULT, Michel (2013). Vigiar e punir: nascimento da prisão. 36ª ed. Petrópolis: Vozes.
- FOUCAULT, Michel (2013). A ordem do discurso aula inaugural no College France pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola.
- FOUCAULT, Michel (2014). História da sexualidade 1: A vontade de saber. São Paulo: Paz e Terra.
- FOUCAULT, Michel (2002). Os Anormais: Curso no College de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes.
- JESUS, Maria Gorete Marques de (Org.) (2011). Prisão Provisória e Lei de Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência da USP.
- MATTOS, Paulo E. Orlandi (2015). Modelos internacionais de regulamentação do uso medicinal da cannabis. In: Drogas no Brasil: entre a saúde e a justiça : proximidades e opiniões / Vilma Bokany (organizadora). – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.
- OLIVEIRA, Lucas Lopes (2016). Discursos médicos e jurídicos sobre maconha no Brasil e na Paraíba: os contradiscursos no debate sobre as políticas de drogas à luz dos direitos humanos. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas – PPGDH/UFPB.

OLIVEIRA, Lucas Lopes; RIBEIRO, Luziana Ramalho (2017). Discursos Médicos e Jurídicos Sobre Maconha na Paraíba: a judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 2.

OLIVEIRA, Lucas Lopes; RIBEIRO, Luziana Ramalho (2016). Políticas públicas de drogas no Brasil e Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 4, n. 1, p. 139-159.

PAULINO, Fernando Oliveira; PINTO, Jeronimo Calorio (2013). Direito à comunicação, liberdade de expressão e marcha da maconha. *Eptic online: revista electrónica internacional de economia política da informação, da comunicação e da cultura*, v. 15, n. 3, p. 162-176.

RODRIGUES, Thiago (2008). Tráfico, guerra e proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby e outros (Org.). *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFABA.

RÚBIO, David Sánchez (2006). Reversibilidade do direito: os direitos humanos na tensão entre mercado, os seres humanos e a natureza. *Revista de estudos criminais(22) porto alegre: notadez/ PPGC- Crim PUCRS/ ITEC*.

RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; DE CARVALHO, Salo (2010). *Direitos humanos e globalização*. EDIPUCRS: Porto Alegre.

SALIH, Sara (2017). *Judith Butler e a teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, Editora.

SPARGO, Tamsin (2017). *Foucault e a teoria queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares*. Belo Horizonte: Autêntica (Argos, 2).

ZALUAR, Alba (2000). Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no Brasil. In: ZALUAR, A. *História da vida privada no Brasil, Vol. III. Contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras.

Data de submissão: 21/09/2018

Data de aceite: 09/04/2019

OS DESAFIOS DO PESQUISADOR NATIVO: reflexividade, triangulação e questões éticas em pesquisas qualitativas que envolvem o local de trabalho do pesquisador

 Marcio Camargo Cunha Filho¹

Palavras-Chave

pesquisa qualitativa, pesquisador-nativo, vieses de pesquisa, cuidados éticos em pesquisa

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Armadilhas da pesquisa nativa: reflexões iniciais. 3. Desafios metodológicos do pesquisador nativo e estratégias de superação. 3.1 Reflexividade e estratégias indutivas para minimização de vieses. 3.2 Triangulação entre diferentes fontes de evidência e níveis de análise. 3.3 Seleção de casos e coleta de dados: seus limites e o delineamento da pesquisa. **4. Os desafios éticos da pesquisa no local de trabalho.** 4.1 Consentimento esclarecido e anonimato. 4.2 Validação do respondente e pesquisa colaborativa. 4.3 Aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa. **5. Conclusões. Referências**

Resumo

Este artigo explora uma situação frequente, porém pouco debatida em pesquisas jurídicas: os desafios metodológicos e éticos da realização de pesquisas nativas, em que o pesquisador trabalha profissionalmente na instituição que estuda. O objetivo do artigo é explorar as estratégias metodológicas e éticas adotadas na tese de doutorado do autor para superar vieses de pesquisas nativas qualitativas, com a finalidade de contribuir para que futuras pesquisas feitas por *insiders* obtenham resultados mais confiáveis. O artigo demonstra quatro estratégias utilizadas na pesquisa de campo realizada pelo autor em seu ambiente de trabalho: a reflexividade, que envolve a compreensão e reflexão sobre o próprio posicionamento epistemológico e a sua influência na coleta de dados de pesquisa; a triangulação, que diz respeito à coleta de dados em fontes diversas de diferentes níveis de análise; a adoção de critérios para seleção de casos de estudo de forma transparente e que envolva o enfrentamento de casos dissonantes, isto é, casos que não se enquadram na hipótese de pesquisa preliminar do autor; e, por fim, a adoção de cuidados éticos, tais como o anonimato, a validação do respondente e a aprovação de projeto de pesquisa no Comitê de Ética em Pesquisa.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, Professor do curso de graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, Auditor Federal de Finanças e Controle e membro do Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais da Universidade de Brasília.

THE CHALLENGES OF THE INSIDER RESEARCHER: reflexivity, triangulation and ethical concerns in qualitative research in institutions in which they work

 Marcio Camargo Cunha Filho

Keywords

qualitative research/ insider research/
research bias/ ethical issues in research

Abstract

This article explores a frequent albeit rarely discussed issue in judicial research: the challenges of doing qualitative research in which the researcher is an insider, that is, when he investigates the institution in which he works. This article reflects on methodological and ethical strategies aimed at overcoming biases in native qualitative researches, in order to provide researchers with tools to produce more reliable research in the future. The study explores four research strategies adopted in the author's doctoral thesis: reflexivity, which means reflecting about how one's epistemological position affects the collection of data and its results; triangulation, which is related to collection of data in different sources and different levels of analysis; case selection through transparent criteria that include negative or dissonant cases that contradict the author's initial research hypothesis; and, finally, the adoption of ethical concerns, such as anonymity, respondent validation and the approval of the research project in the Ethics Committee.

1. Introdução

No campo jurídico, são frequentes as situações em que o local de trabalho de um profissional serve de inspiração para a realização de pesquisa acadêmica. Advogados insatisfeitos com a morosidade do Judiciário podem tentar investigar as causas desta lentidão e suas implicações para o devido processo legal; membros do Ministério Público podem realizar pesquisa cujo objetivo seja demonstrar a necessidade de expandir os seus poderes para fins de aumentar a eficácia da persecução criminal; juízes podem se inspirar em casos concretos por eles julgados para defender uma certa interpretação ou aplicação de um princípio jurídico. Em outros casos ainda mais frequentes, juristas militam politicamente com um tema que lhes é caro e que passa também a ser investigados academicamente. Nestes e em outros casos, muitos dos profissionais-pesquisadores e dos militantes-pesquisadores se deparam com a crítica de que sua pesquisa tem um teor instrumental, isto é, serve tão-somente para legitimar certas visões ou para fortalecer a carreira profissional do autor ou da autora, desvirtuando a prática acadêmica e retirando-lhe cientificidade. Este artigo tem por objetivo refletir sobre estratégias metodológicas e éticas a que o pesquisador deve atentar se decidir escrever sobre um tema ou uma instituição com a qual possui vinculação profissional prévia. As reflexões partem e se apoiam na minha experiência pessoal como pesquisador nativo: durante meu doutorado acadêmico, realizei pesquisa sobre o processo de tomada de decisões em recursos de acesso à informação (Cunha Filho, 2019), tarefa que desempenhei profissionalmente

como auditor da Ouvidoria-Geral da União da Controladoria-Geral da União.

Será que, no caso de acumulação de papéis, há uma instrumentalização indevida da pesquisa acadêmica, que pode acabar tendo como propósito principal ou único legitimar ou ratificar conclusões ou argumentos que servem de suporte para a prática profissional em questão? É possível cogitar que o pesquisador nativo seja necessariamente enviesado, ou seja, sua perspectiva e sua abordagem estão necessariamente condenadas a analisar a sua própria prática laboral de maneira positiva ou elogiosa, rompendo com o ceticismo e o espírito crítico que são tão essenciais à ciência? No presente artigo argumentarei que o ambiente profissional pode ser uma fonte legítima de inspiração e de obtenção de dados de pesquisa, podendo inclusive ser um fator facilitador para acesso a dados e para a contextualização da importância ou significado da pesquisa acadêmica; entretanto, exercer este duplo papel impõe desafios que o pesquisador nativo precisa enfrentar explicitamente. Em suma, o artigo tenta responder a seguinte pergunta: como se assegurar que uma pesquisa nativa chegue a conclusões cientificamente confiáveis, considerando a prévia inserção e atuação do pesquisador no campo profissional, bem como a existência prévia de posicionamentos e argumentos por parte deste profissional-pesquisador?

Minhas respostas se baseiam nas estratégias por mim adotadas em minha tese de doutorado para superar os desafios impostos pela duplicidade de papéis de pesquisador acadêmico na área de transparência pública e profissional atuante como auditor da Controladoria-Geral da União. Ainda que se baseiem em uma experiência particular, estas estratégias metodológicas e cuidados

éticos podem ser replicados por outros pesquisadores nativos ou militantes. As estratégias metodológicas que discutirei são a reflexividade, a triangulação entre diferentes fontes de informação e a adoção de critérios rigorosos para seleção de casos de análise. A análise de como apliquei essas estratégias metodológicas é realizada nos itens 3.1, 3.2 e 3.3, respectivamente. No item 4, me debruço com mais detalhes sobre os desafios éticos impostos ao pesquisador nativo – a problemática é tratada em item separado devido à relevância e urgência de se pensar em implicações éticas em pesquisas jurídicas, tema que raramente se faz presente neste campo. Na próxima seção, contextualizo o tema que pesquisei, o ambiente profissional em que estava inserido e os princípios e preocupações principais que me nortearam como pesquisador nativo.

2. Armadilhas da pesquisa nativa: reflexões iniciais

A minha ideia de escrever uma tese de doutorado sobre transparência pública surgiu em novembro de 2012, quando tomei posse como auditor federal da Controladoria-Geral da União (CGU) e fui lotado na Ouvidoria-Geral da União (OGU). Àquela época, a CGU acabara de ganhar, por meio da Lei n. 12.527/11 (a Lei de Acesso à Informação, ou simplesmente “LAI”), a prerrogativa de julgar recursos contra decisões dos órgãos do executivo federal que negavam acesso a informações públicas. Logo após a minha posse, comecei a atuar como assessor do então Ouvidor-Geral da União, que foi designado como a principal autoridade julgadora destes recursos. Como a LAI acabara de entrar em vigor, muitos de seus significados, conceitos e problemáticas se encontravam em

aberto. Isso me incentivou a participar das discussões que a equipe realizava sobre o tema e a estudá-lo em maior profundidade – ainda que não me dedicasse a ele com exclusividade, como outros colegas o fizeram. Naquele momento, eu acreditava que a novidade legislativa deveria ser utilizada para promover uma abertura radical dos documentos públicos. Afinal, tratava-se de um momento único e irrepetível, um ponto de inflexão na história da administração pública brasileira semelhante ao que os cientistas políticos denominam de “*big bang*” (Taylor, 2018), ou seja, um momento de profunda reconfiguração de práticas, rotinas e princípios. Naquele contexto, eu acreditava estar em uma posição privilegiada para realizar uma pesquisa acadêmica: afinal, estava atuando no órgão mais importante de implementação da LAI, e podia assim acompanhar de perto suas possibilidades e desafios, ao mesmo tempo me aproximava do curso de doutorado em direito da UnB, em um ambiente em que podia tentar compreender o significado do meu trabalho para o contexto democrático que o Brasil vivia à época.

Em 2015 ingressei no doutorado e comecei a efetivamente pesquisar o tema. Naquele momento, imaginava que uma tese de doutorado seria algo que apenas eu poderia conduzir em alto nível, devido à minha dupla condição de pesquisador-servidor público. No entanto, naquele momento não estava plenamente ciente dos desafios envolvidos na realização de pesquisa no próprio ambiente de trabalho. Em especial, superestimei a validade e confiabilidade dos juízos e opiniões que formara sobre o tema antes de começar a pesquisa-lo. Por estar trabalhando na CGU e próximo à área de acesso à informação, imaginava que tudo sabia sobre o tema e que todas as pergun-

tas e respostas relevantes já estavam na minha mente. Estava seguro de que conhecia a plenitude do processo decisório do meu órgão em matéria de acesso à informação e estava convicto de que conhecia os fatores que produziram variações de resultados de recursos de acesso à informação. Este é um erro comum de pesquisadores nativos, que costumam pensar que a inserção profissional em um determinado campo lhes dá, por si só, todos os elementos para realizar uma pesquisa acadêmica com rigor e qualidade. Aos poucos, fui percebendo que minhas visões iniciais estavam dominadas por uma *heurística do afeto*, uma forma de pensar que “simplifica nossas vidas criando um mundo que é muito mais ordenado do que a realidade” (Kahneman, 2012, p. 178).

Hoje acredito que, apesar da minha proximidade, no início do meu doutorado conhecia o tema que me propunha a pesquisar de maneira muito parcial e enviesada. Minhas certezas sobre a implementação da LAI eram opiniões formadas por juízos rápidos, irrefletidos e frequentemente superficiais. Estas certezas iniciais não são mudadas com facilidade, por causa do fenômeno da *assimilação enviesada* de informações, que faz com que “crenças estabelecidas podem ser notavelmente difíceis de mudar, mesmo quando as evidências da crença inicial são completamente desacreditadas” (Munro & Ditto, 1997, p. 636). Nossas pré-convicções tendem a filtrar e enviesar o modo com que interpretamos evidências científicas, criando um enviesamento que fortalece estas visões prévias (Munro & Ditto, 1997, p. 638). Assim, do ponto de vista metodológico, o pesquisador nativo precisa encarar a realidade de que o processamento de informações de valor científico se faz de forma enviesada (Munro & Ditto, 1997), o que traz

consequências consideráveis, especialmente para pesquisas qualitativas.

Em pesquisas convencionais, uma das principais tarefas do pesquisador é se aproximar de seu objeto de estudo para compreendê-lo melhor. Pesquisar uma instituição com a qual se possui um vínculo profissional prévio envolve um caminho reverso: se afastar de seu ambiente original para estranhar interpretações sobre o significado de atos, palavras e comportamentos que antes eram vistos como normais ou naturais (Alvesson, 2003). O pesquisador nesse caso é uma espécie de “fugitivo” que se afasta de seu ambiente natural para ganhar perspectiva e somente depois retornar e analisá-lo com outros olhos (Alvesson, 2003; Nielsen & Repstad, 1993). No meu caso, meu doutorado envolveu um grande esforço de relativizar e reavaliar minhas noções pré-concebidas sobre a construção da política de transparência no país. Um requisito imprescindível para qualquer pesquisa nativa é reduzir ou minimizar os próprios preconceitos e opiniões antecipadas acerca do objeto de pesquisa. É necessária, portanto, uma “estratégia crítica de desfamiliarização”, que envolve romper com o que é tido como senso comum, familiar e natural (Marcus & Fischer, 1986), ou converter o que é tido por evidente em exótico e questionar o seu significado (Alvesson, 2003). Não é uma tarefa fácil, porque afinal a nossa primeira impressão sobre algo geralmente molda nossas atitudes e posições posteriores – é o que os psicólogos chamam de *efeito halo* (Kahneman, 2012).

A tentativa de superar conclusões precipitadas precisa ser sempre acompanhada de uma tarefa adicional que me parece essencial a todo pesquisador nativo: a de manter uma postura crítica, questionar certezas e

“verdades absolutas”, falar sobre assuntos que causam desconforto; em suma, “representar todas as pessoas e todos os assuntos que são sistematicamente esquecidos ou varridos para debaixo do tapete” (Said, 2005, p. 28). Afinal, o que faz do intelectual alguém comprometido com a justiça e o equilíbrio social é a sua disposição de confrontar o poder (Said, 2005). Sobretudo quando estudamos a nós mesmos, nossas pesquisas não podem ser embelezadas ou acrílicas somente pelo fato de sermos um *insider* (Alvesson, 2003), especialmente em um momento histórico em que as pesquisas acadêmicas se encontram em risco de serem cooptadas por interesses econômicos ou políticos (Bourdieu, 2004). No caso da minha pesquisa, a minha única forma de contribuir para o avanço das políticas estatais de transparência seria manter uma postura crítica e questionadora das narrativas oficiais do Estado. A única forma com que o pesquisador nativo pode efetivamente contribuir com o avanço do debate é mantendo postura crítica e construindo fissuras, e não simplesmente ratificando consensos existentes ou confirmando visões consolidadas sobre seu objeto de pesquisa. Ao mesmo tempo, contudo, o *insider* não pode deixar de reconhecer a importância e o esforço de seu próprio trabalho e de seus pares, que muitas vezes acreditam genuinamente na relevância de seu trabalho e na correção absoluta de seus atos. Por meio da descrição e análise das estratégias por mim adotadas como pesquisador nativo, espero contribuir nas próximas páginas para que outros pesquisadores reflitam sobre os desafios metodológicos de refletir sobre o próprio ambiente de trabalho, superando as armadilhas inerentes a qualquer tipo de pesquisa nativa.

3. Desafios metodológicos do pesquisador nativo e estratégias de superação

A pesquisa no meu ambiente de trabalho teve como objetivo geral analisar os processos de tomada de decisões em recursos administrativos de acesso à informação, tarefa que eu desempenhara como auditor da CGU. Investigar este tema demandou uma abordagem qualitativa, mais especificamente um estudo de caso, que pode ser definido como “estudo intensivo de uma única unidade de análise com o propósito de entender uma classe mais ampla de unidades semelhantes” (Gerring, 2009, p. 342), ou como o estudo de uma “classe de eventos de um fenômeno de interesse científico (...) que o pesquisador opta por estudar com o objetivo de desenvolver uma teoria (ou um conhecimento genérico) acerca das causas de semelhanças ou diferenças dentre instâncias da classe de eventos” (George & Bennet, 2005, pp. 17-18). A realização de pesquisa qualitativa pode se tornar enviesada porque a seleção de casos não é feita aleatoriamente, mas sim com base em resultados conhecidos, e as possibilidades de generalização são limitadas, sendo principalmente analíticas, e não estatísticas (Yin, 2016). Para fazer frente aos desafios impostos pela pesquisa qualitativa no próprio trabalho, segui os seguintes passos: (i) adoção de uma postura reflexiva, que explorou de maneira aprofundada a minha relação com o objeto de pesquisa, e a consequente adoção de estratégias que reduziram o meu enviesamento como pesquisador e principal instrumento de pesquisa; (ii) triangulação de fontes diversificadas de evidência e de diferentes níveis de análise; (iii) descrição transparente e detalhada do procedimento de seleção de casos, bem como exposição da limitação do universo de dados disponí-

veis, além da apresentação do delineamento lógico da pesquisa. A adoção de cuidados éticos é tema destacado em seção apartada, não apenas por constituir tema de especial relevância para pesquisas nativas, mas também porque se trata de tema amplamente ignorado pelo campo jurídico.

3.1 Reflexividade e estratégias indutivas para minimização de vieses

Reflexividade é “o esforço por meio do qual as ciências sociais, tomando a si própria como objeto, usam suas próprias armas para fiscalizar a si mesma”, o que é uma “forma particularmente efetiva de aumentar as chances de chegar à verdade por meio do aumento de controles cruzados e da utilização de princípios de uma técnica crítica que torna possível acompanhar de perto os fatores que podem enviesar uma pesquisa” (Bourdieu, 2004, p. 89). Mais do que um “olhar retrospectivo complacente” (Bourdieu, 2004), reflexividade é a atividade de se submeter a uma autocrítica proposital e constante; é um ato de introspecção que permite ao pesquisador reavaliar e autocriticar as suas concepções e crenças prévias a respeito do objeto de pesquisa, levar em conta a sua relação com os entrevistados da pesquisa, rejeitar aparências em favor de formas mais aprofundadas de formação de certeza (Lynch, 2000). A reflexividade permite ao escritor objetificar seu ponto de vista, superar a ilusão de que ele é absoluto e compreender que a verdade sempre será objeto de infundáveis disputas (Bourdieu, 2004). Permite, em suma, que o pesquisador tenha uma *atitude científica*, definida como aquela em que conclusões são tomadas com base em evidências e em teorias que as explicam, e não com base em ideo-

logias, impressões e intuições prévias (McIntyre, 2019).

Sendo pesquisador nativo o principal instrumento de pesquisa, seus sistemas de valores e processos próprios de pensamento o conduzem a analisar certos dados e a deixar de analisar outros, ao mesmo tempo que o dirigem a certas possibilidades interpretativas e excluem outras. A parcialidade, a seletividade da análise e a falta de neutralidade são, na verdade, inerentes a qualquer pesquisa em ciência social (Becker, 1967), mas no caso do pesquisador nativo os riscos de enviesamento são aumentados devido à sua condição prévia de membro da instituição estudada nesta pesquisa. As dificuldades de pesquisar o próprio ambiente de trabalho são tão significativas que alguns autores a desaconselham expressamente, afirmando que este duplo papel pode afetar negativamente tanto a pesquisa quanto a trajetória profissional do pesquisador. O argumento destes autores é que o *insider* não pode realizar uma pesquisa com o necessário rigor por estar envolvido demais com as práticas organizacionais, não possuindo o distanciamento e condições mínimas de objetividade para realizar uma pesquisa válida (Anderson & Herr, 1999). Alvesson (2003) demonstra preocupação com as expectativas de lealdade que uma instituição pode depositar no *insider*, induzindo-o, direta ou indiretamente, a adotar postura ideologicamente subordinada aos objetivos institucionais. Morse (1998) afirma que os papéis de pesquisador e membro de uma organização são “incompatíveis” e que sua união é “insustentável”.

Brannick e Coghlan (2005; 2007) contestam esse argumento. Para eles, o pesquisador nativo enfrenta problemas particulares, porém pode realizar pesquisa válida e com rigor se mantiver elevado o seu nível de refle-

xividade, ou seja, se explorar a complexidade de sua relação com o objeto de pesquisa, compreender e elucidar suas limitações e adotar estratégias para superá-las, de forma a assegurar que a pesquisa represente uma visão aprofundada do fenômeno estudado, e não uma imposição da visão de mundo que o autor já tinha previamente. Caso essas estratégias sejam bem-sucedidas, é possível afirmar que o pesquisador nativo está em posição de vantagem em relação a pesquisadores externos, porque possui de início a expertise necessária para a compreensão do problema de pesquisa. Por exemplo, o pesquisador nativo tem familiaridade com os jargões, tabus, objetivos da organização, seus dados primários e personagens relevantes. Afinal, “o que é mais importante para o desenvolvimento de teoria e conhecimento científico não é a fonte de teorias ou ideias, mas sim o processo por meio do qual estas ideias são testadas” (Brannick & Coghlan, 2007, p. 64). Kenneally (2013) concorda que, apesar dos vários desafios envolvidos em pesquisar a instituição de que faz parte, o *insider* encontra-se em uma posição privilegiada para realizar um estudo aprofundado e único sobre sua instituição.

Já os riscos relacionados à posição do nativo se dividem, segundo Brannick e Coghlan (2005; 2007) em três grandes grupos: em primeiro lugar, ainda que seja fácil ao nativo obter dados primários da organização pesquisada, obter dados secundários pode ser mais difícil porque o pesquisador nativo pode ser considerado por seus pares como alguém que está infringindo o *ethos* da instituição por realizar uma pesquisa que não necessariamente se alinha à sua doutrina oficial. Nos casos mais graves ele pode até ser visto como uma espécie de espião ou de traidor. Isso pode fazer com que os mem-

bro da organização se mostrem reticentes ou seletivos ao compartilhar informações. Nesses casos, a pesquisa, cujo objetivo central é o rigor teórico e o rigor da análise de dados, pode se chocar com valores vistos pelos membros da instituição como mais relevantes, como a proteção do legado institucional. Em segundo lugar, o pesquisador nativo inevitavelmente possui pré-compreensões sobre o fenômeno estudado, o que pode fazer com que ele se feche em seus conhecimentos prévios e não ouça ou interaja adequadamente com os dados e informações que emergem ao longo da pesquisa (esse ponto é também enfatizado por Alvesson, 2003). Em terceiro lugar, o pesquisador nativo pode enfrentar uma espécie de “crise existencial”, pois pode haver conflitos de interesses entre suas múltiplas personalidades, especialmente o seu “eu” pesquisador e o seu “eu” servidor público, tornando difícil sustentar relações de lealdade e expectativas de comportamento. Por exemplo, se, durante a realização de entrevistas, um colega relatar ao pesquisador-colega a ocorrência de prática de um ato ilícito, a sua condição de servidor público em tese o obrigaria a relatar a referida ilegalidade a seus superiores, porém a sua posição de pesquisador o proíbe de fazê-lo, pelo dever de assegurar proteção às fontes.

É preciso adotar medidas destinadas a minimizar estes riscos durante toda a elaboração da pesquisa nativa. A mais importante destas medidas é permitir que eventos descobertos durante a pesquisa guiem a formação de conceitos e hipóteses, e não o inverso (Yin, 2016). A abordagem de pesquisa deve ser, portanto, interativa: as questões de pesquisa, hipóteses, argumentos e preocupações com a validade devem interagir constantemente, ao longo de todo o

processo (Maxwell, 2013). Adotar uma postura interativa significa que o pesquisador deve tentar suspender ao máximo todas as pré-concepções durante a coleta de dados, em especial na realização de entrevistas, já impressões iniciais sobre fenômenos tendem a moldar o significado dos fatos que analisamos posteriormente (Kahneman, 2012). Assim, na realização de entrevistas, por exemplo, o pesquisador nativo deve fazer perguntas abertas em vez de perguntas diretivas, dando ao entrevistado liberdade para responder o que queira e como queira. Deve também incorporar os achados das entrevistas iniciais nas próximas, isto é, deve ativamente modificar suas perguntas, seus pontos de preocupação e a forma de conduzir o diálogo com os colegas pesquisados.

Essa postura nas entrevistas é importante porque a pesquisa no próprio ambiente de trabalho não apenas traz riscos relacionados ao enviesamento prévio do próprio pesquisador, mas pode influenciar também a participação das pessoas na pesquisa, ou seja, pode causar reatividade (Maxwell, 2013). Dito de outra forma, as relações profissionais prévias do pesquisador com os participantes de pesquisa afetam não somente as suas próprias lentes de análise, mas podem influenciar também a reação dos participantes à sua presença (Brennick & Coghlen, 2007; Kara & Phillips, 2008). Por exemplo, na minha tese de doutorado, alguns dos participantes já conheciam minhas posições prévias sobre o objeto de pesquisa. Alguns deles podem ter se sentido obrigados a apenas mostrar argumentos contrários aos meus, se de mim discordavam, enquanto outros podem apenas ter desejado me agradecer e dizer coisas com as quais eles sabem ou imaginam que eu concordaria. Além disso, a adoção de postura reflexiva significa

travar uma relação com os participantes de pesquisa que não se resume a uma simples coleta de dados, mas que se aproxime mais a um diálogo franco e honesto, conforme analiso mais na seção de cuidados éticos.

A implicação mais relevante da reflexividade é a rejeição de uma visão linear do problema estudado. O pesquisador nativo, portanto, tem o dever de apresentar todas as nuances e até mesmo contradições entre as abordagens possíveis do seu objeto de pesquisa-trabalho. Novamente recorro ao exemplo da minha pesquisa para aprofundar essa questão. Na minha tese, a preocupação central girava em torno da importância e dos impactos da política de transparência no governo federal. Embora partisse da hipótese inicial de que a transparência não necessariamente gerava consequências positivas para a governança, me preocupei durante toda a tese em apresentar e contrapor argumentos contrários à minha hipótese inicial. Mesmo na revisão de literatura, busquei contrapor e testar os argumentos que afirmavam que a transparência é elemento-chave para regimes democráticos com aqueles mais céticos, que afirmavam que a transparência gera poucos impactos na ação estatal (para um maior aprofundamento neste assunto, veja-se Cunha Filho, 2018). Para tentar compreender a origem e a fundamentação destas abordagens contrapostas, me utilizei de dois modelos ou lentes de análise contrapostas. Percebi que os entusiastas da transparência adotavam um modelo objetivo, focado sobretudo nas normas formais de tomada de decisão, enquanto os mais céticos adotavam um modelo subjetivista, em que o foco recaiu sobre a atuação dos atores do sistema e como eles criam regras informais de decisão. O primeiro modelo pensava o sistema decisório de

recursos de informação como algo dado e externo à ação humana e que a influência ou até a determina, enquanto que o segundo refletiu sobre a existência de uma margem de autonomia dos agentes públicos e sua possibilidade de influenciar resultados no contexto de uma instituição, apresentando o direito não como algo estático ou dado no tempo, mas como uma permanente construção de significados que pode fugir da estrutura formal. Em uma pesquisa jurídica tradicional, seria costumeiro ignorar abordagens contrapostas e selecionar para análise apenas o arcabouço teórico que conduz aos resultados a que sempre se quis chegar. Na minha pesquisa, contudo, tentei aplicar ambos os modelos ao caso brasileiro. O resultado foi uma análise final do sistema de transparência que partia de pressupostos diferentes e chegava a conclusões opostas sobre a efetividade as implicações da política de transparência do governo federal. Resumindo a discussão e enfatizando o ponto principal, acredito que a ausência de certezas absolutas sobre o objeto de estudo não pode, nas pesquisas nativas, ser vista como uma fraqueza acadêmica; pelo contrário, uma verdadeira atitude científica significa compreender que qualquer modelo analítico captura apenas parte de um fenômeno, e que qualquer conclusão é provisória e pode ser superado por pesquisas superiores (McIntyre, 2019). O que cabe à pesquisa acadêmica, portanto, é tentar se aproximar ao máximo possível da verdade, sempre dando margem à falsificabilidade das constatações.

A pesquisa reflexiva precisa, acima de tudo, compreender que não há uma dicotomia ou uma oposição linear entre abordagens contrapostas, mas sim um constante atrito ou *tensão* entre elas, ou uma relação complexa

de mútua implicação e interação entre elas. Incorporar à pesquisa modelos de análise contrapostos é relevante porque uma pesquisa nativa e qualitativa deve compreender o fenômeno estudado de maneira complexa, mesmo que às custas da coerência ou da linearidade da explicação proposta. Por outras palavras, os modelos contrapostos funcionam como distintas lentes de análise: cada uma amplia ou enfatiza certos aspectos, negligenciando ou borrando outros, e a combinação de ambas pode trazer *insights* mais aprofundados e completos (Alisson & Zelikow, 1999). Eles são diferentes formas de agrupar e recortar dados que partem de diferentes pontos de partida acerca do que importa para a análise do fenômeno estudado e criam diferentes formas de produzir respostas. Mais do que isso, modelos teóricos distintos produzem também diferentes perguntas, podendo portanto ser complementares: no caso da minha tese de doutorado, a análise das regras formais do sistema de transparência foi complementada por uma análise do contexto organizacional e político em que estas regras são aplicadas e em como o Direito se modifica por meio da agência que os servidores públicos possuem para criar rotinas que constituem um sistema informal de tomada de decisões, que atua às margens do sistema formal.

3.2 Triangulação entre diferentes fontes de evidência e níveis de análise

Tradicionalmente, pesquisas jurídicas tendem a se focar na análise de leis ou decisões judiciais sem atentar para o fato de que o processo de construção destas leis e decisões importa para compreender como elas serão mobilizadas no futuro. O contexto e os percursos que levam a aprovações de leis

ou a tomada de decisões condicionam e direcionam futuras decisões sobre um determinado assunto. Mais do que isso, quando analisamos uma lei ou uma decisão como produtos únicos e acabados do Direito, perdemos oportunidades de fazer explicações ou previsões sobre seu uso futuro. Afinal, antes de ser algo dado ou que está posto, o Direito é uma contínua construção de significados históricos que nunca se acaba plenamente, encontrando-se em constante transformação e ruptura, pois “o compromisso envolvendo a escrita de regras (...) irá frequentemente gerar estruturas que se descolam da lógica inicial imaginada pelos escritores dessas regras, abrindo assim oportunidades para que futuros operacionalizadores da lei mudem seus significados originais” (Jacobs, 2010).

O pesquisador nativo, por possuir uma inserção nas rotinas e procedimentos de seu objeto de pesquisa, tem a oportunidade de avançar para além das pesquisas jurídicas formais ou normativas. Ele pode ou até mesmo tem a responsabilidade de analisar o processo de produção e uso de ferramentas jurídicas de forma minuciada, de uma maneira que dificilmente é captada por observadores externos. Esse olhar minuciado só pode ser obtido por meio da triangulação de fontes diversas e independentes de pesquisa. Na minha pesquisa de doutorado, as principais fontes de evidências analisadas na pesquisa foram (i) o conjunto de leis e atos infra legais que estruturam o subsistema de acesso à informação no Brasil; (ii) as decisões de casos concretos que decidiram controvérsias relacionadas à LAI; (iii) entrevistas semiestruturadas com agentes públicos que participaram do processo decisório destes recursos; (iv) e documentos oficiais dos órgãos estudados obtidos por meio da

Lei de Acesso à Informação. Subsidiariamente, também foram analisadas reportagens jornalísticas para avaliar quais decisões tiveram repercussão para fora do ambiente administrativo. A triangulação permitiu a coleta de dados por meio de fontes independentes, ou seja, que não se comunicavam entre si (Kahneman, 2012), ainda que no caso da pesquisa a que me refiro elas não tenham sido absolutamente independentes. Estas quatro fontes independentes de pesquisa podem servir de modelo para outras pesquisas que envolvam o próprio ambiente de trabalho. A importância de expandir as fontes de pesquisa nos trabalhos nativos aumenta devido ao fato de que pesquisas nativas precisam contrapor os riscos de enviesamento analisando o maior número de fontes possíveis. A incorporação de múltiplas fontes pode contrapor a subjetividade do pesquisador nativo com a objetividade das evidências independentes.

A análise das normas que estruturam o sistema formal de tomada de decisões precisa superar a mera descrição de preceitos legais ou infra legais, atividade que já é realizada em exaustão por manuais jurídicos, não sendo necessário reproduzi-la em pesquisas científicas. O pesquisador nativo está em um contexto privilegiado para realizar uma reflexão aprofundada sobre o significado das normas no contexto de operacionalização do subsistema jurídico em que está inserido. Análises jurídicas costumam dar muita atenção para Leis ou dispositivos constitucionais, sem atentar para o fato de que decisões administrativas muitas vezes se embasam mais em atos normativos infra legais do que em atos normativos superiores. A multiplicidade de fontes normativas é uma realidade que não pode ser ignorada, embora frequentemente o seja pela litera-

tura especializada. Por mais que em princípio todos os atos normativos sejam públicos, a grande quantidade de normas no ordenamento faz com que muitas vezes pesquisadores externos tenham dificuldades de acesso a portarias, instruções normativas e outros documentos internos de um órgão que podem ser fundamentais para compreender um fenômeno jurídico; o pesquisador nativo não apenas tem acesso facilitado a esses normativos, mas está em posição especial para compreender seu significado e a sua operacionalização.

Com relação à seleção dos casos para análise de tese, eu propunha, na minha tese de doutorado, uma análise qualitativa de um número pequeno de casos concretos. Um dos dilemas que enfrentei foi se poderia analisar academicamente decisões elaboradas por mim – se eu o fizesse, a possibilidade de enviesamento ou de análise embelezada do caso aumentaria. Para evitar os problemas de seleção de caso, realizei previamente uma análise longitudinal de decisões dos principais órgãos que decidem recursos de informação. Durante esta parte da pesquisa, eu busquei identificar as decisões que tratavam de certos assuntos que me pareceram relevantes a partir da revisão bibliográfica prévia e da análise legislativa. A partir daí, identifiquei os *leading cases* ou decisões inovadoras (que produziam um entendimento novo) de decisões repetitivas (que apenas reiteravam um posicionamento anterior). O importante nesse ponto é que o pesquisador nativo, ou o pesquisador qualitativo em geral, precisa adotar critérios transparentes de seleção de casos, de modo a evitar ao máximo escolher apenas casos que comprovem suas percepções prévias. Aprofundarei esse ponto na próxima seção.

Já as entrevistas realizadas permitiram cap-

tar as percepções e opiniões dos agentes públicos que participam de forma direta desses momentos históricos. As entrevistas podem revelar fatos e interpretações sobre um processo decisório estatal que jamais são captados por meio da análise exclusiva de decisões ou de atos normativos. Na minha tese de doutorado, planejei algumas perguntas de entrevistas, mas todas em formato aberto, apenas com o objetivo de “não usar as pessoas sem um propósito definido” (Booth, Colomb & Williams, 2008, p. 93) e de forma a “separamos o que sabemos do que queremos saber [para] mais eficazmente encontrarmos aquilo que precisamos saber” (idem Booth, Colomb & Williams, 2008, p. 93). Dessa forma, o protocolo inicial de entrevista foi constantemente ajustado e modificado, produzindo ao final um roteiro significativamente diferente ao final da pesquisa. As entrevistas precisam conter perguntas abertas para suspender, ao máximo possível, todas as opiniões e concepções prévias do pesquisador a respeito do objeto de pesquisa. O pesquisador deve, portanto, não ser diretivo ou limitar a autonomia dos participantes, implícita ou explicitamente, pois isso poderia impactar suas reações.

Documentos públicos oficiais constituíram o quarto grupo de fontes de análise. Estes documentos foram utilizados especialmente para analisar o processo legislativo da LAI e foram obtidos por meio de pedidos de acesso à informação. Alguns exemplos destes documentos públicos oficiais utilizados foram ofícios e pareceres jurídicos emitidos por órgãos envolvidos na elaboração da LAI; diferentes anteprojetos elaborados pela CGU; pareceres das consultorias jurídicas sobre pedidos de vetos à lei aprovada; atas das reuniões do Conselho para a Transparência. Como membro da organização que pesqui-

sava, eu tinha acesso a documentos preparatórios, documentos não aprovados e portanto não publicados, dentre outros. Apesar de a condição de *insider* dar ao pesquisador acesso a essas informações, e apesar de a pesquisa qualitativa demandar a utilização do maior número de fontes possíveis, o pesquisador nativo deve limitar sua análise a documentos obtidos por vias oficiais, como pedidos de acesso à informação, ou documentos que se encontram publicamente disponíveis na internet. Esta é uma postura necessária, pois tanto a condição de pesquisador quanto a condição de membro da organização impõem o dever de resguardar documentos que não são públicos. Mesmo que isso acarrete eventual perda de profundidade para análise qualitativa de um processo decisório, a observância aos preceitos éticos de pesquisa requer do pesquisador uma preocupação com a autonomia dos participantes e com sua liberdade de não compartilhar documentos ou informações que não desejarem.

De qualquer forma, a utilização de diversas fontes de pesquisa aumenta a riqueza dos dados disponíveis e conseqüentemente a confiabilidade e a validade da análise. Afinal, isoladamente os quatro tipos de fontes desta pesquisa são limitados e não representam a realidade com precisão. A estrutura normativa do sistema, por exemplo, é mais um conjunto de enunciações normativas vagas do que um consenso rigoroso do conjunto de desejos de atores políticos. As entrevistas revelaram opiniões e percepções dotadas de um alto (e inevitável) grau de subjetividade, e fatores circunstanciais e imprevisíveis podem afetar as respostas dos participantes, que sempre devem ser lidas pelo pesquisador com ceticismo (Alvesson, 2003). As decisões sobre casos concretos

também representam uma visão parcial da realidade, pois o registro de fatos e argumentos é uma decisão epistemológica sobre o que registrar e o que não registrar que muitas vezes exclui aspectos relevantes da controvérsia existente no caso (Farge, 2009). Porém, analisadas conjuntamente, com a devida triangulação, a interação destas diversas fontes permite um grau relevante de confiabilidade. Ademais, a triangulação, no caso da minha pesquisa, viabilizou um estudo com ao menos dois grandes *níveis de análise*: o nível mais amplo, referente à atuação das instituições de aplicação da LAI, e o nível mais restrito, focado nos indivíduos que operam o sistema de acesso à informação.

3.3 Seleção de casos e coleta de dados: seus limites e o delineamento da pesquisa

A seleção de casos é um dos maiores problemas da pesquisa qualitativa em geral e dos estudos de caso em particular. A seleção por meio da variável dependente (no meu caso, o resultado de recursos de acesso à informação) pode acarretar no enviesamento das conclusões quando os casos selecionados representam uma amostra truncada da variável independente (George & Bennet, 2005) ou quando segue um procedimento conhecido como *cherry-picking* (Gerring, 2007), em que o pesquisador se engaja em uma “busca deliberada por evidência confirmatória”, podendo incorrer em um viés de confirmação (Kahneman, 2012, p. 106). O enviesamento surge quando se selecionam casos que contêm apenas as variáveis independente e dependente que a teoria sugere estarem associados, desconsiderando assim casos que poderiam contradizer a teoria (George & Bennet, 2005). Este primeiro perigo pode ser enfrentado com a seleção de

casos polares, ou seja, casos que possuem a máxima variação possível na variável dependente (Gerring, 2007). No caso da minha pesquisa sobre transparência, analisei tanto casos em que o resultado do recurso de acesso à informação foi positivo (e consequentemente o órgão recursal disponibilizou a informação requerida) e casos em que o resultado foi negativo (e a informação requerida permaneceu sob restrição).

Mais do que casos polares (que não necessariamente contradizem a teoria proposta), é importante que o pesquisador analise em profundidade casos dissonantes. Afinal, na pesquisa qualitativa, casos que não se enquadram na teoria proposta não podem ser ignorados ou considerados meros “erros.” Por isso, boa parte da pesquisa qualitativa, e em especial a pesquisa nativa, deve se dedicar a compreender os fatores que conduzem a um padrão sequencial distinto do esperado (Mahoney & Goertz, 2006; Ragin, 2004). Os casos dissonantes ou negativos são aqueles em que o resultado a ser explicado poderia ter acontecido, mas não aconteceu, ou seja, casos em que estão presentes uma ou mais variáveis independentes associadas ao resultado, porém ele não se verificou. Casos dissonantes são frequentemente denominados de “anomalias” frente ao modelo teórico proposto. Contudo, eles somente são assim denominados porque não são suficientemente explicados, pois eles deixam de ser considerados *outliers* quando surge uma teoria que os explique adequadamente. De qualquer forma, a ênfase nestes casos é explicada pelo fato de que o estudo das anomalias é uma das melhores formas de promover o progresso científico (Gerring, 2007), pois casos que contradizem nossas ideias iniciais aumentam nossa exposição a novas ideias e contextos, abrindo novas possibilidades de teorização (Hibbert *et al*, 2014).

Na minha pesquisa, inicialmente escolhi os julgados analisados e as pessoas a serem entrevistadas por amostragem intencional. A partir da análise da estrutura normativa do sistema, selecionei alguns temas que me pareceram mais relevantes, o que me levou aos casos inovadores, que por sua vez me conduziram a uma primeira amostra de atores relevantes que mereciam ser entrevistados. Estes entrevistados me conduziram a outros, e a outros. Ou seja, apesar de o pesquisador nativo poder se valer, em um primeiro momento, de uma amostragem intencional, no desenvolvimento da pesquisa ele pode também adotar a amostragem do tipo bola de neve (*snowball sampling*), em que dados são coletados como uma forma de desdobramento dos casos previamente selecionados. Não houve tentativa de criar amostras aleatórias de entrevistados, e tampouco houve predeterminação de um número de entrevistas a serem realizadas. Acredito que o pesquisador qualitativo deve realizar entrevistas até que se sinta relativamente seguro de ter chegado ao ponto de saturação (Small, 2009), ou seja, ao ponto em que novas entrevistas não acrescentariam dados novos sobre o fenômeno de estudo. No caso da minha pesquisa, convidei 35 pessoas para a realização de entrevistas, das quais 25 aceitaram. Reforço, contudo, o entendimento de que não há um número mínimo certo ou sugerido de entrevistas. Nos casos em que obtive autorização, gravei e transcrevi as entrevistas. As transcrições foram feitas pessoalmente por mim e por uma colega, que assinou termo de compromisso de manutenção de sigilo. A técnica de transcrição pessoal de entrevistas, ainda que muito trabalhosa, pode propiciar frutos importantes ao pesquisador: ao realizar pessoalmente a transcrição, o pesquisador realiza ao mesmo tempo uma análise minu-

ciosa da entrevista, não se atendo a pontos previamente selecionados como importantes, o que lhe permite perceber falhas ou pontos que podem ser aprofundados em entrevistas posteriores.

4. Os desafios éticos da pesquisa no local de trabalho

4.1 Consentimento esclarecido e anonimato

A minha dupla condição de pesquisador e de servidor público efetivo, com quatro anos de exercício anteriores à realização da pesquisa no órgão que foi o principal objeto da minha pesquisa, impôs problemas éticos difíceis de serem solucionados. Para evitar o “duplo prejuízo” (Yin, 2016) que a pesquisa nativa pode acarretar, mantive um código ético rigoroso durante a realização da pesquisa. Em primeiro lugar, minha condição de servidor público impôs a necessidade de observar uma série de regras, em especial as que constam no art. 116 da Lei n. 8.112/90 (Brasil, 1990), como “guardar sigilo sobre assunto da repartição” e “manter conduta compatível com a moralidade administrativa”. Dessa forma, apesar de ter tido acesso, como servidor público, até mesmo a documentos em estágio de preparação, a informações não publicadas e a conversas informais, não pude, por dever legal, revelá-las sem consentimento dos envolvidos ou sem autorização expressa dos meus superiores hierárquicos. Assim, ainda que uma pesquisa de enfoque qualitativo tudo que o pesquisador vê, ouve ou lhe é comunicado deva ser considerado como dado de pesquisa (Maxwell, 2013), os dados obtidos na pesquisa nativa devem provir apenas das quatro fontes a que me referi anteriormente.

Com relação às entrevistas, o pesquisador

nativo precisa explicar aos participantes que a sua participação é totalmente voluntária, sendo que eles podem se recusar a responder algumas ou todas as perguntas. É importante também esclarecer ao entrevistado se sua participação será considerada institucional ou individual: no primeiro caso, é preciso obter um aceite institucional, enquanto que no segundo o aceite institucional é desnecessário ou até mesmo indesejável, já que a ele, além de em nada contribuir para o objetivo de pesquisa, pode expor desnecessariamente os participantes, podendo assim criar vieses, pois quanto mais expostos se sentirem os participantes, maiores as chances de que eles se sentissem constrangidos a não demonstrar divergências ou opiniões contrastantes com as posições oficiais. Além de expor os participantes indevidamente, obter um aceite institucional em casos de participação individual pode fazer com que os participantes desconfiem que o pesquisador representa os interesses dos superiores, o que pode enviesar suas respostas e sua participação (Williams, 2006). Essas “associações implícitas” devem ser evitadas porque “os funcionários podem responder de maneira diferente caso acreditem que um estudo foi sancionado por seu empregador” (Yin, 2016, pp. 103-104).

O pesquisador precisa informar os participantes acerca dos riscos envolvidos na realização da pesquisa, para que eles tenham condições de analisar a conveniência de sua participação. No caso da minha pesquisa de doutorado, informei os participantes que a pesquisa envolvia um risco relevante. As informações reveladas poderiam expô-los aos seus colegas de profissão e à sua instituição, no caso de serem reveladas opiniões porventura polêmicas a respeito deles ou

do funcionamento da instituição pesquisada, o que poderia ter consequências sobre suas trajetórias profissionais, direta ou indiretamente. No caso da minha pesquisa, esse problema foi minimizado porque os participantes da pesquisa possuíam condições de estarem plenamente cientes destes riscos, devido ao seu alto nível educacional: os entrevistados eram auditores, ouvidores, acadêmicos, ocupantes de cargos comissionados de alto nível na administração pública. No entanto, estes riscos são relevantes se participarem da pesquisa pessoas em condição de vulnerabilidade, definidas como as que “tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida” (Brasil, 2012, II. 25), como crianças, adolescentes, presos, hipossuficientes. O pesquisador sempre deve fornecer aos participantes um Termo de Consentimento Livre Esclarecido em linguagem adequada ao contexto e que efetivamente informe os participantes acerca das características principais da pesquisa. Além disso, é dever do pesquisador adotar medidas para minimizar os riscos da pesquisa. Tendo em vista ser o anonimato a forma mais comum de proteção aos participantes, sugeri na minha pesquisa que os entrevistados optassem por não terem seus nomes publicados. Sugeri também que nos encontrássemos fora de seu ambiente de trabalho, de modo a preservar a discricção e permitir que nossa conversa se desse da forma mais livre possível. Na transcrição das entrevistas anônimas, padronizei declinações de gênero (no masculino) e de tempo (no passado), para evitar identificações indiretas.

No entanto, no caso da pesquisa nativa, ser colega dos participantes muitas vezes torna o anonimato uma forma insuficiente de proteção. Afinal, é possível que alguns

dos participantes se sintam expostos pelo simples fato de revelar informações ao seu colega de trabalho, mesmo que ninguém mais além do pesquisador/colega saiba da proveniência daquela informação. Assim, considerando que a natureza das relações entre pesquisador e participante afeta a qualidade da produção de dados (Hall & Callery, 2001; Popay *et al*, 1998), o pesquisador nativo precisa adotar procedimentos adicionais de proteção aos participantes. No caso da minha pesquisa, adotei a “técnica da urna” (Diniz & Medeiros, 2010) para indagar os participantes sobre questões que considere sensíveis. Pedi-os que respondessem a algumas perguntas por escrito, sem identificação. Os entrevistados que aceitaram participar desta parte da entrevista depositaram o questionário preenchido em uma urna que foi mantida trancada durante o período de coleta de entrevistas, sendo que a chave ficou sob posse do primeiro participante. Dessa forma, nessas perguntas, nem mesmo eu, como entrevistador e autor da pesquisa, saberia o autor de cada resposta individual. Após a realização de entrevistas, me encontrei novamente com o primeiro participante, que me devolveu a chave, sem ter acesso à urna nessa ocasião. As respostas contidas na urna possuíam validade limitada: ao mesmo tempo em que não tinham a profundidade de uma entrevista pessoal, tampouco possuem força estatística, pois a amostra de entrevistados foi pequena e não aleatória. Apesar disso, as respostas serviram como indícios de questões que porventura não foram abordadas nas entrevistas mas que mereciam aprofundamento analítico posterior.

A ênfase no anonimato – e no anonimato efetivo, e não meramente formal – é importante não apenas por se tratar de cuidado

ético amplamente reconhecido como a principal forma de proteger participantes em pesquisas acadêmicas, mas também porque ele exerce outras funções, relacionadas à ontologia da pesquisa, ao seu caráter analítico e, também, à independência do pesquisador (Vainio, 2012). Ontologicamente, o anonimato empodera os participantes de pesquisa, que sob segredo adquirem maior liberdade para se expressar e emitir opiniões eventualmente desfavoráveis à instituição de que fazem parte. Analiticamente, o anonimato permite que o pesquisador e os leitores se foquem no que foi dito e não em que o falou, eliminando informações irrelevantes para os objetivos de pesquisa. Assim, o anonimato viabiliza o deslocamento do foco do individual para o abstrato, permitindo a teorização e generalização dos achados de pesquisa. Por fim, o anonimato permite uma maior independência por parte do pesquisador, que pode se sentir mais livre para expor tanto posições favoráveis quanto desfavoráveis aos participantes, já que a crítica deixará de ser individual. Em suma, a “forma com que o anonimato é tratado e aplicado tem importantes consequências e modifica a função do pesquisador e dos participantes da pesquisa, a lógica da análise e a percepção de imparcialidade dos resultados” (Vainio, 2012, p. 695).

Apesar do amplo suporte existente na literatura acerca da importância do anonimato como ferramenta ética e metodológica, há autores que argumentam que o anonimato, ao proteger o segredo, compromete a produção de conhecimento, impede mudanças nas relações políticas e torna invisíveis arranjos de opressão, minimizando o engajamento do pesquisador e dos respondentes em processos de transformação social (Baez, 2002). Segundo este argumento,

pesquisadores adotam o anonimato irrefletidamente, sem perceber que seu uso está atrelado a um contexto político que sobrevaloriza a privacidade individual em detrimento de outras funções sociais que podem ser mais relevantes para uma pesquisa, como o combate a estruturas hegemônicas de poder. Nespor (2000) também questiona a efetividade do anonimato como forma de proteção, argumentando que é impossível esconder plenamente a identidade dos participantes, a não ser que se retirem da pesquisa as suas informações mais fundamentais, aquelas que tornam único e relevante o objeto estudado. O autor argumenta que o anonimato abstrai o objeto de pesquisa ao custo de descontextualizá-lo de seu contexto político e histórico, promovendo uma espécie de privatização das pesquisas científicas, pois o pesquisador passa a ser hegemônico ao delimitar o que deve e o que não deve ser publicado sem que haja qualquer controle sobre isso.

Considerando esse contraste de visões, talvez a melhor solução seja compartilhar a decisão a respeito do anonimato com os participantes. No caso da minha pesquisa, ainda que eu tenha seguido a prática geral de sugerir o anonimato, dei a todos os participantes a opção de terem seus nomes mencionados na pesquisa. Afinal, o pesquisador também tem a obrigação de respeitar a autonomia dos participantes, que devem ter a opção de livremente compartilhar informações (Bok, 1986) e de receber reconhecimento por suas palavras, opiniões e histórias (Grinyer, 2002). Adotei assim uma forma mitigada ou revogável de anonimato, a despeito de existirem pesquisadores que discordam da visão de que os participantes devam ter individualmente a opção de permanecer anônimos ou não. É o caso

de Giordano *et al* (2007), que afirmam que uma pesquisa acadêmica deve maximizar a produção de informações confiáveis, mesmo que isso limite a autonomia dos participantes em decidir sobre o anonimato; e que o reconhecimento da voz dos participantes deve se dar no âmbito coletivo, e não individualmente. Para estes pesquisadores, abrir mão do anonimato pode afetar os resultados da pesquisa, e, portanto, o pesquisador não deve dar esta opção aos participantes. Na minha pesquisa, contudo, dei individualmente aos participantes a possibilidade de se identificarem, por acreditar que, por seu alto nível de instrução, eles teriam plenas condições de avaliar (até melhor do que eu) os riscos a que se submeteriam ao compartilhar informações e, também, por acreditar que a opção pelo não anonimato de um participante em nada afetaria ou prejudicaria a opção do anonimato dos outros. Em se tratando de pesquisa com pessoas em estado de vulnerabilidade, contudo, a melhor opção possivelmente é aquela que privilegia o anonimato independentemente do consentimento dos participantes.

4.2 Validação do respondente e pesquisa colaborativa

O anonimato, mesmo em sua forma absoluta, não elimina todos os riscos da pesquisa. Isso porque, dependendo da forma com que as informações são escritas e analisadas, pode ser possível a identificação indireta da pessoa que a revelou. Nestes casos o anonimato pode ter efeitos contrários aos pretendidos, na medida em que a “confidencialidade pode dar aos pesquisadores o sentimento de proteção completa quando, na verdade, ela frequentemente ainda dei-

xa os respondentes vulneráveis a identificação e a possíveis riscos” (Guenther, 2009, p. 413). Esse problema é aumentado na medida em que o pesquisador nativo muitas vezes não consegue perceber as pistas que podem levar à identificação indireta dos participantes, tendo em vista que os conhece individualmente. Por isso, o pesquisador nativo deve dar aos entrevistados a possibilidade de avaliar uma versão preliminar do seu trabalho antes de sua publicação definitiva. Isso lhes dá a oportunidade de verificar se a versão final permite a sua identificação indireta, ou mesmo se houve algum tipo de má-interpretação de falas, comportamentos ou respostas escritas. Isso não apenas oportuniza aos participantes revisar os argumentos, pressupostos e marcos teóricos do trabalho, mas também lhes dá a chance de retratar, parcial ou totalmente, as suas falas, e também de rever seu posicionamento quanto ao anonimato.

A estratégia de dialogar com os participantes e permitir a sua retratação impõe custos à pesquisa, que deverá descartar dados quando houver risco aos participantes (Guenther, 2009). No entanto, trabalhar de forma coordenada com os participantes também traz benefícios relevantes. Assim, enviar o texto preliminar para conferência dos participantes não é apenas um cuidado ético voltado a aumentar os laços de cooperação com os participantes, mas também uma estratégia metodológica voltada a aumentar a confiabilidade dos achados de pesquisa por meio da *validação do respondente* (Yin, 2016; Locke; Velarumi, 2009), que é a forma “mais importante de excluir a possibilidade de má interpretação sobre o significado do que os participantes falam e fazem e das perspectivas que eles têm sobre o que está aconte-

cendo.” (Maxwell, 2013, p. 116). É, em suma, uma forma de falar *com* os participantes, em vez de simplesmente falar *para* eles (Alcoff, 1992; Hibbert *et al*, Kempster & Stewart, 2010; Marcos & Denyer, 2012), de maneira a reconhecer que nossas posições de fala como pesquisadores são epistemologicamente relevantes e podem influenciar os resultados da pesquisa (Alcoff, 1992).

Valorizar as relações com os participantes permite a exposição do pesquisador a “novos contextos, ideias e novas possibilidades de teorização” (Hibbert *et al*, 2014, p. 283-284), viabilizando o “engajamento com a alteridade” (*engaging otherness*), que significa “explorar diferenças como uma forma de romper as barreiras e abrir a conversa a novas vozes e *conectar-se*, desenvolvendo novas construções relacionais em relação à nossa comunidade, dados e contextos de pesquisa” (Hibbert *et al*, 2014, p. 284). Esta atividade não é fácil e, em alguns momentos excepcionais, pode não ser particularmente agradável ou prazerosa. No meu caso, alguns participantes, como membros das instituições que pesquiso, demonstraram discordâncias fortes com a minha pesquisa, o que me fez ouvir críticas duras. De qualquer forma, a atividade foi recompensadora, pois permitiu o enfrentamento de teorias e formas de pensar alternativas, contribuindo para superar o fechamento e isolamento de minha própria comunidade de conhecimento e para estabelecer uma conexão diferenciada com meus dados de pesquisa, de forma a compreender a sua ambiguidade e complexidade. Em suma, “por meio do engajamento com a alteridade e da conexão com diferentes comunidades, adicionamos largura à nossa profundidade interpretativa” (Hibbert *et al*, 2014, p. 291).

Por outros termos, mais do que simples-

mente absorver informações dos participantes, o pesquisador nativo precisa dialogar com eles e tentar ao máximo reconhecê-los e engajá-los como coprodutores da pesquisa, e não como meros objetos. Ele precisa, na linguagem técnica da literatura, trabalhar com eles nos espaços de conexão ou *hyphen spaces* (Cunliffe & Karunayake, 2013; Fine, 1994; Baghan, 2008; Wagle & Cantaffa, 2008), que enfatizam “não as fronteiras, mas sim os espaços de possibilidade entre pesquisadores e respondentes” (Cunliffe & Karunayake, 2013; p. 365). Isso envolve reconhecer a existência de uma mútua e múltipla influência entre pesquisador e participantes. Ou seja, os *hyphen spaces* envolvem “examinar reflexivamente como a nossa presença influencia e/ou muda as pessoas e suas práticas e como a presença delas nos influencia, intencionalmente ou não, revestindo as relações de identidade que podem ocorrer entre nós e nossos participantes de pesquisa (...), bem como examinar as implicações [desta mútua influência] para a prática da pesquisa” (Cunliffe & Karunayake, 2013; p. 365). Quando o pesquisador tem por objeto seu próprio ambiente de trabalho, suas relações com muitos dos participantes é mais complexa e interconectada do que uma simples e facilmente divisível relação pesquisador/respondente: por vezes essa relação é mediada por vínculos de amizade, subordinação ou hierárquica; por vezes o nativo é visto como um *insider*, por vezes como um *outsider*; por vezes o nativo é reconhecido como alguém semelhante aos colegas, por vezes não.

4.3 Aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa

O Brasil possui um sistema de revisão de éti-

ca em pesquisa constituído pelos Sistemas de Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Esse sistema de comitês de ética não é regulamentado por lei, mas sim pelas Resoluções nº 466/2012 e 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde (CNS). O objetivo principal do sistema é a proteção aos participantes de pesquisa, e por isso as resoluções do CNS partem da presunção de que toda e qualquer pesquisa envolvendo seres humanos pode acarretar riscos aos participantes, envolvendo, portanto, a necessidade de revisão ética. O sistema de comitês de ética tem sua origem ligada ao campo da saúde, e até hoje é regulamentado e dominado por esse campo. Por isso, existem poucos comitês de ética especificamente associados à área de ciências humanas e sociais, sendo o Comitê de Ciências Humanas e Sociais da UnB uma exceção a essa regra. De qualquer forma, pesquisas nas áreas de ciências sociais aplicadas também podem acarretar riscos relevantes aos participantes da pesquisa, e por isso as regras gerais sobre cuidados éticos também devem ser observadas nesta área, especialmente quando se trata de pesquisa nativa.

A submissão do projeto de pesquisa por meio da plataforma brasil, portanto, deve obedecer os seguintes princípios e regras inseridos nas resoluções do Conselho Nacional de Saúde: deve-se respeitar a autonomia dos participantes, o que é feito por meio da sua adesão à pesquisa por meio de *assentimento livre e esclarecido*, que é um consentimento qualificado pelo fato de constituir “um sinal do verdadeiro significado do pacto de consentimento que um indivíduo assina ao ser incluído na pesquisa” (Diniz & Guilhem, 2014, p.48) e que envolve o direito do participante de ser informado

e compreender plenamente a natureza, os objetivos e os métodos da pesquisa, bem como a sua liberdade plena em decidir sobre sua participação na pesquisa ou sobre sua possibilidade de interrupção; deve haver um compromisso por parte do pesquisador de sopesar os benefícios sociais que a pesquisa gerará com seus potenciais riscos, aos quais o pesquisador deverá estar sempre atento e que deverão ser entendidos em um sentido amplo como envolvendo “possibilidade de danos à dimensão física, psíquica, moral, intelectual, social, cultural do ser humano, em qualquer etapa da pesquisa e dela decorrente” (Brasil, 2016, art. 2º, XXV); deve haver garantia de proteção das informações pessoais dos participantes de pesquisa (Brasil, 2011, art. 31; B, 2016, art. 2º, VII); deve-se também garantir acesso aos participantes dos resultados da pesquisa (Brasil, 2016, art. 17, VI).

5. Conclusões

Juristas frequentemente realizam pesquisas qualitativas que combinam a expertise prática com ferramentas acadêmicas. Esta combinação de abordagens profissional e acadêmica pode gerar resultados poderosos, mas esta forma de fazer pesquisa envolve a necessidade de adoção de cuidados metodológicos e éticos. Este artigo buscou demonstrar as estratégias que adotei para minimizar vieses na minha pesquisa de doutorado sobre a aplicação da Lei de Acesso à Informação na Controladoria-Geral da União: a reflexividade, a triangulação, a análise de casos que contradiziam minha hipótese inicial de pesquisa, e a adoção de cuidados éticos tais como o anonimato e a validação do respondente. É importante que estas e outras estratégias de redução de vieses sejam discutidos em pesquisas jurídicas,

que via de regra se preocupam insuficientemente com questões metodológicas ou éticas e refletem pouco sobre como elas podem influenciar os resultados de pesquisas acadêmicas. À medida em que o Direito se torna, gradualmente, uma ciência, baseando suas conclusões em constatações empíricas que, senão neutras, devem ser confiáveis, campo precisa começar a se preocupar em incorporar às suas análises ferramentas metodológicas validadas em outras áreas do conhecimento.

Referências

- ALCOFF, Linda (1992). The Problem of Speaking for Others. *Cultural Critique*, nº. 20, pp. 5-32.
- ALISSON, Graham; ZELIKOW, Philip (1999). *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*. New York: Addison Wesley Longman.
- ANDERSON, Gary L.; HERR, Kahryn (1999). The new paradigm wars: Is there room for rigorous practitioner knowledge in schools and universities? *Educational Researcher*, 28, 12-21, 40.
- AVLESSON, Mats (2003). Methodology for close up studies – struggling with closeness and closure. *Higher Education*, v. 46, 167-193.
- BAEZ, Benjamin (2002). Confidentiality in qualitative research: reflections on secrets, power and agency. *Qualitative Research*, v. 2(1):35-58.
- BOK, S (1983). The limits of confidentiality. *Hastings Center Report*, 13(1): 24-31.
- BOOTH, Wayne C; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. *A Arte da Pesquisa* (2008). Tradução Henrique A. Rego Monteiro. São Paulo: Martins Fontes.
- BECKER, Howard S. *Whose Side Are We On?* *Social Problems*, v. 14, n. 3, p. 239-247, 1967.
- BOURDIEU, Pierre (2004). *Science of Science and Reflexivity*. Chicago: Polity Press and the University of Chicago.
- BRANNICK, Teresa, COGHLAN, David (2007). In defense of being native: the case for insider academic research. *Organizational research methods*, 10, pp. 59-74.
- _____. (2005). *Doing Action Research in your own Organization*. London, Thousand Oaks and New Dell: Sage Publications.
- BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011.
- _____. Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde. Resolução n. 466, de 12 de Dezembro de 2012. *Diário Oficial da União* 12 Dez 2012
- _____. Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde. Resolução n. 510, de 10 de Abril de 2016. *Diário Oficial da União* 10 abr 2016.
- CUNHA FILHO, Marcio C (2018). O que Sabemos sobre Transparência Pública? Uma revisão bibliográfica das abordagens normativa, conceitualista e empírica. *Revista da CGU*, v. 10, n. 16.
- _____. (2019). *A Construção da Transparência Pública no Brasil: Análise da Elaboração e Implementação da Lei de Acesso à Informação no Executivo Federal (2003-2019)*. Tese (Doutorado em Direito). Brasília, Universidade de Brasília.
- CUNLIFFE, Ann L. (2011). Crafting qualitative research: Morgan and Smircich 30 years on. *Organizational Research Methods*, 14, 647-673.
- CUNLIFFE, Ann L.; KARUNANAYAKE, Geetha (2013). Working within hyphen-spaces in ethnographic research: Implications for research identities and practice. *Organizational Research Methods*, 16, 364-392, 2013.
- DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce (2014). *O que é Ética em Pesquisa*. Brasília, Editora Brasiliense.
- DINIZ, Debora and MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. *Ciência. saúde coletiva* [online], 2010, vol.15, pp.959-966.
- FARGE, Arlette (2009). *O sabor do arquivo*. Trad. Fátima Murad. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- GEORGE, Alexander L; BENNET, Andrew (2005). *Studies and Theory Development in the Social Sciences*. Cambridge: MIT Press.
- GERRING, John (2007). *Case Study Research: Principles and Practices*. New York: Cambridge University Press.
- _____. (2004). What is a Case Study and What Is It Good for? *American Political Science Review*, 98 (2): 341-354.
- GRINYER, Anne (2002). The anonymity of research participants: assumptions, ethics and practicalities. *Social Research Update* 36, University of Surrey, UK.

- GUENTHER, Katja M (2009). The politics of names: rethinking the methodological and ethical significance of naming people, organizations, and places. *Qualitative Research*; 9(4):411-421.
- JACOBS, Alan. Policymaking as political constraint: institutional development in the U.S. Social Security Program. In: MAHONEY, James; THELEN, Kathleen (ed.). *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency and Power*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- KAHNEMAN, Daniel (2012). Rápido e Devagar: duas formas de pensar. Trad. Cássio Leite. Rio de Janeiro: Objetiva.
- LYNCH, Michael (2000). Against reflexivity as an academic virtue and source of privileged knowledge. *Theory, Culture & Society*, vol 17, 3: 26 – 54.
- MAHONEY, James, GOERTZ, Gary (2006). A Tale of Two Cultures: Contrasting Quantitative and Qualitative Research. *Political Analysis*, v. 14: 227-249.
- (2004). The possibility principle and case selection: choosing negative cases in comparative analysis. *The American Political Science Review*, vol. 98, n° 4: 653-669.
- MARCOS, Javier & DENYER, David (2012). Crossing the sea from they to we? The unfolding of knowing and practicing in collaborative research. *Management Learning*, 43(4): 443–459.
- MAXWELL, Joseph A (1996). *Qualitative research design: an interactive approach*. Thousand Oaks: Sage.
- MCINTYRE, Lee (2019). *The Scientific Attitude: Defending Science from Denial, Fraud and Pseudoscience*. Cambridge, MIT Press.
- MUNRO, Geoffrey D.; DITTO, Peter H (1997). Biased assimilation, attitude polarization, and affect in reactions to stereotype-relevant scientific information. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 23 (6): 636-653.
- NESPOR, Jan (2000). Anonymity and place in qualitative inquiry. *Qualitative Inquiry* 6(4): 546-569.
- POPAY, Jennie, ROGERS, Anne, & WILLIAMS, Gareth (1998). Rationale and standards for the systematic review of qualitative literature in health sciences research. *Qualitative Health Research*, 8, 341.
- RAGIN, Charles C (2004). "Turning the Tables." In: BRADY, Henry; COLLIER, David (eds.). *Rethinking Social Inquiry: Diverse Tools, Shared Standards*. Lanham: Rowman & Littlefield) 123-38.
- SAID, Edward (2005). *Representações do intelectual: as conferências Reith de 1993*. Trad. Milton Hatoum. São Paulo: Cia das Letras.
- SMALL, Mario Luis (2009). How many cases do I need? On science and the logic of case selection in field-based research. *Ethnography*, vol 10 (1): 5 – 38.
- VAINIO, Annukka (2012). Beyond research ethics: anonymity as “ontology”, “analysis” and “independence”. *Qualitative Research*, 13(6): 685-698.
- WAGLE, Tina & CANTAFFA, David T (2008). Working our hyphens: Exploring identity relations in qualitative research. *Qualitative Inquiry*, 14(1): 135-159.
- WILLIAMS, Christine (2006). *Inside toyland: working, shopping and social inequality*. Berkeley: University of California Press.
- YIN, Robert (2016). *Pesquisa qualitativa: do início ao fim*. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Penso.

Data de submissão: 13/01/2019

Data de aceite: 19/07/2019
