

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 810

(Ano IX)

(15/07/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** -  
Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo  
Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional  
Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG):** Pós-  
doutor em Direito da Seguridade Social pela  
Universidade Complutense de Madrid. Pós-  
Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ.  
de Milão. Doutor e Mestre em Direito  
Previdenciário pela Pontifícia Universidade  
Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA  
FILHO (MT):** Doutor em Direito Administrativo  
pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina):** Doutor  
em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad  
del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ):** Mestre  
em Direito Público e Evolução Social u,  
Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA (SP):** Advogado em São  
Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e  
em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO**  
(Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10  
anos de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço:  
SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*.  
Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



13/07/2017 Ricson Moreira Coelho da Silva  
» [Os direitos sociais e o problema de sua exigibilidade](#)

### ARTIGOS

- 14/07/2017 André de Carvalho Amorim  
» [Surgimento e evolução do Estado no pensamento clássico e contemporâneo: uma visão teórica sobre a necessidade de proteção estatal, estado de direito, bem comum e democracia](#)
- 14/07/2017 Gustavo Nobuhico Kasaoka  
» [Instrumentos para a tutela de direitos em do reconhecimento da ilegalidade da norma regulamentadora do artigo 29, II, da Lei 8.213/99](#)
- 14/07/2017 Adamir de Amorim Fiel  
» [Contratos de Integração Vertical: um instrumento que imprime equilíbrio ao agronegócio](#)
- 14/07/2017 Wellington Cacemiro  
» [Obrigação de prestar alimentos: cumprimento de sentença à luz do vigente código processual civil](#)
- 14/07/2017 Ana Luiza Rangel Nogueira  
» [O fornecimento do serviço essencial de água e sua suspensão](#)
- 14/07/2017 Thiago de Oliveira Andrade Coelho  
» [Direitos do consumidor na aquisição de veículo zero-quilômetro viciado](#)
- 14/07/2017 Pedro Ramos Lyra da Silva  
» [O cuidado no direito positivo como valor a ser observado](#)
- 13/07/2017 Joao Vitor Fogolin

» [Os alimentos transgênicos sob a ótica da Lei de Biossegurança e dos princípios ambientais](#)

13/07/2017 Stéphanie Almeida Araújo

» [Aspectos e natureza jurídica do nome civil](#)

13/07/2017 Taiz Marrão Batista da Costa

» [Direito de resistência: as concepções de Locke e de Spinoza](#)

13/07/2017 Ana Luiza Rangel Nogueira

» [Importância do trânsito na história e as mudanças implementadas no crime de embriaguez ao volante](#)

13/07/2017 Adamir de Amorim Fiel

» [Constitucionalidade da Contribuição do Empregador Rural](#)

13/07/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Anotações à Modalidade de Servidão de Energia Elétrica](#)

12/07/2017 Maria Carla de Avelar Pacheco

» [Indenização a donos de títulos de propriedade de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios](#)

12/07/2017 Karina Medeiros de Abreu

» [Da possibilidade de sociedade limitada emitir debênture e a consequente alavancagem da economia brasileira como reflexo](#)

12/07/2017 Leonardo Corrêa dos Santos

» [Referendo revogatório de mandato](#)

12/07/2017 André Diego de Lima Leite

» [A possibilidade de intervenção estadual nos municípios diante do inadimplemento de precatórios](#)

12/07/2017 Adamir de Amorim Fiel

» [Seguro Rural: entenda os principais aspectos](#)

12/07/2017 Naira Ravena Andrade Araujo

» [Da criticável flexibilização dos direitos consumeristas no uso de serviços de](#)

[transporte aéreo](#)

11/07/2017 Stéphanie Almeida Araújo

» [Execução provisória da pena: a nova decisão do STF no HC 126.292.](#)

11/07/2017 Nathália Loyane Fernandes de Moraes

» [Responsabilidade penal da pessoa jurídica: evolução ou retrocesso.](#)

11/07/2017 Adamir de Amorim Fiel

» [Lei nº 13.340/2016: entenda como abater dívidas agrícolas](#)

11/07/2017 Paulo Eduardo Bicalho Carvalho

» [Lei antiterrorismo \(Lei 13.260/2016\): análise dos principais artigos](#)

11/07/2017 Victor Teixeira de Freitas

» [A inelegibilidade pela rejeição de contas e o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas no âmbito do controle externo do chefe do poder executivo municipal](#)

11/07/2017 Leonardo Corrêa dos Santos

» [Democracia formal e substancial](#)

11/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Transferência de recursos legais em pauta e o Programa Nacional de Alimentação Escolar \(PNAE\): a concretização do direito humano à alimentação adequada](#)

10/07/2017 Rebeca Lima Aguiar

» [O redirecionamento da Execução Fiscal e o termo inicial de seu prazo prescricional](#)

10/07/2017 Glauco Eduardo Salles dos Santos

» [O princípio da boa-fé objetiva no reconhecimento de origem genética por reprodução artificial heteróloga](#)

10/07/2017 Adamir de Amorim Fiel

» [Entenda a discussão em torno do Funrural](#)

10/07/2017 Fernando Costa Santos Bezerra

» [Socioafetividade em famílias recompostas](#)

10/07/2017 Rebeca Lima Aguiar

» [Aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal Militar](#)

10/07/2017 Leonardo Corrêa dos Santos

» [Democracia participativa](#)

10/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Mediação familiar em pauta: a cultura do diálogo para a preservação dos filhos no término da relação dos genitores](#)

10/07/2017 Bruno Eduardo Pereira de Souza

» [O federalismo brasileiro: as perspectivas e a crise entre os entes federativos](#)

## OS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DE SUA EXIGIBILIDADE

**RICSON MOREIRA COELHO DA SILVA:** Mestre em direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP, especialista em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP e em administração pública pela Fundação Getulio Vargas - FGV. Graduado em direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Professor da Unieuro-DF e da ESAF e Procurador da Fazenda Nacional - Ministério da Fazenda/Advocacia Geral da União, com atuação perante os tribunais superiores em Brasília.

Os direitos sociais costumam estar associados quase que invariavelmente a prestações positivas do Estado em contraste com as liberdades públicas que consubstanciam obrigações negativas do Estado. São os chamados direitos de segunda geração, que surgiram no seio de profundos debates ocorridos no começo do século XX, em torno da construção das bases de um estado social de direito em oposição aos ideais liberais, decorrentes do renascentismo, até então vigentes.

Tais direitos naturalmente possuem um conteúdo e uma definição própria, o que os aparta da compreensão tradicional que se tem dos direitos individuais, os quais opõem o indivíduo ao Estado e que dele (Estado) não necessitam de tanto apoio para se tornar viáveis e exigíveis. Contrariamente, no que concerne aos direitos sociais, a ação do Estado é essencial.

Nesse sentido, adverte o professor Robert Alexy<sup>[1]</sup>, *in verbis*:

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.”

Pois bem, a dicotomia entre prestações positivas e negativas do Estado, igualmente influenciou a esfera internacional no que diz respeito à positivação e à exigibilidade dos direitos sociais.

Decerto, veja-se que a pretexto de consolidar um sistema de proteção dos direitos humanos cuja gênese contemporânea se deu no II pós-guerra mundial, a partir da Declaração de Direitos da ONU de 1948, a comunidade internacional diante da inexistência de consenso e dadas as especificidades de cada grupo de direitos fundamentais, resolveu bipartir o sistema de proteção erigindo em 1966, na cidade de Nova York, dois pactos de direitos humanos o de direitos civis e políticos e o de direitos sociais, econômicos e culturais[2].

Tal processo, como se pode deduzir, é responsável, em certa medida, pela consolidação dessa separação dicotômica no seio dos direitos fundamentais, uma vez que a existência de dois pactos denuncia as dificuldades de exigibilidade dos direitos sociais em relação aos direitos individuais, já que a relação daqueles (dos direitos sociais) com os recursos financeiros de cada Estado é mais direta e sensível[3].

Contudo, vale observar que quando se fala em direitos humanos, aí incluso os direitos fundamentais sociais, percebe-se, ao mesmo tempo, que se está a tratar de um conteúdo de alcance universal, indivisível e interdependente, de tal maneira que os direitos civis e políticos não de ser conjugados com os direitos econômicos sociais e culturais,[4] como aparentemente parece ter sido a decisão tomada pelo constituinte brasileiro e daí produzir uma influência mútua no que concerne a sua exigibilidade.

Daí que nos torna evidente que é justamente nessa não separação que reside a melhor técnica de tornar exigível os direitos sociais, alçando-os ao patamar de exigibilidade dos demais direitos fundamentais de natureza individual.

Com efeito, se nos detivermos nas semelhanças e assumirmos que todos os direitos fundamentais em maior ou menor medida demandam recursos públicos, não poderemos diferenciar a tutela processual adequada à concretização de direitos fundamentais, já que possuem a mesma origem e natureza.



Demais disso, há de se observar que essa diferenciação entre uma prestação de natureza positiva e outra de natureza negativa, é apenas uma relação de preponderância, isto é, cada direito possui um conteúdo positivo e outro negativo, de modo que não faz sentido seguir de maneira acrítica a dicotomia acima apresentada.

Nesse sentido, destaca o professor Gilmar Ferreira Mendes<sup>[5]</sup>:

“Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contra à sua judicialização.”

Na mesma toada é a doutrina dos mestres Abramovitch e Courtis, para quem todo direito fundamental é composto de obrigações positivas e negativas, havendo, a bem da verdade, apenas graus de obrigação, que se transmudam em obrigações de respeito, proteção e satisfação. Com efeito, nestes termos, seguem as palavras dos mestres aludidos:

“Em estos casos, identificar um derecho como pertenciente al grupo de derechos civiles e políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decision convencional, más o menos arbitraria. Em linea com lo dicho, autores como Fried van Hoof o Asbjorn Eide proponen un esquema interpretativo consistente em el señalamiento de ‘niveles’ de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independentemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podrían discernirse cuatro ‘niveles’ de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover el derecho em cuestion. (...) Ninguno de estos niveles puede

caracterizarse unicamente através de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas (...) Por razones puramente convencionales – entre ellas, la adopción por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de un esquema similar al que emplearemos – tomaremos para este trabajo um esquema de três níveis de obligaciones: obligaciones de respeto, obligaciones de protección, y obligaciones de satisfacción.”[6]

Pois bem, situada tal questão, cumpre analisar também em que medida se mostram os obstáculos à concretização de tal esfera de direitos.

Primeiramente, observa-se uma resistência imanente a própria vagueza dos direitos, assim como também se nota uma cultura de não concretização de tais direitos associada à pérfida instrumentalização processual destinada à sua exigibilidade, notadamente a de natureza coletiva.

No que diz respeito à vagueza conceitual dos direitos sociais, nota-se que esta decorre de sua própria natureza e não pode servir de empecilho à concretização de políticas públicas que tornem possível o alcance do quanto determinado nos Pactos Internacionais citados ou nas próprias constituições, como o caso do Brasil.

Logo, aproximar a tutela dos demais direitos fundamentais com a dos direitos sociais, econômicos e culturais é uma estratégia eficiente.

Assim, entende-se que neste novo contexto de aproximação das esferas individual e social dos direitos fundamentais, cabe em conjunto com o aperfeiçoamento dos instrumentos de tutela processual, o fortalecimento e a assunção pelo Poder Judiciário de uma nova postura[7] alinhada com a efetivação dos direitos fundamentais sociais, sobremaneira, quando os mesmos possuam relação direta com a proteção do mínimo existencial.[8]

E mais, não se objete que os direitos fundamentais sociais implicam em conflitos necessários com os direitos fundamentais relacionados com as liberdades civis e políticas. Com efeito, a princípio, poder-se-ia pensar que o direito

à propriedade se opõe às políticas de reforma agrária, assim como o direito à educação, em sua vertente de ingresso no sistema superior de ensino, sobretudo a partir das ações afirmativas, exemplificativamente, opor-se-ia à igualdade.

É que conforme já esclarecido acima, os direitos fundamentais são parte de um todo indivisível, portanto, a desigualdade social e econômica, demanda medidas de adequação das liberdades civis e do direito da igualdade, como por exemplo, a função social da propriedade e ações afirmativas, que otimizam este processo e fortalecem a aplicação imediata dos direitos de uma forma contextual e conjuntural sem análise isolada que por si só do direito subjetivo, de modo a evitar distorções.

Desse modo, nota-se que o déficit de exigibilidade imediata dos direitos sociais está diretamente associado a uma cultura de separação material dos direitos fundamentais em direitos civis e políticos de um lado e econômicos, sociais e culturais de outro. Pois bem, tomando os direitos humanos com um todo indivisível e universal, supera-se essa dicotomia e avança para a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais tendo como referência preliminar o mínimo existencial, que é capaz subscrito no princípio da dignidade da pessoa humana, de afastar qualquer negação orçamentária do Estado ao cumprimento do dever de consolidar um Estado social e democrático de direito, tal qual, parece ser o desiderato inscrito em nossa Carta Magna de 1988.

Portanto, o reforço de instrumentos coletivos de tutela em reforço ao sistema individual já consolidado<sup>[9]</sup>, conjuntamente com este novo papel do judiciário, será capaz de instaurar um novo status de controle das políticas públicas, de perseguição do mínimo existencial e por consequência de efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

#### **BIBLIOGRAFIA.**

ABRAMOVICH, Víctor y Courtis, Christian. Los Derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. VII Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais imediatamente Judicializáveis in O Controle Jurisdicional de Políticas Publicas, Forense, Rio de Janeiro, 2012.

NOTAS:

[1] Alexy Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, 498 p.

[2] “O núcleo original dos direitos declarados no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos constituiu, historicamente, um meio de defesa de indivíduos ou grupos sociais contra os privilégios privados e o abuso de poder estatal. No presente pacto (de direitos econômicos, sociais e culturais) diversamente, o elemento comum ao conjunto dos direitos nele declarados é a proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa. Num caso, pois, defesa contra a oligarquia política; no outro, luta contra a dominação de classe. Em razão disso, a posição do Estado, como sujeito passivo da relação jurídica, passa de um polo a outro. Para fruição das liberdades civis, o que se exige é a abstenção estatal: as violações de direitos, nesse campo, ocorrem por interferências abusivas do Poder Público na vida privada e no exercício dos direitos políticos. Relativamente aos direitos declarados nesse Pacto, ao contrário, a antijuridicidade consiste na inércia estatal, na negligência ou recusa dos órgãos públicos em limitar ou controlar o poder econômico privado. Os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos

civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o principio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos.” (Comparato, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. VII Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, 349-350 p.)

[3] “Com efeito, os Estados, em geral, alegam a impossibilidade de serem obrigados juridicamente (no contexto de uma responsabilização internacional) a agir no campo social sem terem condições econômicas para tanto. Não seria possível a materialização do mínimo de dignidade humana em termos sociais somente com leis sem o substrato econômico favorável. Essas disposições amenas com deveres sociais dos Estados-Partes no Direito Internacional dos Direitos Humanos refletem dita progressividade e adstrição à realidade dos direitos sociais e econômicos enquanto obrigações primárias, que seriam cumpridas de acordo com o máximo de recursos estatais disponíveis de maneira progressiva.” (Ramos, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 2012, 199-200 p.)

[4] “Além do alcance universal dos direitos humanos, a Declaração Universal também inova, ao consagrar que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos não de ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 introduz assim extraordinária inovação, ao combinar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). Duas são as inovações introduzidas pela Declaração: a) parificar, em igual importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos.” (Piovesan, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 2009, 80 p.)

[5] Mendes, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, 464-465 p.

[6] Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. Los Derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002, 27-31 p.

[7] “Ao Poder Judiciário brasileiro, como consequência da assunção de novas atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, dentre as quais se inclui o controle de constitucionalidade das leis atos e atividades de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame de sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais. A grande dificuldade do judiciário, diante da existência de inúmeros direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, está

em saber se cabe, em relação a todos eles, o seu controle sob a ótica da constitucionalidade. (Watanabe, Kazuo. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais imediatamente Judicializáveis in O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, Forense, Rio de Janeiro, 2012, 216 p.)

[8] “O ‘mínimo existencial’ procura assegurar o conteúdo básico do princípio da dignidade humana, ‘sem o qual – conforme bem pondera Ana Paula Barcellos – se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio’ e sem essas prestações mínimas correspondentes ao núcleo básico do princípio da dignidade ‘se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade’. Admitir-se que em relação ao ‘mínimo existencial’ possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, invocando a cláusula da reserva do possível, será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). (Watanabe, Op. Cit. 218 p.)

[9] “Em verdade, causa mesmo espécie que de uns tempos para cá, haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções – a titularidade individual dos direitos sociais, como argumento de base para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem deduzidos mediante demandas judiciais individuais. O curioso é que notoriamente se trata de uma nova – e manifestamente equivocada – estratégia para impedir ou eventualmente limitar a assim chamada judicialização de políticas públicas e dos direitos sociais, restringido o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou controle estrito de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matérias sociais.” (Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 216 p.)

## **SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESTADO NO PENSAMENTO CLÁSSICO E CONTEMPORÂNEO: UMA VISÃO TEÓRICA SOBRE A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO ESTATAL, ESTADO DE DIREITO, BEM COMUM E DEMOCRACIA**

**ANDRÉ DE CARVALHO AMORIM:** Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Piauí - TCE/PI e Advogado inscrito nos quadros da OAB/PI sob n.º 12110, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI, possui Especialização em Direito Administrativo e é Mestrando em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí.

**Resumo:** Aborda-se a evolução da teoria política, com ênfase no surgimento e necessidade de proteção do Estado, analisando-se as perspectivas teóricas da doutrina clássica em contraponto à doutrina contemporânea. Para tanto, verifica-se os fundamentos de surgimento do Estado no pensamento clássico e a consequente necessidade de proteção dos indivíduos, além de se estabelecer os contrapontos essenciais das noções de governo, bem comum e democracia estabelecidos entre as duas doutrinas. Verifica-se que a teoria política passou por um momento de transformação e amadurecimento a partir do estudo dos paradigmas clássicos, alcançando certa racionalidade que permite se obter uma visão mais realista do Estado.

**Palavras-chave:** Estado. Bem comum. Estado de Direito. Liberalismo.

**Abstract:** The evolution of political theory is addressed, with emphasis on the emergence and necessity of state protection, analyzing the theoretical perspectives of classical doctrine as a counterpoint to contemporary doctrine. For that, the foundations of the emergence of the State in classical thinking and the consequent need for the protection of individuals are verified, as well as establishing the essential counterpoints of the notions of government, common good and democracy established between the two doctrines. It is verified that the political theory passed through a moment of transformation and maturation from the study of the classic paradigms, reaching a certain rationality that allows to obtain a more realistic vision of the State.

**Keywords:** State. Very common. Rule of law. Liberalism.

## 1. Introdução

Os prenúncios que levaram ao surgimento do Estado sempre foram objeto de estudo da Teoria Política. Nesse campo, se destacaram as contribuições de filósofos clássicos como Hobbes, Locke e Rousseau. Este último, em O Contrato Social, inicia sua obra questionando o porquê de o homem nascer livre se, entretanto, a todo momento, se encontra sob ferros.

Este questionamento traduz as inquietações do pensamento clássico que, inobstante já contar com a presença marcante do Estado, procurou a todo momento estabelecer os fundamentos do seu surgimento e os limites da sua intervenção na vida privada.

Desse modo, os pensadores clássicos voltaram-se mais para o contexto de formação do Estado e a necessidade de proteção e regulação do ser humano em seu estado natural. Nessa perspectiva, surgiram as primeiras teorias de proteção estatal, bem comum, estado de direito e democracia.

Posteriormente, a partir do século XIX, observa-se que a teoria política procurou relativizar as constatações advindas do pensamento clássico, mormente tendo em vista o desenvolvimento do Estado e a dificuldade que o corpo social encontrou de se conformar diante da finitude de recursos e das crises econômicas que atingiram o mundo a partir da Segunda Guerra Mundial. A partir de então, passou-se a questionar a legitimidade das escolhas estatais e existência do bem comum surgido no pensamento clássico.

A presente pesquisa, portanto, propõe apresentar uma evolução do Estado a partir do seu surgimento como garantidor de proteção e igualdade, perpassando pelo pensamento clássico e desaguando no pensamento contemporâneo, com ênfase no desenvolvimento da noção de bem comum, estado de direito e democracia.

## 2. Surgimento do Estado

### 2.1. O Contrato Social como garantidor de Segurança e Liberdade no pensamento Clássico de Rousseau

O pensamento clássico é permeado por filósofos políticos que viam no Estado uma forma de solucionar os problemas dos homens na sociedade. Isso se



torna claro em O Contrato Social, de Rousseau (1978), em que o autor toma como ponto de partida o estado natural, entendido como estado de liberdade, onde o homem é senhor de si mesmo, sendo o único juiz para decidir os meios apropriados à sua conservação.

Nesse estado natural, todavia, há enorme desigualdade entre os homens, desigualdade esta que consiste, essencialmente, na diferença de idades, de saúde e de forças corporais. Essa desigualdade, pois, permite a submissão do mais fraco ao mais forte.

Para o autor, o mais fraco cede à força não por um ato de vontade, mas por um ato de necessidade ou de prudência, em nada diferente do ato da vítima que cede ao bandido que lhe aponta uma arma. Rousseau (1978), todavia, afirma que o homem não possui autoridade natural sobre seu semelhante, pois a força não produz Direito. Assim, o autor defende que não se deve obedecer simplesmente tendo em vista a força do outro.

A partir dessa perspectiva, portanto, Rousseau (1978) demonstra a necessidade de transformar a força, até então ilegítima, em Direito e a obediência, baseada no temor, em Dever. Com efeito, para o autor, o Direito não é baseado na força, mas sim na legitimidade das autoridades nele investidas. E essa autoridade só é alcançada por meio de uma Convenção, consubstanciada no Contrato Social, fonte de toda autoridade legítima entre os homens:

O problema é encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e na qual cada um, embora unido a todos, possa ainda obedecer somente a si próprio, permanecendo tão livre como antes. Este é o problema fundamental cuja solução o Contrato Social proporciona (ROUSSEAU, 1978, p. 24).

Em Rousseau (1978), portanto, os homens, no estado natural, seriam levados por obstáculos a que não teriam condições de subsistir. Por isso, não restou alternativa senão unir-se, ocorrendo a soma das forças, o que fez surgir o Contrato Social, em que o homem aliena a sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo que possa tentar conseguir (por meio da força); mas ganha, em troca, a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. O pacto social, ao invés de destruir a

igualdade natural, a substitui por uma igualdade social, legítima, em que a desigualdade física, inicialmente verificada, não seja traço distintivo, e todos se tornem iguais por convenção e direito.

Assim, para Rousseau (1978), o Estado garantiria proteção ao corpo social, além de legitimar o Direito, estabelecendo liberdade e igualdade aos indivíduos, os quais não mais poderiam ser sobrepujados apenas pela força dos demais. Isso, segundo o autor, legitimaria as obrigações civis surgidas com o Estado e que até então não subordinavam os indivíduos. Essa nova condição, para Rousseau (1978), produziu no homem uma mudança considerável, fazendo nele surgir uma voz do dever, forçando-o a agir por outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir seus pendores. Para o autor, ainda que haja privações nesse novo Estado, ele transformou o homem de um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num Homem.

Nota-se, com efeito, que o Estado organizado foi determinante para o surgimento da sociedade política.

No entanto, o Pacto Social, além de dar existência ao corpo político organizado, precisa ter movimento e vontade. Esse movimento e vontade são dados, segundo Rousseau, pela Lei.

### **3. O Estado de Direito como garantidor de normas gerais**

#### 3.1. O Estado de Direito no pensamento clássico de Rousseau (1978) e a interpenetração com o Estado de Direito defendido por Hayek (1990)

Para Rousseau (1978), toda Justiça vem de Deus, sendo Ele a sua única fonte. No entanto, o autor defende que é necessário que haja convenções para unir direitos aos deveres e encaminhar a Justiça ao seu objetivo. Isso porque, diferentemente do estado natural, no estado civil todos os direitos são fixados pela Lei.

Rousseau (1978) define Lei como a possibilidade do povo estatuir sobre todo o povo, ou seja, a matéria sobre a qual é estatuída deve ser geral, como a vontade geral que a estatui. É uma relação sem nenhuma divisão dentro do todo. Assim, defende até mesmo que a Lei pode estatuir privilégios, mas não pode

ofertá-los nominalmente a ninguém. Rousseau (1978) afirma que: “numa palavra, toda função que se relacione com um objeto individual não pertence de nenhum modo ao poder legislativo”.

Desse modo, para Rousseau (1978), o Estado que é regido por Leis deve ser denominado de República, independentemente da forma de administração que possa ter, porque somente o interesse público governa.

O pensamento clássico de Rousseau (1978) encontra em O Caminho da Servidão, de Hayek (1990), o mesmo sentido de Estado de Direito. Isso porque o pensamento contemporâneo de Hayek defende o Estado de Direito como o governo em que todas as ações são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas, dirigidas, pois, a pessoas ainda desconhecidas e para finalidades inespecíficas.

Hayek (1990) defende que a existência do Estado de Direito implica uma limitação ao campo legislativo, restringindo as Leis a normas gerais e conhecidas, excluindo-se toda legislação que vise diretamente a determinados indivíduos.

Assim, nota-se uma clara interpenetração entre o pensamento dos autores, uma vez que para ambos as Leis e o Estado de Direito devem constituir normas gerais e abstratas, direcionadas indistintamente a todo o povo, sem a possibilidade de direcionamento individual.

Por outro lado, é oportuno ressaltar que os autores divergem em relação às consequências da existência de Leis individuais e concretas. Com efeito, para Rousseau (1978), não há, de maneira alguma, vontade geral em um objeto particular. Para ele, portanto, essa vontade, se individual, é algo estranha ao próprio Estado, não podendo dele fazer parte. Rousseau (1978) defende, pois, que em uma legislação perfeita a vontade do particular deve ser nula.

Hayek (1990), por sua vez, não retira do Estado a existência de leis individualistas. Para ele, se uma lei com esse conteúdo é aprovada pelo parlamento, ela não deixará de existir e de considerar determinadas condutas legais, no entanto, esta lei estaria a infringir o Estado de Direito e conduziria diretamente a um Estado Totalitário, como já foi observado em alguns países da Europa.

Nota-se, portanto, a partir do estudo dos autores abordados até aqui, que o Estado nasceu de uma necessidade dos homens, movidos por sentimentos de liberdade e segurança. Viu-se, ademais, que a fim de dar movimento e vontade a esse ente moral, é necessária a edição de Leis que reflitam a vontade geral e sejam aplicadas de maneira abstrata e uniforme a todo o povo, sob pena de se desvirtuarem as próprias finalidades do Estado.

#### **4. O Governo como força necessária do Estado**

De acordo com a evolução própria do conceito de Estado, chega-se ao necessário estudo dos tipos de Governo, em especial a Democracia. Isso porque a teoria clássica do pensamento político, após apresentar os fundamentos de construção do Estado, buscou estabelecer qual a forma de governo seria mais apropriada para cada tipo de Estado. Nesse ponto, destacam-se novamente as ideias de Rousseau (1978) em contraponto com o pensamento contemporâneo, em especial as ideias marcadamente opostas de Schumpeter (1983) e Hayek (1990).

##### 4.1. Vontade Geral, Governo e Democracia para Rousseau (1978)

Para Rousseau (1978), o Estado, advindo do Contrato Social, deve ser dirigido por uma vontade geral. Isso porque, segundo ele, tendo a origem do Estado remontado à oposição de interesses particulares, tornando necessário o estabelecimento de uma sociedade, deve-se buscar na conciliação desses interesses o ponto comum que serve de mola propulsora do Contrato Social. Com efeito, Rousseau (1978) afirma que sem esse ponto comum entre diferentes interesses fornecedores do laço social nenhuma sociedade poderia existir, pois é à base deles que se governa o Estado.

Assim, Rousseau (1978) define soberania como o exercício da vontade geral, sendo o soberano um ser coletivo responsável por dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, ou seja, segundo o que o autor denomina de bem comum.

Nesse particular, como ressaltado alhures, a direção das forças do Estado é feita por meio de Leis e, segundo Rousseau (1978), o poder de estabelecer as Leis pertence ao povo e só a ele pode pertencer. Ocorre que o Estado precisa de uma

força pública, ou seja, um agente próprio que zele pelo efetivo cumprimento das Leis, pondo-as em prática:

Que é, portanto, o governo? Um corpo intermediário, estabelecido entre os vassallos e o soberano, para possibilitar a recíproca correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política (ROUSSEAU, 1978, p. 79)

Assim, para Rousseau (1978), governo é o exercício legítimo do poder executivo. Segundo o autor, se o depósito do governo é confiado ao povo em conjunto ou à maioria do povo, a essa forma de governo dá-se o nome de Democracia, que seria a mais adequada, pois quem faz a lei sabe melhor que ninguém como deve ser ela executada e interpretada.

Rousseau (1978), entretanto, adverte que jamais existiu uma democracia verdadeira, nem jamais existirá. Isso porque a democracia em Rousseau pressupõe a contínua e incessante reunião do povo para tratar dos negócios públicos, ou seja, o autor defende a existência de uma democracia direta, uma vez que, para ele, a democracia representativa constituiria outra forma de governo: “é fácil de ver que não poderia ele [povo] estabelecer comissões para isso, sem mudar a forma de administração” (ROUSSEAU, 1978, p. 94).

Além disso, a democracia para Rousseau (1978) pressupõe também a igualdade entre os homens. O autor defende que o exercício democrático só é possível quando se está diante de uma igualdade das classes e das riquezas do povo, uma vez que sem essa igualdade não subsistiria o exercício legítimo da democracia. De se ver, portanto, que Rousseau (1978) rechaça a possibilidade de se estabelecer uma democracia plena perante a sociedade: “Se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens” (ROUSSEAU, 1978, p. 96).

## **5. A visão contemporânea da Vontade Geral e Democracia: contraponto à posição clássica de Rousseau**

A visão clássica de vontade geral como a organização das atividades da sociedade em função de um bem comum passou a ser relativizada por alguns autores do século XIX. Com efeito, o paradigma clássico do interesse comum

suscitou debates acerca do verdadeiro significado de expressões até então consagradas como “bem comum”, “bem-estar geral” e “interesse comum”.

Nessa esteira, autores como Hayek (1990) e Schumpeter (1983) apresentaram uma perspectiva contraposta à teoria clássica vista em Rousseau (1978)

### 5.1. Vontade Geral em Hayek

Hayek (1990) escreveu O Caminho da Servidão no contexto da Segunda Guerra Mundial, oportunidade em que o Socialismo encontrava-se em grande expansão na Europa, advindo de ideias irradiadas da Alemanha. O objetivo primordial do autor era frear o crescimento das ideias socialista, que, segundo ele, significava escravidão e o rompimento definitivo com o passado recente e toda a evolução da civilização ocidental.

O autor austríaco defendia o individualismo e o respeito ao indivíduo como ser humano, reconhecendo a supremacia de suas preferências e opiniões na esfera individual.

Embora seja Liberal, Hayek criticava o liberalismo de então. Isso porque a ganância do homem e a ambição advinda do sucesso alcançado firmaram nos liberais daquela época uma forte convicção de que era imprescindível haver irrestrita liberdade na área econômica. No entanto, Hayek (1990) criticava a tentação de apresentar essa liberdade como uma regra sem exceções:

Há, em particular, enorme diferença entre criar deliberadamente um sistema no qual a concorrência produza os maiores benefícios possíveis, e aceitar passivamente as instituições tais como elas são. Talvez nada tenha sido mais prejudicial à causa liberal do que a obstinada insistência de alguns liberais em certas regras primitivas, sobretudo o princípio do *laissez-faire* (HAYEK, 1990, p. 42)

Nesse contexto, Hayek (1990) defendia que a concorrência tão propalada pelos Liberais não poderia estar em absoluto livre de qualquer intervenção estatal. Para ele, a concorrência só funcionaria de forma benéfica com a criação de uma

estrutura legal seriamente elaborada, admitindo, pois, uma intervenção estatal que auxiliaria o seu funcionamento.

Hayek (1990), portanto, procurou reordenar as ideias liberais da época, alinhando-as com um pensamento mais consentâneo com uma franca intervenção estatal, tudo no intuito de frear a investida socialista. Isso porque o socialismo até então se espalhava rapidamente com as promessas de se estabelecer em toda a sociedade o Bem Comum.

Assim, as ideias socialistas traziam consigo uma espécie de resgate dos valores clássicos, mormente aqueles relacionados ao bem comum. Com efeito, a expansão socialista caracterizava-se pela crescente ideia de se organizar as atividades da sociedade em função de um objetivo social definido, que seria o interesse comum no bem estar geral.

Esse objetivo social assemelha-se à Vontade Geral teorizada por Rousseau (1978) em O Contrato Social, no século XVIII. Aqui nasce o primeiro contraponto das ideias de Hayek (1990) à filosofia Rousseauiana. Isso porque Hayek era um ferrenho crítico da noção de bem comum posta até então. Segundo ele, não haveria uma direção consciente do Estado visando a uma finalidade única porque não se poderia escalonar que valores devem ser primeiramente atendidos a ponto de se direcionar todos os esforços econômicos para a consecução de tais fins.

O “objetivo social” ou o “propósito comum” para o qual se pretende organizar a sociedade costuma ser vagamente definido como o “bem comum”, o “bem-estar geral” ou o “interesse comum”. Não é necessário muito esforço para se perceber que esses termos não estão suficientemente definidos para determinar uma linha específica de ação. O bem-estar e a felicidade de milhões não podem ser aferidos numa escala única de valores (HAYEK, 1990, p. 75)

Assim, Hayek (1990) procura demonstrar que o paradigma do bem comum não se encontra tão facilmente delineado como propunha o pensamento clássico. Os limites desse interesse único são determinados pelo grau de consenso dos indivíduos, ao passo que esse consenso tende a diminuir à medida que se amplia a quantidade de indivíduos atingidos pelas medidas.

## 5.2. A Vontade Geral em Schumpeter

Schumpeter (1983), em *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, tece uma crítica à ideia de uma vontade popular soberana, como teorizou Rousseau. Para o autor, na essência, há uma certa exploração política dessa ideia de vontade abstrata que permeou o pensamento clássico.

Em sua obra, o autor procurou demonstrar a irracionalidade do comportamento humano no campo político. Para explicar essa irracionalidade, evidenciou o reduzido senso de responsabilidade e a ausência de vontade efetiva que permeiam a ignorância do cidadão e a falta de bom senso em assunto de política interna e externa.

Tais fatos, para o autor, ajudam a explicar a manipulação política de certos grupos de poder sobre a massa de cidadãos, perpetuando a sua exploração. Segundo Schumpeter, a atuação de tais grupos tem o condão de modelar e até mesmo criar a vontade do povo. Aqui, portanto, reside a contraposição ao pensamento clássico. Com efeito, para o autor contemporâneo, a vontade do povo é o resultado e não a causa primeira do processo político, como teorizavam os clássicos, notadamente o pensamento rousseauiano.

Schumpeter explica que esse controle da vontade é manipulado pela transmissão cotidiana de informações parciais, as quais são predefinidas para que os cidadãos cheguem a determinadas conclusões e, conseqüentemente, transmudem o pensamento coletivo em uma forma particular de alienação. Não há, segundo o autor, a transmissão de informações imparciais que ajudem o indivíduo a formar uma opinião própria.

Tais informações e argumentos, portanto, servem a um fim político, enganando gradualmente o povo e o levando a fazer algo que não deseja. Para Schumpeter: “O papel do povo é formar um governo, ou corpo intermediário, que, por seu turno, formará o executivo nacional, ou governo (SCHUMPETER, 199, p. 321).

Assim, para o autor, no modelo democrático, a condução do Estado é afetada a representantes do governo que são os verdadeiros responsáveis pela tomada de decisões políticas. Desse modo, o autor explica que a definição do que



seria o “bem comum” fica nas mãos de quem detém maior apoio em relação aos demais indivíduos concorrentes.

Nesse modelo democrático, portanto, há um arranjo institucional para se tomarem as decisões políticas e um acordo institucional para se chegar a uma decisão política.

Schumpeter assevera ainda que a política democrática visa, em última instância, a obtenção de poder e cargos políticos, relegando a um segundo plano a função social de representação da vontade real daqueles que elegeram o governo. Assim, nota-se um claro desvio de orientação acerca da vontade geral entre o pensamento clássico e o contemporâneo.

E mais, para autor, como visto, nem mesmo essa escolha dos representantes políticos é feita livremente, mas, sim, criada de maneira artificial, visto que os eleitores não escolhem com independência.

Nessa esteira e em outra crítica ao pensamento clássico, Shumpeter destaca que os Partidos Políticos não são “um grupo de homens que tenciona promover o bem-estar baseado em algum princípio comum”. Para ele, o partido tem por objetivo a luta pelo poder político.

## **6. Considerações Finais**

A discussão proposta chama a atenção para se comprar importantes pontos do pensamento clássico de filósofos políticos do século XVIII ao pensamento contemporâneo capitaneado pela filosofia surgida no século XIX.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o surgimento do Estado foi visto como uma forma de solucionar os problemas do homem na sociedade.

Pondera-se, portanto, que o pensamento clássico, ora representado por Rousseau (1978), viu o surgimento do Estado movido por sentimentos coletivos de segurança e propriedade, como forma de regulação do ser humano em seu estado natural. Dessa forma, obliterou-se o estado de incerteza e subserviência que impingia aos homens naturais a impossibilidade de desenvolvimento e facultou-se a capacidade de organização social, garantindo-se liberdade, segurança e prosperidade.

Nessa perspectiva, o Estado organizado foi determinante para o surgimento da sociedade política organizada, mormente ao se considerar os prenúncios do nascimento desse ser coletivo e as garantias adquiridas com o seu desenvolvimento.

Atualmente, entretanto, os autores contemporâneos nos dão uma outra perspectiva acerca do funcionamento estatal. Para eles, os paradigmas da formados pelo pensamento clássico devem ser revistos, na medida em que o processo de formação política do Estado perpassa por arranjos de poder que ultrapassam a mera teorização do bem comum e da necessidade do Estado como medo garantidor de igualdade e segurança.

A teoria contemporânea enxerga o Estado além do dever-ser e traz para a nossa realidade uma visão teórica isenta dos influxos românticos que anotavam ao pensamento clássico uma visão de Estado garantidor do vontade geral.

### **Referências**

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Trad. Anna Maria Capovilla et al. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Trad. Lourdes Santos Machado. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

## **INSTRUMENTOS PARA A TUTELA DE DIREITOS EM DO RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DA NORMA REGULAMENTADORA DO ARTIGO 29, II, DA LEI 8.213/99**

**GUSTAVO NOBUHICO KASAOKA:** Mestrando do núcleo de pesquisa em Direito Processual Civil, da PUC de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela COGEAE-PUC/SP. Membro colaborador do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO. Oficial do 13º. Gabinete da 5ª. Turma Recursal/SP - 3a. Região.

**Resumo:** O presente estudo analisa os instrumentos jurídicos disponíveis para a tutela de direitos atingidos pelo reconhecimento da ilegalidade das normas regulamentadoras do art. 29, inciso II, da lei de Benefícios da Previdência Social (8.213/99), no período de 29 de novembro de 1999 a 18 de agosto de 2009. Examina, na esfera da Administração, o Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS; e, em sede jurisdicional, a ação civil pública - ACP n. 0002320-59.2012.4.03.6183; assim como, a possibilidade da propositura de ação individual.

**Palavras-chaves:** Direito Processual Civil. Direito previdenciário. Revisão de benefício previdenciário. Renda mensal inicial (RMI). Artigo 29, inciso II, da LBPS (Lei n. 8.213/99).

**Abstract:** The aim of this essay is to analyze the legal instruments to assure rights in face of the declaration of illegality of the regulatory norms of the article 29, II, of the act n. 8213/99, between November 29th, 1999 and August 18th, 2009. It will examine, in the Administrative field, the Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS; and in the jurisdictional field, the class action n. 0002320-59.2012.4.03.6183, and therefore the possibility to file individual lawsuits.

**Keywords:** Civil Procedure Law. Social Security Law. Retirement revision. Initial retirement income. Article 29, Section II, from the LBPS (act n. 8.213/99).

**Sumário:** Introdução – 1 Do método de Cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) – 1.1 O Critério de Cálculo da RMI até a Promulgação da Constituição Federal de 1988 – 1.2 O Critério de Cálculo da RMI a partir da Promulgação da Constituição Federal

de 1988 – 1.3 A Fórmula de Cálculo da RMI dos Benefícios de Aposentadoria por Invalidez, Aposentadoria Especial, Auxílio-doença e Auxílio-acidente utilizada pela Administração Pública entre 29 de Novembro de 1999 (Decreto n. 3.265/1999) e 18 de Agosto de 2009 (data anterior à vigência do Decreto n.º 6.939/2009 – 2 Dos instrumentos jurídicos para a tutela dos direitos afetados – 2.1 Da Prerrogativa de Autotutela da Administração Pública – 2.1.1 O Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS de 2010 – 2.2. Do Controle Jurisdicional dos Atos da Administração Pública – 2.2.1 Da jurisdição e sua perspectiva funcional – 2.2.2 A ação civil pública n. 0002320-59.2012.4.03.6183 – 2.2.3 Das Situações Estabelecidas na Esfera Jurídica Individual dos Beneficiários e Pensionistas Afetados. Conclusão.

---

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se ao estudo sobre o critério de aferição da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários previsto no artigo 29, inciso II, da Lei n. 8.213/99, compreendido entre 29 de novembro de 1999 a 18 de agosto de 2009, e os reflexos decorrentes do reconhecimento da ilegalidade dos dispositivos regulamentadores contidos no Decreto n. 3256/99.

A problemática está envolta na seguinte questão: considerando a edição do Decreto n. 6.939/09, que revogou o texto do § 20, do artigo 32, e alterou o artigo 188-A, § 4º, do Decreto 3.048/99; considerando, também, o Memorando Circular Conjunto n. 21/2010/DIRBEN/PFE/INSS; considerando, ainda, a existência de acordo homologado na ação civil pública n. 0002320-59.2012.4.03.6183 (no âmbito de abrangência da jurisdição do Tribunal Regional Federal da 3ª Região); perquire-se sobre se a existência de sentença homologatória de acordo proferida em ação civil pública, ainda que faça coisa julgada, nos termos do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), excluiria o direito de ação da parte autora, *in abstracto*, de mover demanda de natureza individual (artigo 103, § 1º, do CDC).

A resposta a esta pergunta traz desdobramentos importantes na seara do direito processual, assim como, no próprio direito material.

### 1 DO MÉTODO DE CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI)

A relevância do estudo sobre o método de aferição da renda mensal inicial (RMI) dos benefícios previdenciários é observada em diversas esferas da sociedade, *v.g., i)* no campo de interesse dos *beneficiários e pensionistas* do Regime Geral da Previdência Social, verifica-se por estar diretamente relacionado com o valor pecuniário que é ou será mensalmente auferido; *ii)* no campo *normativo*, em que pese posterior alteração sufragada pelo advento da Emenda Constitucional n. 20/98, suficiente seria apontar a preocupação do Poder Constituinte originário de 1988 em reservar *status* constitucional à norma referente ao critério de cálculo da RMI, conforme a redação original dada ao *caput* do artigo 202 da Constituição da República;<sup>[1]</sup> como, também, *iii)* no âmbito da *atividade jurisdicional*, nota-se o crescente número de demandas ajuizadas com o fim de revisar a renda mensal inicial ou reajustar a renda mensal dos benefícios e pensões, impondo-se ao Poder Judiciário, dentre outras medidas – aqui, no campo de administração da Justiça - a criação e expansão das Varas Federais Previdenciárias, dos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais.<sup>[2]</sup>

Há de se salientar, ademais, que a origem da norma que estabelece o modo de aferição da renda mensal dos benefícios previdenciários além de técnica é cultural.<sup>[3]</sup>

Em outras palavras, se analisada a evolução histórica dos institutos normativos previdenciários é possível observar transmutações consideráveis sobre os institutos que normatizam e regulamentam o método de apuração da RMI (renda mensal inicial) com nítido viés de manter alinhados: (i) aparato normativo previdenciário e (ii) anseios e necessidades socioeconômicos da população.<sup>[4]</sup>

Sob este cenário está inserto o estudo da norma do artigo 29, *caput* e, em especial, *inciso* II, da Lei dos Benefícios Previdenciários, n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que, desde sua redação original, vem sofrendo substanciais reformulações.

### **1.1 O Critério de Cálculo da RMI até a Promulgação da Constituição Federal de 1988**

Antes da promulgação da Constituição da República de 1988, a Lei n. 5.890/73 definia o método de cálculo da RMI dos benefícios de prestação

continuada tomando-se por base o salário-de-benefício que, em termos gerais, se resumia da seguinte forma:

i) para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, 1/12 da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12, apurados em período não superior a 18 meses;

ii) para as demais espécies de aposentadoria, 1/48 da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 48 apurados em período não superior a 60 meses.

Esse regramento foi alterado pela Lei n. 6.210/75, posteriormente sintetizado na Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS/76 (Decreto n. 77.077/76), mantido na CLPS/84 (Decreto n. 89.312), que estabeleceu o seguinte:

i) para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, 1/12 da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12, apurados em período não superior a 18 meses;

ii) para as demais espécies de aposentadoria e para o abono de permanência em serviço, 1/36 da soma dos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da entrada do requerimento, até o máximo de 36, apurados em período não superior a 48 meses.

Com relação aos salários-de-contribuição utilizados no cálculo dos benefícios de: *a)* auxílio-doença; *b)* aposentadoria por invalidez; *c)* pensão; ou *d)* auxílio-reclusão, não havia previsão de correção monetária, o que trazia prejuízos aos segurados diante do cenário hiperinflacionário da época.

Hermes Arrais Alencar (2012, p. 47), neste sentido, afirma que a ausência da previsão da correção monetária para os benefícios e pensão enumerados acima “resultava enorme defasagem do valor inicial do benefício, porque a espiral

inflacionária corroía fortemente a expressão monetária dos salários-de-contribuição utilizados para extração do salário-de-benefício.”

Em razão da defasagem do valor da renda mensal inicial dos benefícios até aqui analisados, com a promulgação da Constituição de 1988, verifica-se importante alteração na fórmula de aferição da RMI.

### **1.2 O Critério de Cálculo da RMI a partir da Promulgação da Constituição Federal de 1988**

Com o advento da Constituição de 1988 a metodologia de apuração do valor dos benefícios previdenciários sofreu substancial alteração; apesar de ter sido mantido o procedimento de cálculo do valor do benefício com base na média aritmética dos salários-de-contribuição, garantiu aos segurados a correção monetária de todos os salários-de-contribuição considerados no cálculo do benefício previdenciário, artigos 201, § 3º, e 202 do texto constitucional.

Com a ressalva, no entanto, de que a norma constitucional - conforme entendimento então sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 193.456-5/RS, voto condutor proferido pelo Ministro Maurício Correa - não era autoaplicável e necessitava de integração legislativa.

Em 24 de julho de 1991, foi promulgada a Lei 8.213/91 que disciplinou a nova fórmula de cálculo do valor dos benefícios previdenciários de modo que os benefícios previdenciários somente passariam a ser calculados com a correção monetária de todo o período básico de cálculo (PBC) a partir de 05 de abril de 1991 - em estrita observância ao artigo 59, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Este método de apuração da RMI foi utilizado até a alteração constitucional levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 20/98, que acabou permitindo a desconstitucionalização do critério de cálculo das aposentadorias do RGPS.

Sobre a reforma do sistema geral da previdência, advinda da edição da EC 20/98, discorre Reinhold Stephanes:

Com a reforma, foi desconstitucionalizado o item que estabelecia a forma de cálculo para definir o valor do benefício no regime INSS. Ele consiste ainda na média dos últimos 36 meses do salário de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês. A intenção é disciplinar este assunto por meio de lei, considerando um período maior para o cálculo, de pelo menos dez anos anteriores à solicitação do benefício. A mudança, entretanto, seria gradativa, começando com um período de cinco anos.

A principal razão da alteração é que o período de 36 meses não expressa a realidade da vida contributiva e laboral do trabalhador. De fato, este pequeno período favorece aqueles mais qualificados e mais bem estruturados no mercado de trabalho, e cujas possibilidades de ganhos são maiores à medida que vão acumulando conhecimento e experiência. Em contrapartida, prejudica aqueles cujo rendimento depende de esforço físico. Esses trabalhadores, quando vão ficando mais velhos, perdem a capacidade de trabalho e, em consequência, o seu rendimento. Além disso, um pequeno período de exigência dá margem à possibilidade de fraudes, pois facilita que sejam forjadas situações entre patrões e empregados apenas com a finalidade de conseguir um benefício melhor. (STEPHANES, 1998, pp. 199-200)

Por conseguinte, para atender ao intuito daquela reforma, no ano seguinte ao advento da Emenda Constitucional n. 20/98 entrou em vigor a Lei n. 9.876/99 que se ocupou de alterar a redação do art. 29, da Lei n. 8.213/91.

Assim, a fórmula de cálculo do salário-de-benefício passou a ser feito com base na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo – com a inclusão de uma regra de transição que considerava a competência de julho de 1994 como termo inicial do período básico de cálculo para aqueles que, antes da vigência da alteração, já se encontravam inscritos no RGPS.

Mencione-se, de passagem, que o fator previdenciário foi introduzido pela Lei n. 9.876/99, instituto que causa ainda hoje debates no meio acadêmico e contencioso judicial, mas que foge do âmbito de estudo do presente trabalho.



**1.3 A Fórmula de Cálculo da RMI dos Benefícios de Aposentadoria por Invalidez, Aposentadoria Especial, Auxílio-doença e Auxílio-acidente utilizada pela Administração Pública entre 29 de Novembro de 1999 (Decreto n. 3.265/1999) e 18 de Agosto de 2009 (data anterior à vigência do Decreto n.º 6.939/2009)<sup>[5]</sup>**

Tecidas considerações gerais sobre os critérios de fixação da renda mensal dos benefícios e pensões, cumpre dar seguimento ao estudo analítico-sistemático das leis e regulamentos que dispõem e/ou dispuseram sobre o tema, dando especial relevo ao lapso temporal compreendido entre 29 de novembro de 1999 a 18 de agosto de 2009.

O artigo 29, inciso II, da LBPS, nos termos da redação da Lei n. 9.876/99, estabelece que:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

(...)

II - para os benefícios de que tratam as alíneas *a*, *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

Os benefícios elencados nas alíneas *a*, *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 18, da LBPS, dizem respeito à aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, auxílio-doença e auxílio-acidente:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

a) aposentadoria por invalidez;

(...)

d) aposentadoria especial;

e) auxílio-doença;

(...)

h) auxílio-acidente;

O artigo 3º, da Lei n. 9.876/99, estabeleceu norma de transição que estabeleceu o critério para obtenção da renda mensal inicial do benefício aos segurados até então filiados ao RGPS (Regime Geral da Previdência Social), nos seguintes termos:

Art. 3º Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos [incisos I e II do caput do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991](#), com a redação dada por esta Lei.

Com o fim de regulamentar a Lei n. 9.876, foi editado o Decreto n. 3.265/99, de 29 de novembro de 1999, que trouxe nova redação ao artigo 32, do Decreto n. 3.048/99, conforme a seguir:

Art. 32 O salário-de-benefício consiste:

(...)

II - para as aposentadorias por invalidez e especial, auxílio-doença e auxílio-acidente na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

(...)

§ 2º Nos casos de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, contando o segurado com menos de cento e quarenta e quatro contribuições mensais no período contributivo, o salário-de-benefício corresponderá à soma dos salários-de-contribuição dividido pelo número de contribuições apurado.[grifei]

Os dispositivos do artigo 32, inciso II e § 2º tratavam da regra geral destinada àqueles que se filiassem ao RGPS a partir da vigência das novas regras de apuração da renda mensal inicial, concomitantemente àquela norma geral, foi introduzida norma de transição para regulamentar a situação daqueles segurados que já se encontravam filiados ao regime geral, conforme artigo 188-A, § 3º, do Regulamento da Previdência Social, introduzido pelo Decreto n. 3.265/99, *in verbis*:

Art. 188-A. Para o segurado filiado à previdência social até 28 de novembro de 1999, inclusive o oriundo de regime próprio de previdência social, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do caput e § 14 do art. 32.

(...)

§ 3º Nos casos de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, contando o segurado com salários-de-contribuição em *número inferior a sessenta por cento do número de meses decorridos desde a competência julho de 1994 até a data do início do benefício, o salário-de-benefício corresponderá à soma dos salários-de-contribuição dividido pelo número de contribuições mensais apurado*. [grifei]

Em 2005, o Regimento da Previdência Social (Decreto 3.048/99) foi alterado pelo Decreto n. 5.545/05 que revogou o artigo 32, § 2º, e, em contrapartida, introduziu o § 20 no artigo 32; o mesmo ocorrendo com o art. 188-A, § 3º, que, em substituição, recebeu dispositivo alocado no § 4º, com as seguintes redações:

Art. 32.

(...)

§ 20. Nos casos de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, contando o segurado com menos de cento e quarenta e quatro contribuições mensais no período contributivo, o salário-de-benefício corresponderá à soma dos salários-de-contribuição dividido pelo número de contribuições apurado.

Art. 188-A.

(...)

§ 4º Nos casos de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, contando o segurado com salários-de-contribuição em número inferior a sessenta por cento do número de meses decorridos desde a competência julho de 1994 até a data do início do benefício, o salário-de-benefício corresponderá à soma dos salários-de-contribuição dividido pelo número de contribuições mensais apurado.

Um breve parêntesis, ainda no ano de 2005 (28 de março) houve a publicação da Medida Provisória n. 242/05. Tal norma pretendeu alterar a redação do art. 29 da Lei 8.213/91, modificando a forma de cálculo dos benefícios de auxílio-doença, que passou a consistir na média aritmética dos últimos 36 salários-de-contribuição ou, na sua ausência, na média aritmética simples dos salários-de-contribuição existentes, submetida a renda mensal, ainda, a um

subteto legal - a última remuneração do trabalhador (artigo 1º, da MP 242/05, dispondo sobre a redação do artigo 29, III e § 10º, da LBPS).

No entanto, ante a declaração pelo Senado Federal da inexistência dos pressupostos legais de relevância e urgência a referida Medida Provisória 242/05 foi arquivada.

Por fim, o critério diferenciado no modo de aferição da renda mensal inicial para aqueles segurados que não haviam alcançado 60% (sessenta por cento) do número de meses decorridos desde julho de 1994 até a data de início do benefício (DIB) – regra de transição – ou, então, que não possuísem 144 (cento e quarenta e quatro) contribuições, pela regra geral, gerou grande celeuma entre INSS e beneficiários de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e pensionistas, uma vez que acarretava em uma renda mensal menos vantajosa.

*1.3.1 O reconhecimento da ausência de suporte legal das normas que regulamentaram o artigo 29, inciso II da LBPS*

A celeuma instalada gerou discussão que assumiu proporção grandiosa<sup>[6]</sup> considerado o alcance de abrangência nacional e o lapso temporal em que aquelas normas regulamentadoras foram aplicadas pela Administração.

Como resultado, foram propostas inúmeras ações judiciais com o intuito de revisar o ato de concessão do benefício previdenciário ou a pensão decorrente daquele, nos estritos termos do artigo 29, inciso II, sob o fundamento de terem os decretos regulamentadores exorbitado o poder regulamentar, inexistindo respaldo legal para a criação daqueles critérios diferenciadores (artigo 32, § 20 e 188-A, § 4º).

Em 19 de agosto de 2009, foi publicado no D.O.U. o Decreto n. 6.939/09 que revogou o § 20, do artigo 32, e alterou o artigo 188-A, § 4º, ambos do Decreto 3.048/99.

Por conseguinte, em abril de 2010 foi editado o Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS, que disciplinou sobre as regras para o processamento do pedido de revisão, dispondo que dependia de requerimento administrativo do interessado para que a revisão surtisse efeito ou, então,

independentemente de pedido específico, quando fosse processada revisão no benefício por qualquer outro motivo.

Insuficientemente resolvida a questão em 2012 foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, perante a Vara Federal Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo, autuada sob n. 0002320-59.2012.4.03.6183.

Naquele Juízo Federal foi deferida liminar e, posteriormente, composta parcialmente a lide mediante a homologação de acordo fixando critério escalonado para o pagamento de eventuais valores atrasados. Tais critérios dependiam de variáveis como a idade do beneficiário; a situação do benefício: ativo, suspenso ou cessado; e os valores devidos.

Com base naquele acordo, o INSS editou a Resolução INSS/PRES nº 268, de 24 de janeiro de 2013 (D.O.U. DE 25/01/2013), retificada posteriormente pela Resolução n. 357, de 31 de outubro de 2013, de onde se extrai tabela com a previsão escalona dos pagamentos em até 10 (dez) anos – conforme tabela I do Anexo I, ao final.

Conclui-se, portanto, que no lapso temporal compreendido entre 29 de novembro de 1999 (vigência do Decreto n. 3265/99) e 18 de agosto de 2009 (data anterior à vigência do Decreto n.º 6.939/2009), para aqueles segurados que não haviam alcançado os 60% (sessenta por cento) do número de meses decorridos desde julho de 1994 até a data de início do benefício (DIB) – regra de transição – ou, então, que não possuíam 144 contribuições, a fórmula adotada pelo INSS para a aferição da RMI dos benefícios arrolados nas alíneas *a*, *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 18, da LBPS, era ilegal por inovar no ordenamento jurídico em flagrante contrariedade à lei regulamentada (art. 84, IV, da Constituição Federal).

## **2 DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A TUTELA DOS DIREITOS AFETADOS**

O Estado contemporâneo apresenta-se como Estado Social, é intervencionista e repudia a filosofia política dos *finis limitados*, uma vez que pretende chegar ao valor *homem* por meio do culto à *justiça*, ciente de que para

isto é indispensável dar ao conceito de *justiça* um conteúdo substancial e efetivo.<sup>[7]</sup>

Tomando como premissa um cenário em que existentes institutos estatais estruturados e guiados por valores como a *garantia da legalidade* e a busca por um conceito de *justiça substancial e efetivo*, esta segunda parte do trabalho tem o escopo de analisar os instrumentos jurídicos hábeis e disponíveis para a tutela dos direitos dos beneficiários e pensionistas do Regime Geral da Previdência Social afetados pela adoção de critério ilegal pela Administração Pública na aferição da RMI de seus benefícios e pensões, conforme se demonstrou ao longo dos itens anteriores.

## 2.1 Da Prerrogativa de Autotutela da Administração Pública

Ao discorrer acerca da posição singular da Administração Pública com relação à "pessoa privada ou pessoa jurídica privada" Cretella Júnior (1971) nos ensina que diversos traços gerais e especiais assinalam a tipologia da pessoa jurídica pública, dentre eles "a *capacidade* que, por mais variada que seja, ultrapassa de muito a paralela do direito privado, porque a pessoa jurídica pública dispõe de *prerrogativas ou privilégios*, decorrentes de seu poder de *imperium*, que lhe assegura posição singular no mundo jurídico."

Cretella Júnior (1971) aduz que a doutrina francesa tem dedicado excelentes páginas ao tema, empregando os vocábulos *puissance* e *pouvoir*, o primeiro devendo ser traduzido pelo nosso *potestade*, o segundo - *pouvoir* -, representando em nosso vocabulário comum e técnico-jurídico pelo termo *poder*.

Explica aquele autor que a expressão *prerrogativas públicas* ("puissance publique") *designa a situação toda (sic) especial que cerca a Administração, dotando-a de atributos necessários e suficientes para conferir-lhe uma série de prerrogativas - e também de restrições ou de sujeições -, exorbitantes do direito comum, inexistentes nas pessoas jurídicas de direito privado.*

Desta forma, inserida dentre as prerrogativas/sujeições da Administração está a *autotutela*.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2000, p. 73) aponta que pela autotutela “o controle se exerce sobre os próprios atos, com possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes e inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.”

O artigo 53, da lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal também dispõe sobre a autotutela, *in verbis*:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

O poder de autotutela encontra-se consagrado em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal que tratam, em especial, do poder-dever da Administração de rever seus atos quando eivados de vício de legalidade, são elas:

**Súmula 346:** A administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

**Súmula 473:** A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A autotutela, portanto, é a prerrogativa pública que permite à Administração agir de modo direto, por si mesma, sem necessidade de recorrer à via judicial, a fim de efetuar a defesa do bem público, ameaçado ou violado, em sua integridade.

#### *2.1.1 O Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS de 2010*

A Administração Pública utilizou-se de seu poder/dever de autotutela com o desígnio da pacificação social.



Para este intuito serviram: o PARECER PFE/INSS VIRTUAL N. 01/2007; a NOTA CGLN N. 363/2007, de 26/11/2007; e o PARECER CONJUR/MPS N. 248/2008; por meio dos quais resultou no advento do Decreto n. 6.939/2009 e na edição do Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS, de 15/04/2010.

Por meio da iniciativa da Procuradoria Federal Especializada do INSS (Parecer PFE/INSS VIRTUAL n. 1/2007) a questão foi levada à apreciação da Secretaria de Políticas de Previdência - SPS do MPS, que anuiu à conclusão daquela Procuradoria no sentido de serem ilegais os dispositivos regulamentares do RPS estudados no item anterior, bem como, ratificou a necessidade de se proceder à revisão dos benefícios calculados.

Do até aqui exposto, infere-se que a Administração Pública, por meio de seu poder/dever de autotutela, buscou restaurar a legalidade do método de cálculo dos benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e das pensões derivadas deles.

Não se pode olvidar que tais medidas são resultantes da iniciativa da Procuradoria Especializada do INSS que se deu em face da crescente quantidade de demandas que vinham enfrentando.

Não obstante o êxito obtido na satisfação do interesse de parcela dos beneficiários e pensionistas afetados pela aplicação de critério de cálculo menos vantajoso, há de se ressaltar que o Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS dispunha sobre a necessidade de manifestação por parte do interessado, ainda que indiretamente, para que o INSS, por meio de suas agências, pudesse proceder com a revisão da renda mensal inicial de benefícios e pensões.

Desta maneira, parcela considerável de beneficiários e pensionistas optaram por mover ações em face da autarquia previdenciária perante o Poder Judiciário.

#### 2.1.1.1 Prescrição e decadência

Conforme leitura que se depreende do *Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS*, em especial, com relação ao item 4 e seus subitens, estipulou-se que o prazo de prescrição quinquenal (art. 103, parágrafo único, da

Lei n. 8213/91) deve ser considerado a partir da Data do Pedido de Revisão - DPR (subitem 4.6), no caso de revisões requeridas a partir da publicação do referido memorando-circular conjunto; o mesmo termo é contado para a aferição do prazo decadencial decenal (subitem 4.1.).

Contudo, no caso de pendência de ação judicial proposta anteriormente à publicação daquele memorando, estipulou-se que a data de ajuizamento da demanda seria a considerada para fins de cômputo do prazo prescricional (subitem 4.7).

## **2.2. Do Controle Jurisdicional dos Atos da Administração Pública**

No Brasil não se admite o contencioso-administrativo. O sistema brasileiro de acesso à jurisdição adota o sistema uno, exercendo o Poder Judiciário a função de controle sobre determinados atos da Administração.[\[8\]](#)

Considerando o sistema jurídico pátrio atual, tal afirmação parece irrelevante; não se pode olvidar, todavia, que nosso ordenamento jurídico advém de raízes da família romano-germânica.

Analisando-se a evolução histórica dos ordenamentos de tradição romano-germânica denota-se que esta vertente caracterizava-se essencialmente pelo escopo privatista, em que o "direito civil" figurava como o centro por excelência da ciência jurídica.

Em outras palavras, na tradição romano-germânica as jurisdições instituídas ou reconhecidas pelo Estado só podiam desempenhar suas funções na esfera do direito privado. Se a Administração figurasse como parte do litígio, todo o sistema ver-se-ia falseado, tanto no plano da teoria quanto da prática.[\[9\]](#)

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio enveredou-se por senda diversa.

O sistema uno foi introduzido pelo constituinte de 1946, conforme disposto no artigo 141, § 4º, e perdura até hoje no texto constitucional de 1988; *v.g.*, os incisos dos artigos 102 e 109, da Carta Republicana de 1988.

Assim, o importante destaque ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da CF, que estabelece que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

### 2.2.1 Da jurisdição e sua perspectiva funcional

Cândido Rangel Dinamarco nos ensina que a jurisdição é *uma das expressões do poder estatal*, e não o poder estatal propriamente dito, sendo este, uno. Confira a seguir:

(...) inserindo a jurisdição no quadro da política e do poder, decorre com muita naturalidade que ela não é e não pode ser, como costuma ser dito, um poder do Estado. O poder é uma inerência deste e chega-se a afirmar, até, que "o Estado é poder". Se poder é a capacidade de impor as próprias decisões, nem logicamente se pode conceber a convergência de uma suposta pluralidade de poderes sobre uma só entidade: dispondo ela de poder, ou seja, exercê-lo-á em variadas direções, conforme os objetivos específicos e, portanto, as funções assumidas. Por isso é que, em vez de definir-se como um poder do Estado, a jurisdição deve ser vista como uma das expressões do poder estatal, que é uno. (DINAMARCO, 2009, pp. 135-139)

Como *expressão estatal do poder* a perspectiva funcional da jurisdição deve servir ao bem comum observando-se as mutações e contingências sociais no âmbito de alcance de seu exercício.

Assim, o mestre das Arcadas identifica alguns dos objetivos que o Estado deve buscar atingir por meio da atividade jurisdicional, citando: i) os propriamente jurídicos (atuação da vontade do direito substancial); ii) no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios); e iii) no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas). Conforme se extrai do fragmento transcrito abaixo:

(...) Na busca do bem comum, o Estado sente a necessidade de remover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do homem. Daí os serviços que presta à população e que tradicionalmente costumam ser agrupados nas três clássicas funções consideradas. Essa é, conforme prometido, uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificar a jurisdição segundo os objetivos que através dela o Estado busca atingir. Existe realmente um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas). A jurisdição caracteriza-se, pois, como uma das funções do Estado, voltada aos objetivos assim definidos. (2009, pp. 135-139)

Como desdobramento desta primeira análise, tem-se a proposta de Dinamarco (2009) da consideração do poder (ou a jurisdição como *expressão estatal do poder*) por dois aspectos, como *relação* e como *processo*, residindo neste segundo o que ele denomina *dinâmica do poder*.

Deste modo, a distinção entre a noção de *jurisdição* e a de *processo* deve estar suficientemente clara. Não se confunde o poder (jurisdição) com o método predisposto ao seu exercício (o processo). Conclui-se que por meio do processo tem-se o exercício da jurisdição.

Desta forma, chega-se ao ponto em que se faz necessário perquirir, criticamente, o papel que o processo desempenha para a consecução dos objetivos do Estado Social, bem como, os reflexos que incidirão sobre o direito previdenciário.

### 2.2.2 A ação civil pública n. 0002320-59.2012.4.03.6183

Na busca da reestruturação do processo adequado aos escopos sociais e políticos da jurisdição, surge movimento legislativo para o redimensionamento dos institutos processuais, *v.g.*, a elaboração de normas como a Lei de Pequenas Causas (lei n. 7.244/84, posteriormente revogada pela lei n. 9.099/95); a Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347/85 - LACP); o Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078/90 - CDC).

Por meio destes diplomas legais foram propostas releituras aos institutos processuais clássicos, cabendo destacar: a *legitimação para a causa* e a *coisa julgada*.

Com relação à *legitimação para a causa*, com a promulgação da LACP em 1985, foi dado o primeiro passo para a quebra do paradigma da já sedimentada disposição do artigo 6º, do Código de Processo Civil, de que: *ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*.

Assim, a LACP, por meio de seu artigo 5º, legitimou expressamente às ações coletivas o Ministério Público, outros entes públicos, bem como, as associações que, pré-constituídas há pelos menos um, tivessem entre seus fins institucionais a defesa dos bens e direitos protegidos por aquela lei.

A Constituição de 1988 manteve as linhas traçadas inicialmente na lei de 1985, cujo esquema foi preservado pelo CDC de 1990.

Deste modo, conforme nos ensina Ada P. Grinover:

(...) estava garantido o acesso à justiça a amplos segmentos da população, pela via das ações coletivas, por intermédio dos portadores, em juízo, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. E, assegurada, de um lado, a participação popular pelo processo e, de outro, a consecução dos fins jurídicos, sociais e políticos da jurisdição. (GRINOVER, 2006)

Com relação ao instituto da *coisa julgada*, Grinover (2006) afirma que já estava consolidada na doutrina processual a limitação subjetiva, às partes, a

imutabilidade da sentença e de seus efeitos. Neste sentido, o dispositivo do artigo 472, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiro.

O regime da coisa julgada *secundum eventum litis* é introduzido no ordenamento jurídico por meio da norma contida no enunciado do artigo 18, da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), *in verbis*:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A partir de 1965 o ordenamento começou a delinear a ampliação subjetiva da decisão final transitada em julgado, prevendo o efeito *erga omnes* ao julgado na ação popular constitucional.

Estes princípios foram adotados pela LACP/85 (artigo 16) e, posteriormente, no CDC/90 o legislador foi além, uma vez que, conforme A. Grinover:

(...) não só agasalhou os princípios da Lei da Ação Popular e da LACP, para os processos coletivos em defesa de interesses difusos e coletivos; mas ainda, ao regular os processos em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivamente tratados, adotou igualmente a coisa julgada 'erga omnes', mas agora 'secundum eventum litis'." (GRINOVER, 2006)

Do até aqui exposto, o que se pretendeu demonstrar foi a (re)evolução dos institutos processuais que permitiu, em 2012, a propositura da ação civil pública n. 0002320-59.2012.4.03.6183, proposta pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, que tinha dentre os pedidos a revisão dos benefícios, cujos detalhes da transação firmada foi exposta no item 2.3.1.

#### 2.2.2.1 Prescrição e decadência

Ficou entabulado no acordo proposto pelo INSS e anuído pelas partes que o prazo prescricional quinquenal, nos termos do artigo 103, parágrafo único, e da decadência decenal, *caput* do artigo 103, ambos da LBPS, teriam como termo a data da citação da autarquia na ACP n. 0002320-59.2012.4.03.6183, ocorrida em 17/04/2012.

Exceção a esta regra era a situação dos beneficiários e pensionistas que haviam requerido a revisão na via administrativa anteriormente à citação do INSS na referida ACP, sendo que tanto o prazo de prescrição como o de decadência seriam computados considerando a data do requerimento administrativo.

#### 2.2.3 *Das Situações Estabelecidas na Esfera Jurídica Individual dos Beneficiários e Pensionistas Afetados*

A primeira indagação que se tem é: considerando a edição do Decreto n. 6.939/09, que revogou o texto do § 20, do artigo 32, e alterou o artigo 188-A, § 4º, do Decreto 3.048/99; considerando, também, o Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS; considerando, ainda, a existência de acordo homologado na ação civil pública, n. 0002320-59.2012.4.03.6183; persistiria o interesse dos beneficiários e pensionistas adstritos às condições até aqui elencadas em propor demandas judiciais individuais pleiteando a revisão da renda mensal inicial, nos termos do artigo 29, inciso II, da LBPS?

A questão ora trazida está relacionada aos efeitos da decisão com a qualidade da coisa julgada nas ações coletivas que, quanto a sua limitação subjetiva, diversamente do que acontece nas ações individuais, alcança toda uma coletividade (direitos difusos: coisa julgada *erga omnes*); ou os integrantes de um determinado grupo, classe ou categoria (direitos coletivos *stricto sensu*: coisa

julgada *ultra partes*); ou, então, todas as pessoas unidas por uma origem comum (direito individual homogêneo: coisa julgada *erga omnes*).

Neste sentido o artigo 81 e parágrafo único, do CDC, dispõe que:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, dispõe sobre o instituto da coisa julgada em seus artigos 103 e 104, transcritos a seguir:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;



III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o [art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Considerando a natureza do pedido veiculado na ACP n.0002320-59.2012.4.03.6183, vislumbra-se tratar-se da espécie de direitos e interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC), uma vez que, no aspecto subjetivo, há a determinabilidade de seus titulares e a existência de uma origem comum e, no aspecto objetivo, caracterizada a divisibilidade do objeto.

Desta feita, aplica-se o regime da coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis*, conforme se extrai da leitura do artigo 103, inciso III, do CDC; ou seja, o beneficiário ou pensionista afetado, ou então, seu sucessor, poderá promover a execução fundada na sentença de procedência, não sendo necessário o ajuizamento de ação condenatória individual.

De modo diverso, caso improcedente o pedido na ação coletiva, poderá o segurado ou pensionista promover sua ação individualmente, desde que não tenha ingressado no processo coletivo como litisconsorte ou assistente litisconsorcial (art. 103, §2º, do CDC). Por fim, no caso do processo ser extinto, sem resolução do mérito, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal.

No caso em apreço, com referência ao acordo homologado na sentença proferida pelo juízo da Vara Federal Previdenciária na referida ACP, parece emergir dois pontos que merecem ser analisados separadamente.

O primeiro diz respeito ao 'reconhecimento do pedido' de revisão da renda mensal inicial dos benefícios e pensões afetados pela norma regulamentar ilegal. Com relação a este, denota-se ser assente a posição de que o cálculo da RMI deva pautar-se pelo critério estipulado no artigo 29, inciso II, da LBPS.

O ponto seguinte atinge a questão do pagamento dos valores atrasados oriundos da revisão da renda mensal inicial. É de conhecimento geral que houve a adoção de pagamento escalonado dos valores atrasados devidos, partindo-se dos seguintes critérios: idade do beneficiário; situação do benefício: ativo, suspenso ou cessado; e faixa de valores devidos (cf. Resolução INSS/PRES nº 268, de 24 de janeiro de 2013, retificada posteriormente pela Resolução n. 357, de 31 de outubro de 2013).

Deste modo, seguindo o cronograma de pagamento firmado no acordo homologado pela Justiça Federal da 3ª Região (SP/MS), o adimplemento total acontecerá apenas em maio de 2.022, ficando 'contemplando' ao final o beneficiário ou pensionista que em 17/04/2012 - data da citação do INSS na ACP - enquadrava-se na faixa etária de até 45 anos, cujo benefício encontrava-se em situação cessada ou suspensa, e, ainda, cuja faixa do valor de atrasados atingisse quantia superior a R\$6.000,00.

O critério escalonado de pagamento pode ser prejudicial aos beneficiários e pensionistas,<sup>[10]</sup> que se sintetiza aqui à questão das prestações previdenciárias tratarem de verba de natureza alimentícia.

A partir da assertiva de que, no plano constitucional, é assegurado o direito de ação e a inafastabilidade da tutela jurisdicional, cujo equivalente prático substancial pode ser traduzido na garantia do acesso ao ordenamento jurídico justo; asseverando, também, o propósito do Estado contemporâneo de se alcançar o "valor 'homem por meio do culto à 'justiça' ciente de que para isso é indispensável dar ao conceito de 'justiça' um conteúdo substancial e efetivo" (DINAMARCO, 2009, pp. 34-35), conclui-se que, em determinadas situações concretas, a coisa julgada *erga omnes* (art. 103, inciso III) não deveria se impor.

Para tais casos, observe-se, a lide não satisfaz os escopos sociais e políticos da jurisdição. O desígnio da norma para a tutela das lides coletivas não tem a finalidade de prejudicar os direitos isolados de cada indivíduo, tampouco impedir o direito da ação individual (artigo 103, §§ 1º e 2º, do CDC).

Sob este prisma, válida também a releitura do artigo 103, inciso III, do CDC, que dispõe que a sentença fará coisa julgada "erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, *para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores*, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81." [grifei]

Por estes motivos, analisando-se as peculiaridades de cada caso, sustenta-se a possibilidade da propositura de demanda individual com idêntico objeto da ação civil pública n. 0002320-59.2012.4.03.6183.

Por fim, considerando persistir interesse na propositura da ação individual, surge discussão acerca da fixação do *dies a quo* para o cômputo do prazo prescricional, previsto no artigo 103, parágrafo único, da LBPS.

Dentre os posicionamentos encontrados na jurisprudência, salientam-se os a seguir:

*i)* há um primeiro posicionamento que fixa o *dies a quo* da prescrição na data da propositura da ação individual por entender que o Memorando-Circular Conjunto nº. 21/DIRBEN/PFEINSS, de 15.04.2010, ou qualquer outro ato da

Administração, não configuraram reconhecimento do direito à revisão do ato de concessão do benefício, pela aplicação da regra do art. 29, inciso II, da Lei 8.213/91, de modo a incidir a Súmula n. 85 do STJ, *in verbis*:

**Súmula 85** - Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. (Súmula 85, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/06/1993, DJ 02/07/1993)

*ii)* outro posicionamento considera que o Memorando-Circular Conjunto nº. 21/DIRBEN/PFEINSS, de 15.04.2010, constitui marco interruptivo do prazo prescricional para a revisão dos benefícios com base no artigo 29, II, da Lei 8.213/91, todavia, a prescrição contra a Fazenda Pública somente pode ser interrompida uma única vez e o prazo interrompido voltaria a fluir pela metade, nos termos do art. 9º do Decreto 20.910/32, conforme fixado pelo STJ no REsp n. 1.270.439/MG (Min. Rel. Og Fernandes, 2T.).

*iii)* finalmente, o posicionamento que tem predominado na Turma Nacional de Uniformização - TNU no sentido de que o Memorando-Circular Conjunto nº. 21/DIRBEN/PFEINSS configura ato administrativo de reconhecimento do direito à revisão do ato de concessão do benefício, pela aplicação da regra do art. 29, II, da Lei 8.213/91, e, desse modo, causa interruptiva do prazo prescricional eventualmente em curso, importando na renúncia do prazo já consumado (PEDILEF 50000472320134047100; PEDILEF 5001752-48.2012.4.04.7211 e PEDILEF 00129588520084036315).

## CONCLUSÃO

O presente estudo foi pautado pela análise dos critérios de aferição da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários desde período anterior à Constituição Republicana de 1988, até a redação atual do artigo 29, da Lei n. 8.213/91, dada pela Lei n. 9.876/99.

Buscou-se demonstrar as nuances dos critérios para aferição da RMI estipulados pelo legislador, os quais além de advir de critérios técnicos, também, possuem vertente cultural - conforme a estrutura ôntica proposta por Husserl.

Com relação à temporalidade, o tema ficou delimitado ao período compreendido entre 29 de novembro de 1999 a 18 de agosto de 2009, tendo em vista que neste período foi aplicada pelo INSS norma regulamentadora (Decreto n. 3.256/99) que extrapolava o suporte legal do artigo 29, II, da LBPS.

Fixados o método, as premissas e a problemática do trabalho, passou-se a analisar os instrumentos jurídicos utilizados para a tutela dos direitos dos beneficiários e pensionistas afetados pela norma regulamentar ilegal.

No âmbito da Administração viu-se, por meio de seu poder-dever de autotutela, a revogação do Decreto n. 3.256/99 e a edição do Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFE/INSS.

No âmbito contencioso-jurisdicional, partindo-se do pressuposto metodológico da Instrumentalidade, que caracteristicamente carrega a proposta de reestruturação do sistema processual a partir da adequação do processo aos escopos sociais (pacificação com justiça) e políticos (princípio participativo) da jurisdição, foi analisada a ação civil pública proposta perante a Justiça Federal da 3ª Região, mediante a abordagem da questão da remodelação dos tradicionais institutos processuais para a sua melhor adequação à sociedade de massa, com enfoque na *legitimação para a causa* e a *coisa julgada*.

Analisados os termos do acordo firmado na ação civil pública n. 0002320-59.2012.4.03.6183, concluiu-se que o critério escalonado de pagamento firmado naquele feito coletivo pode gerar efeitos prejudiciais aos beneficiários e pensionistas, individualmente considerados, tendo em vista a natureza alimentícia das prestações previdenciárias e o longo prazo estipulado para o efetivo pagamento dos valores devidos.

Por fim, defendeu-se a possibilidade da propositura de ações individuais quando constatado no caso concreto que o acordo homologado na ação civil pública não satisfaz os escopos sociais e políticos da jurisdição. Assim, o breve relato sobre as repercussões jurídicas do fenômeno previdenciário apresentado no cenário compreendido entre 29 de novembro de 1999 a 18 de agosto de 2009.

## ANEXO I

**Tabela I**

CRONOGRAMA DE PAGAMENTO - REVISÃO ART. 29, INCISO II DA <a href="#">Lei nº 8.213/91</a>			
COMPETÊNCIA DE PAGAMENTO	SITUAÇÃO DO BENEFÍCIO EM 17/04/2012	FAIXA ETÁRIA	FAIXA ATRASADOS
03/2013	Ativo	A partir de 60 anos	Todas as faixas
05/2014	Ativo	De 46 a 59 anos	Até R\$ 6.000,00
05/2015	Ativo	De 46 a 59 anos	De R\$ 6.000,01 até R\$ 19.000,00
05/2016	Ativo	De 46 a 59 anos	Acima de R\$ 19.000,00
	Ativo	Até 45 anos	Até R\$ 6.000,00
05/2017	Ativo	Até 45 anos	De R\$ 6.000,01 a R\$ 15.000,00
05/2018	Ativo	Até 45 anos	Acima de R\$ 15.000,00
05/2019	Cessado ou Suspenso	A partir de 60 anos	Todas as faixas
05/2020	Cessado ou Suspenso	De 46 a 59 anos	Todas as faixas
05/2021	Cessado ou Suspenso	Até 45 anos	Até R\$ 6.000,00
05/2022	Cessado ou Suspenso	Até 45 anos	Acima de R\$ 6.000,00

Cronograma de Pagamento das Diferenças - Revisão do art. 29, inciso II da [Lei nº 8.213/91](#)

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social: teses revisionais: da teoria à prática.** 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prerrogativas e sujeições da administração pública.** *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 66, p. 175-199, 1971.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito.** 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos – Exposição de Motivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2006.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MACHADO DA ROCHA, Daniel; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências contemporâneas do direito processual civil.** In: *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1984. pp. 1-13.

OLIVEIRA, Carlos A. A. **Do formalismo no processo civil - Proposta de um formalismo-valorativo.** 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**, 3ª ed. São Paulo: RT, 1998.

STEPHANES, Reinhold. **Reforma da Previdência**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

#### NOTAS:

[1] Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: (...)

[2] v.g.: lei nº 12.011, de 4 de agosto de 2009. Dispõe sobre a criação de 230 (duzentas e trinta) Varas Federais, destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no País, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5.8.2009; lei nº 12.665, de 13 de junho de 2012. Dispõe sobre a criação de estrutura permanente para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais; cria os respectivos cargos de Juízes Federais; e revoga dispositivos da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14.6.2012.

[3] Cfr. Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural*, p. 23 e s., apud Miguel Reale, *Fundamentos do direito*, 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 179: a cultura é o complexo rico e multifacetado reino da *criação* humana, de tudo aquilo que o homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a Natureza; no mesmo sentido, Maria Helena Diniz (*in Compêndio de introdução à Ciência do Direito*, p. 124), expõem a classificação dos objetos, segundo teoria husserliana, em: (i) naturais; (ii) ideais; (iii) culturais; e (iv) metafísico.

[4] Seja para atender aos anseios da população por uma renda de benefício adequada e condizente com a realidade vivenciada em determinado momento; seja para atender à necessidade de ajustes atuariais para a sobrevivência/manutenção do próprio regime previdenciário.

[5] Para fins de fixação do objeto do estudo, será considerado o lapso temporal entre 29 de novembro de 1999 (Decreto n. 3.265/1999) e 18 de agosto de 2009 (data anterior à vigência do Decreto n.º 6.939/2009). Explicação que se faz diante do artigo 3º da Resolução INSS/PRES n. 268, de 24 de janeiro de 2013, prever termo final diverso, 29 de outubro de 2009, conforme a seguir:



*Art. 3º A revisão contempla os benefícios que possuem Data do Despacho - DDB, entre 17 de abril de 2002 e 29 de outubro de 2009, data em que foram implementadas as alterações sistêmicas com base na nova regra de cálculo.*

[6] Em 2012, o INSS apresentou, por meio do Ofício Conjunto n.º 2/2012/SUPEF/STN/SOF, estimativa do passivo decorrente desta revisão em aproximadamente R\$ 6 bilhões.

Acesso em: 22/09/2014.

[7] Neste sentido, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 34-35.

[8] Não se pretende aqui entrar no debate sobre a possibilidade do controle jurisdicional do mérito dos atos Administrativos.

[9] Neste sentido v. OLIVEIRA, Carlos A. A. *Do formalismo no processo civil - Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010. pp. 133-134. Explica, ainda o autor, que na teoria, porque interesse público e interesse particular encontravam-se em planos distintos, não podendo ser medidos com o mesmo padrão; na prática, em virtude de constituir sério problema a possibilidade de os juízes proferirem suas decisões de modo imparcial e independente num litígio em que contendessem Estado e particular.

[10] Não coube ao escopo deste trabalho percorrer as diversas repercussões sociais do fenômeno.

## **CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO VERTICAL: UM INSTRUMENTO QUE IMPRIME EQUILÍBRIO AO AGRONEGÓCIO**

**ADAMIR DE AMORIM FIEL:**  
ADVOGADO E Consultor Jurídico em Brasília e em Alagoas; Procurador do Distrito Federal; Procurador-Chefe do Centro de Apoio Técnico da Procuradoria Geral do Distrito Federal; Membro da Comissão de Assuntos Institucionais do Fórum Nacional de Precatórios - FONAPREC/CNJ; especialista em Direito Público; Especializando MBA em Agronegócio pela ESALQ/USP; pós-graduando MBA LLM em Direito Empresarial pela FGV; especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário da UnB; ex-Procurador da Fazenda Nacional; ex-Procurador Federal. Professor do Instituto de Magistrados do Distrito Federal - IMAG/DF; Professor da Faculdade de Direito da FACITEC; co-autor do livro Direito Constitucional, Ed. Método, São Paulo; co-autor do Livro Estudos Dirigidos: Procuradorias, Ed. Jus Podivm;

**Resumo.** Este artigo tem o objetivo de apresentar as principais características do Contrato de Integração Vertical. Para tanto, o trabalho o conceitua como instrumento de equilíbrio para o agronegócio, caracterizando os produtores integrados e o integrador. Por meio de uma metodologia qualitativa, o artigo explica como a legislação pertinente protege o meio ambiente e apresenta considerações sobre duas instituições previstas na Lei nº 13.288/2016: a Comissão de Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração – CADEC e o Fórum Nacional de Integração – FONIAGRO. Finalmente, o artigo compara o Contrato de Integração Vertical com a Parceria Rural.

**Palavras-Chave.** Lei nº nº 13.288/2016. contrato. integração vertical. . CADEC. Funiagro. parceria rural. produtores integrados. Integrador.

**Sumário.** 1.Introdução. 2. O que é Integração Vertical? 3. Como a Lei identifica os produtores integrados? 4. Quem é o integrador? 5. O que deve prever o Contrato de Integração Vertical? 6. Como a Legislação protege o Meio Ambiente? 7. O que é a CADEC e o FONIAGRO? 8. O que é o RIPI? 9. Como aderir ao Sistema de Integração Vertical? 10. Outras disposições da Lei nº 13.288/2016. 11. No que o Contrato de Integração Vertical se diferencia da Parceria Rural? 12. Conclusão. 13. Referências bibliográficas.

---

## **1. Introdução**

Há muito tempo, o setor do agronegócio utiliza o Contrato de Integração Vertical como ferramenta para formalizar as interações entre a agroindústria e o produtor rural. Mas, somente em 16 de maio de 2016, o instituto foi regulamentado pela Lei nº 13.288.

Antes dessa regulamentação, muitos produtores rurais se percebiam como parte de uma relação jurídica desigual. Sentiam-se subjugados pela agroindústria, pois precisavam se sujeitar às regras impostas por meio de cláusulas nebulosas, excessivas, quando não evidentemente abusivas. Quase sempre o risco do negócio era praticamente todo do produtor rural.

A Lei nº 13.288/2016, contudo, que dispõe sobre os Contratos de Integração Vertical, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências, pretende pôr fim a tais desequilíbrios.

Destaca-se na recém-editada legislação a garantia de rentabilidade mais adequada e equânime ao produtor rural. Trata-se da tão buscada e esperada igualdade contratual. Estabelecendo obrigações recíprocas, padrões de atuação negociados e distribuição justa da responsabilidade ambiental, a Lei parece imprimir maior diálogo entre as partes em tais relações negociais. A justa distribuição dos resultados, prevista no artigo 3º da Lei, certamente diminuirá significativamente o número de litígios judiciais.

## **2. O que é Integração Vertical?**

É relação jurídica, normalmente contratual, entre produtores integrados e integradores, que visa planejar e realizar a produção, a industrialização e/ou a comercialização de matéria-prima, bens intermediários e/ou bens de consumo final, com responsabilidades e obrigações recíprocas estabelecidas. Perceba-se que a integração vertical pode se dar em todas as fases do agronegócio: antes da porteira, dentro da porteira e/ou depois da porteira.

### **3. Como a Lei identifica os produtores integrados?**

Os produtores integrados são os produtores agropastoris (exercem atividades de agricultura, pecuária, silvicultura, aqüicultura, pesca ou extrativismo vegetal) – pessoas físicas ou jurídicas - que, individualmente ou de forma associativa, com ou sem a cooperação laboral de empregados, se vincula ao integrador por meio de Contrato de Integração Vertical, recebendo bens ou serviços para a produção e para o fornecimento de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final.

### **4. Quem é o integrador?**

O integrador é a pessoa física ou jurídica que se vincula ao produtor integrado por meio de Contrato de Integração Vertical, fornecendo bens, insumos e serviços e recebendo matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final utilizados no processo industrial ou comercial.

### **5. O que deve prever o Contrato de Integração Vertical?**

O Contrato de Integração Vertical deve estabelecer a sua finalidade, as respectivas atribuições no processo produtivo, os compromissos financeiros, os deveres sociais, os requisitos sanitários, as responsabilidades ambientais, dentre outros aspectos pertinentes ao relacionamento entre os sujeitos envolvidos.

O instrumento contratual deverá conter cláusulas que digam respeito às características gerais do sistema de integração; as obrigações do integrador e do produtor integrado; os parâmetros técnicos e econômicos com base em estudos de viabilidade do projeto; os padrões de qualidade dos insumos fornecidos pelo integrador e dos produtos a serem entregues pelo integrado; as fórmulas para o cálculo da eficiência da produção e as formas e os prazos de distribuição dos resultados entre os contratantes.

Para assegurar a viabilidade econômica, o Contrato de Integração Vertical ainda deve conter disposições relacionadas à administração financeira do negócio, tais como: os custos financeiros dos insumos fornecidos em adiantamento pelo integrador; os custos e a extensão da cobertura do seguro de produção ou do empreendimento (quando obrigatória tal contratação); e as responsabilidades do integrador e do produtor integrado quanto ao recolhimento de tributos incidentes no sistema de integração.

## **6. Como a Legislação protege o Meio Ambiente?**

A norma impõe aos contratantes a previsão de cláusulas contratuais que obriguem o integrador e o produtor integrado ao cumprimento da legislação de defesa agropecuária, sanitária e ambiental.

## **7. O que é a CADEC e o FONIAGRO?**

A Lei institui a Comissão de Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração – CADEC, órgão ao qual as partes poderão recorrer para a interpretação de cláusulas contratuais ou outras questões inerentes ao Contrato de Integração Vertical. A CADEC, ademais, deverá ser criada por cada unidade da integradora juntamente com os produtores a ela integrados, sendo imprescindível a aprovação das partes contratantes.

Dentre as principais funções da Comissão estão a elaboração de estudos e análises relacionados às cadeias produtivas e ao Contrato de Integração Vertical; o acompanhamento e apreciação dos padrões mínimos de qualidade exigidos para os insumos e produtos objetos do contrato; o estabelecimento de sistemas de acompanhamento e avaliação do cumprimento dos encargos e obrigações dos contratantes, a retirada de dúvidas e solução de litígios entre os produtores integrados e a integradora; a definição de requisitos técnicos e financeiros a serem empregados na atualização de indicadores agropastoris e a formulação de um plano de modernização tecnológica da integração.

A Lei nº 13.288/2016 também institui o Fórum Nacional de Integração - FONIAGRO, a ser implementado para cada setor ou cadeia produtiva. O Fórum será composto pelas entidades representativas dos produtores integrados e dos integradores, sem personalidade jurídica e com competência para definir diretrizes

de acompanhamento e desenvolvimento do sistema de integração, de modo a fortalecer as relações entre o produtor integrado e o integrador.

Possui, ainda, competência para estabelecer, para cada cadeia produtiva, a metodologia de cálculo do valor de referência da remuneração do produtor integrado, que deverá observar os custos de produção, os valores de mercado dos produtos in natura, o rendimento médio dos lotes, dentre outras variáveis.

## **8. O que é o RIPI?**

Pretendendo dar maior segurança ao negócio firmado por meio da integração vertical, a Lei nº 13.288/2016 prevê que o integrador elabore Relatório de Informações da Produção Integrada – RIPI para cada ciclo produtivo do produtor integrado.

O RIPI deverá conter informações sobre os insumos fornecidos pelo integrador, os indicadores técnicos da produção integrada, as quantidades produzidas, os índices de produtividade, os preços usados nos cálculos dos resultados financeiros e os valores pagos aos produtores integrados relativos ao Contrato de Integração Vertical, dentre outros requisitos a serem definidos pela CADEC.

## **9. Como aderir ao Sistema de Integração Vertical?**

O integrador apresentará ao produtor rural interessado em aderir ao sistema de integração vertical Documento de Informação Pré-Contratual - DIPC, que deve contemplar uma série de informações e dados relacionados ao negócio e ao contrato.

## **10. Outras disposições da Lei nº 13.288/2016**

A Lei nº 13.288/2016 ainda estabelece regras pertinentes à disponibilização, pelo integrador em favor do produtor integrado, de maquinário e instalações necessárias ao desenvolvimento da atividade agropastoril, definindo diretrizes quanto à respectiva propriedade.

Segundo a Lei, o produtor integrado e a integradora devem atender às exigências da legislação ambiental para o empreendimento ou a atividade

desenvolvida no imóvel rural durante a execução do Contrato de Integração Vertical, bem como planejar e implementar medidas de prevenção dos potenciais impactos ambientais negativos; além de mitigar e recuperar os danos ambientais eventualmente causados. A Lei prevê também as hipóteses de responsabilidade concorrente por danos causados ao meio ambiente.

O produtor integrado e o integrador devem, concorrentemente, zelar pelo cumprimento da legislação sanitária e planejar medidas de prevenção e controle de pragas e doenças.

A norma legal ainda define os direitos do produtor rural integrado na hipótese de sobrevir pedido de recuperação judicial ou decretação de falência da integradora. Nesse caso, o produtor rural integrado pode inclusive pleitear a restituição de bens, bem como requerer a habilitação de seus créditos com privilégio especial.

### **11. No que o Contrato de Integração Vertical se diferencia da Parceria Rural?**

Conforme o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), a parceria rural

“é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos seguintes riscos:

I - caso fortuito e de força maior do empreendimento rural;

II - dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites

percentuais estabelecidos no inciso VI do caput deste artigo;

III - variações de preço dos frutos obtidos na exploração do empreendimento rural” ( artigo 96, §2º do Estatuto da Terra).

Os Contratos de Integração Vertical permitem maior liberdade negocial entre as partes. Muito embora regule os parâmetros de tais negociações para efeito de conferir maior equilíbrio na relação jurídica contratual. Diferentemente, a Parceria Rural, em razão do que prevê o próprio Estatuto da Terra, já predefine até mesmo os percentuais de participação dos envolvidos no negócio, sendo um instrumento um pouco mais rígido.

Nesse sentido, o artigo 96, VI do Estatuto da Terra:

*VI - na participação dos frutos da parceria, a quota do proprietário não poderá ser superior a: a) 20% (vinte por cento), quando concorrer apenas com a terra nua; b) 25% (vinte e cinco por cento), quando concorrer com a terra preparada; c) 30% (trinta por cento), quando concorrer com a terra preparada e moradia; d) 40% (quarenta por cento), caso concorra com o conjunto básico de benfeitorias, constituído especialmente de casa de moradia, galpões, banheiro para gado, cercas, valas ou currais, conforme o caso; e) 50% (cinquenta por cento), caso concorra com a terra preparada e o conjunto básico de benfeitorias enumeradas na alínea d deste inciso e mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas, para atender aos tratos culturais, bem como as sementes e animais de tração, e, no caso de parceria pecuária, com animais de cria em proporção superior a 50% (cinquenta por cento) do número total de cabeças objeto de parceria; f) 75% (setenta e cinco por cento), nas zonas de pecuária ultra-extensiva em que forem os animais de cria em proporção superior a 25% (vinte e cinco por cento) do rebanho e onde se*



*adotarem a meação do leite e a comissão mínima de 5% (cinco por cento) por animal vendido; g) nos casos não previstos nas alíneas anteriores, a quota adicional do proprietário será fixada com base em percentagem máxima de dez por cento do valor das benfeitorias ou dos bens postos à disposição do parceiro.*

## **12. Conclusão**

Pode-se concluir que o tratamento jurídico trazido pela Lei nº 13.288, de 16 de maio de 2016, aos Contratos de Integração Vertical proporcionaram inúmeras vantagens, especialmente ao produtor rural integrado: maior segurança jurídica aos envolvidos e ao agronegócio em última análise, equidade nas relações negociais, reciprocidade de obrigações, cooperação econômica entre produtor rural e agroindústria, adequada distribuição das responsabilidades ambientais.

## **13. Referências bibliográficas**

ARAÚJO, Massilon J. Fundamentos do agronegócio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

BURANELLO, Renato Macedo. Manual de direito do agronegócio. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVIS, J. H.; GOLDBERG, R. A. A concept of agribusiness. Boston: Harvard University, 1957.

BRASIL. Lei nº 13.288/2016, de 16 de maio de 2016. Brasília. Presidência da República, 16 mai. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13288.htm). Acesso em 25 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Brasília. Câmara dos Deputados, 28 set. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm). Acesso em 25 de jan. 2017.

## **OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA À LUZ DO VIGENTE CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL**

**WELLINGTON CACEMIRO:** Jornalista, Graduando do Curso de Direito e Pesquisador Jurídico.

**RESUMO:** Recepcionado pela Emenda Constitucional nº 64, o direito humano à alimentação encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988 como direito social, com base no disposto pelo artigo 6º da Carta Política brasileira. Reconhecido igualmente pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), protege esta prerrogativa basilar, ratificada por 153 países, dentre os quais o Brasil. Trata-se, portanto, de preceito fundamental, protegido pelo ordenamento jurídico pátrio e, como tal, exigível por meio judicial. O presente, assentado sob tal perspectiva, faz necessária análise ao que estabelece a Lei nº 13.105/2015 concernente à execução de alimentos. Pretende-se evidenciar o tratamento diferenciado dispensado pelo legislador ao tema, explicitando a importância da qual se reveste o procedimento executivo para assegurar a efetivação de direito existente.

**Palavras-chave:** Execução de alimentos; direito processual civil; procedimentos.

**ABSTRACT:** Received by Constitutional Amendment nº 64, the human right to food is provided for in the Federal Constitution of 1988 as a social right, based on the provisions of Article 6 of the Brazilian Political Charter. Recognized also by the International Covenant on Human, Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), it protects this basilar prerogative, ratified by 153 countries, among which Brazil. It is, therefore, a fundamental precept, protected by the national legal order and, as such, enforceable by judicial means. The present, based on such perspective, makes necessary analysis to the one that establishes the Law nº 13.105/2015 concerning the execution of food. It is intended to highlight the different treatment given by the legislator to the subject, explaining the importance of the executive procedure to ensure the effectiveness of existing law.

**Keywords:** Food execution; Civil procedural law; Procedures.

## 1. COMENTÁRIOS INICIAIS

Distante das notórias controvérsias que ainda pairam sobre determinadas mudanças instituídas pelo vigente Código, torna-se necessário reconhecer que o diploma normatizado pela Lei nº 13.105/2015 alterou, de forma significativa, a execução de alimentos dentro do processo civil brasileiro. A começar, como bem lembra Bueno (2016), da adoção de normas específicas para o cumprimento da sentença relativa à matéria.

O CPC de 1973 continha também, como se sabe, regulação própria para implemento de decisão judicial que reconhecesse a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos. Mas, como explica o próprio Bueno, a iniciativa do CPC de 2015 é pertinente, dentre outros motivos, porque tende a colocar fim a uma série de questões que, no diploma anterior, resultavam do contraste da Lei nº 11.232/2005 (responsável por reformá-lo) com “as regras genéricas dos alimentos constantes em seus arts. 732 a 735 (que, em rigor, só se referiam a títulos executivos extrajudiciais) e ainda com a Lei nº. 5.478/1968, modificada para se compatibilizar com o CPC de 1973 pela Lei nº. 6.014/1973” (2016, p.503).

Claro, contudo, que a contribuição do atual diploma à matéria é bem mais ampla do que mera mudança de nomenclatura do título, como defendem alguns. Ainda que evidente a preocupação com uma melhor adequação técnica, sobram elementos que permitem visualizar as evoluções que asseguram maior celeridade e efetividade na tutela jurisdicional. Passemos, portanto, a apreciação didática destes.

## 2. CONSIDERAÇÃO PROPEDÊUTICA AO CONCEITO DE ALIMENTOS

Prelecionam com inegável maestria Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 662) serem alimentos “valores que se destinam a fazer frente a toda e qualquer necessidade cotidiana da vida”. Essa concepção basilar para o direito processual civil emana do diploma civilista e permite estabelecer clara distinção entre alimentos considerados legítimos, voluntários ou indenizativos.

Os primeiros, por exemplo, como bem ensina o trio, são aqueles que, por força do disposto no Art. 1.694 do Código Civil, são devidos em virtude de parentesco, casamento ou união estável. Da mesma forma, pode-se dizer que o

conceito de alimentos voluntários, origina-se de interpretação doutrinária ao Art. 1.928, parágrafo único, da Lei nº 10.406/02, sendo aqueles que podem ser instituídos por ato espontâneo (já que a pessoa que os presta não está obrigada a fazê-lo), mas, na compreensão dos juristas, “oriundos de negócio jurídico” (2017, p. 662). Por fim, alimentos indenizativos (indenizatórios ou ressarcitórios) são os devidos em consequência da prática de ato ilícito, fixados em sentença judicial condenatória em ação de responsabilidade civil, a exemplo da previsão estabelecida no Arts. 948, II, e 950, do C.C..

Para além destes conceitos, entretanto, é preciso reiterar que a noção de direito humano à alimentação é muito mais ampla, sendo estabelecida na própria carta constitucional (art. 6º, modificado pela emenda constitucional nº 64), bem como pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Estado brasileiro é signatário. Neste sentido, observe como se posicionam os tribunais a respeito do tema:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. CARÁTER ABSOLUTAMENTE INDISPENSÁVEL DA VERBA. DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. ART. 6º DA CF. A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º da CF/88). No caso dos

autos, em que houve reiterado atraso no pagamento dos salários mensais ao trabalhador, emerge manifesto dano ao patrimônio moral do ser humano que vive de sua força de trabalho, em face do caráter absolutamente indispensável que a verba tem **para atender necessidades inerentes à própria dignidade da pessoa natural, tais como alimentação**, moradia, saúde, educação, bem-estar - todos eles direitos sociais fundamentais na ordem jurídica do país (art. 6º, CF). Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 1483620145120042, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 30/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015)

Feita tal ressalva resta ainda importante consideração a respeito do que a doutrina conceitua como alimentos definitivos, provisórios e provisionais. Os primeiros decorrem de decisão definitiva (sentença judicial transitada em julgado) ou acordo homologado judicialmente. Já os dois remanescentes referem-se aos alimentos antecipados.

Aliás, a distinção entre estes fazia sentido na vigência do código processual anterior, perdendo utilidade em decorrência da generalização da antecipação de tutela satisfativa estabelecida pelo CPC/2015, já que agora “todos os alimentos provisórios são também provisionais” (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2017, p. 662).

Vencida, portanto, esta necessária etapa, retornemos ao propósito de explicar a sistemática adotada pela Lei nº 13.105/2015 ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos.

### 3. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Como é possível deduzir da explicação dada em momento anterior, alimentos encontram-se relacionados, para todos os efeitos, com princípios caros ao direito, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Destarte, trata-se a

execução destes de execução especial de pagar quantia certa, em virtude da natureza diferenciada do direito tutelado. Esta importante lição, extraída de fragmento da obra de Neves (2016, p. 926), permite nortear o entendimento sobre o tema. Para o autor “a especialidade da execução de alimento dá-se principalmente em razão da previsão de atos materiais específicos a essa espécie de execução, sempre com o objetivo de facilitar a obtenção da satisfação pelo exequente” (NEVES, 2016, p. 926). Nesta perspectiva também assevera com maestria Câmara:

Quando se trate de cumprimento de decisão judicial que tenha reconhecido obrigação de prestar alimentos, observar-se-á um procedimento especial, regido pelos arts. 528 a 533. Este procedimento será adequado tanto no caso de alimentos definitivos, como na hipótese de se pretender executar alimentos provisórios (art. 531). Este procedimento, porém, só poderá ser empregado para execução das três prestações imediatamente anteriores ao requerimento executivo e das que se vencerem no curso do processo (art. 528, § 7º). Para prestações vencidas anteriormente, só o procedimento padrão do cumprimento de sentença será adequado, já que tais prestações, em razão do decurso do tempo, já terão perdido seu caráter alimentício, tendo assumido natureza meramente indenizatória (CÂMARA, 2017).

Assim sendo, compete esclarecer ainda que o vigente Código de Processo Civil estabeleceu três formas de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos: “a convencional, prevista no art. 528, § 8º, do CPC; a especial, prevista no art. 528, caput e §§ 1º a 7º; e a por desconto em folha, prevista no art. 529” (GONÇALVES, 2017). Sobre cada uma destas dedicaremos impreterível apreciação.

### **3.1. Modalidades da execução de alimentos**

Como antecipado, com o advento do atual CPC existem três modos de promover a execução fundada na efetivação de decisão judicial que reconheça a exigibilidade do compromisso de prestar alimentos. Sobre estes aduz com singular precisão Gonçalves:

A convencional é a que se processa como cumprimento de sentença condenatória em quantia certa, observado o procedimento estabelecido pelo art. 523 e ss. A especial é aquela na qual o devedor será intimado pessoalmente para pagar em três dias, comprovar que já o fez ou provar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de ser decretada a sua prisão civil. E a por desconto é aquela em que o devedor, funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, ou empregado, terá a prestação alimentícia descontada de sua folha de pagamento (GONÇALVES, 2017)

Importante ratificar que tal entendimento encontra correspondência nas mais recentes decisões judiciais. Senão, vejamos jurisprudência que embasa tal percepção:

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – Art. 528, § 8º, NCPC – Ordem de suspensão do feito por falta de indicação de bens penhoráveis e imposição de diligências pela credora – Descabimento – Elevados interesses envolvidos no feito que justificam a tomada de providências pelo juízo da causa na busca da satisfação do crédito alimentar – Agravo provido.

(TJ-SP - AI: 21274226520168260000 SP 2127422-65.2016.8.26.0000, Relator: Galdino Toledo Júnior, Data de Julgamento: 31/01/2017, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/01/2017)

### **3.2. Procedimentos**

Como é possível intuir, cada modalidade de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos demanda procedimento específico. Pelo tradicional, por exemplo, o credor (não raro motivado pelo vínculo afetivo com o devedor, como os laços resultantes de casamento ou união estável) opta pela penhora e expropriação de bens, afastando a ameaça de prisão do penhorado.

Imperioso observar, contudo, que, por força do exposto no art. 528, § 7º, do CPC, bem como do entendimento sumulado do STJ (Súmula 309) o exequente que pretenda receber prestações anteriores às três últimas vencidas só poderá lançar mão do procedimento convencional (GONÇALVES, 2017). Cabe também oportuno comentário ao prazo prescricional, que, no caso da prestação de alimentos, está normatizado em dois anos como previsto no art. 206, § 2º, do Código Civil.

Já na execução especial de alimentos, emanada do caput e §§ 1º a 7º do art. 528, tem-se estabelecida possibilidade de prisão civil do executado que ignorar as três providências determinadas (tema que, antecipado, será tratado em tópico específico). Observe a literalidade do dispositivo citado:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.



§ 5º O cumprimento da pena não exige o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

Note-se que, em razão do exposto no caput do artigo e pela evidente consequência mais gravosa, cuidou o legislador de determinar que a intimação deva ser pessoal, ao contrário do cumprimento de sentença em geral que, como se sabe, pode ser feita na pessoa do advogado constituído pela parte.

Também se torna válido reforçar que o exequente não pode utilizar a execução especial para exigir todo o crédito alimentar, restringindo-se esta, como é possível deduzir, aos três últimos vencidos antes do ajuizamento da ação, bem como os que forem vencendo no seu decurso (CÂMARA, 2017).

Por fim, o desconto em folha do devedor de alimentos dá-se, quando este tem emprego fixo, com a comunicação da decisão judicial por ofício a empresa ou empregador. Sua previsão, como dito, encontra-se normatizada no art. 529. Trata-

se, conforme defende a melhor doutrina, do expediente mais efetivo para executar a prestação alimentícia.

### **3.3. Da prisão civil do devedor de alimentos**

Antes de entrar nas minúcias do tópico, cabe enfatizar que no Brasil só existe atualmente um meio de prisão civil por dívida: no caso, a prisão do devedor de alimentos. Esta reflexão é importante para situar o leitor em fato pertinente ao ordenamento pátrio. Até dezembro de 2008 admitia-se também a prisão do depositário infiel por força do inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Sua revogação deu-se por adequação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a edição da súmula vinculante nº 25 e a consequente adaptação do texto ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Contudo, a propósito da prisão civil do devedor de alimentos, deve-se destacar que esta tem caráter coercitivo, não constituindo, em consequência, penalidade contra o executado. Para visualizar melhor tal raciocínio, basta esclarecer que feito o pagamento, liberta-se o devedor do crédito alimentício. Outro detalhe que merece nota é que o prazo estabelecido pode ser de um a três meses, conforme previsão expressa no parágrafo primeiro, do art. 528 do vigente código. A prisão deverá ser cumprida em regime fechado, ficando o devedor de alimentos separado dos demais presos.

Importante destacar ainda observação extraída das lições de Gonçalves. Assevera com propriedade o autor que “a prisão civil não pode ser decretada de ofício, mas depende do requerimento do credor; por razões pessoais, e dadas às ligações que mantém ou manteve com o devedor, ele pode não desejar que ela seja decretada” (GONÇALVES, 2017).

Claro que a hipótese tratada pelo jurista nem sempre espelha a dura realidade dos tribunais. Neste sentido torna-se imperioso observar posicionamento jurisprudencial mais recente.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. Tendo sido revogada a prisão civil do paciente, resta consagrada a perda do objeto da presente impetração. HABEAS CORPUS

PREJUDICADO, POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (Habeas Corpus Nº 70069993509, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 30/06/2016).

(TJ-RS - HC: 70069993509 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 30/06/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2016)

Finalmente cabe destacar que, por força da previsão manifesta no art. 528, § 5º do CPC, cumprir a pena não exime de pagamento o devedor de alimentos. A dívida, neste caso, será executada de forma convencional com eventual penhora de bens. Isso não significa, obviamente, que o devedor estará sujeito a ser preso mais de uma vez pelas mesmas prestações cobradas na decisão judicial. Pode até vir a ser preso novamente por inadimplemento das prestações referentes ao crédito alimentício, mas somente das que forem vencendo sem o necessário adimplemento.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À luz do exposto é possível afirmar que, apesar de eventuais controvérsias, a Lei nº 13.105/2015 contribuiu sim para aclarar o cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos. Inegável, aliás, que o vigente CPC tenha cooperado nesta matéria (bem como em outras) com substancial melhoria na efetividade, quesito tão caro ao cidadão brasileiro que busca a tutela jurisdicional.

Outro ponto que merece destaque em sede de comentários finais é o notório caráter inovador do atual Código. No caso específico do cumprimento de sentença de alimentos, esta se demonstra evidente pelo fato do legislador ter tido o cuidado de agregar o artigo que trata daqueles, fundados em ato ilícito, no capítulo que versa sobre a matéria.

Na verdade, considerada tal perspectiva é possível dizer que, ainda que aparentemente distante a pacificação de todas as controvérsias que permeiam o debate doutrinário sobre o presente CPC, suas contribuições para a celeridade e

efetividade do processo civil, bem como do próprio acesso à Justiça, dificilmente poderão ser questionadas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em . Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.* Disponível em . Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em . Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em . Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em . Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Processo nº: RR - 148-36.2014.5.12.0042. Órgão Judicante: 3ª Turma. Publicado acórdão em 02/10/2015. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus. Processo nº: HC 70069993509 RS. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Publicado em 01/07/2016. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. Processo nº: TJ-SP - AI: 21274226520168260000 SP 2127422-65.2016.8.26.0000. Relator: Galdino Toledo Júnior. Órgão Judicante: 9ª Câmara de Direito. Publicado em 31/01/2017. Disponível em: <  
[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP\\_AI\\_21274226520168260000\\_ba0da.pdf?Signature=sxelqO%2FUDNkBXWIVo28EzTFxKh4%3D&Expires=1497969587&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEM](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_21274226520168260000_ba0da.pdf?Signature=sxelqO%2FUDNkBXWIVo28EzTFxKh4%3D&Expires=1497969587&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEM)

ZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0071cf2985f6b241a90b1c78d2f38938>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de n 4-2-2016. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

## O FORNECIMENTO DO SERVIÇO ESSENCIAL DE ÁGUA E SUA SUSPENSÃO

**ANA LUIZA RANGEL NOGUEIRA:** Advogada formada pela Universidade Cândido Mendes.

**RESUMO:** Os Serviços Essenciais são aqueles nos quais se atribuem todo o desenvolvimento de uma sociedade e a geração de riqueza de um país inteiro. Estes serviços estão dispostos em Lei, e sua falta ou interrupção geram verdadeiras catástrofes, e não ferem somente o Código de Defesa do Consumidor. No entanto, ao tratar-se de fornecimento de água, existem hipóteses em que o ordenamento jurídico brasileiro a autoriza.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. SERVIÇOS PÚBLICOS 3. PRINCÍPIOS NORTEADORES 4. LEGISLAÇÃO APLICADA 5. O SERVIÇO ESSENCIAL DE ÁGUA 5.1 – HIPÓTESES DE LEGALIDADE NA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA 5.2 – HIPÓTESES DE ILEGALIDADE NA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA 6. CONCLUSÃO 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Palavras- Chave:** SERVIÇOS ESSENCIAIS. FORNECIMENTO DE ÁGUA. SUSPENSÃO.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O conceito de serviço público engloba tanto o sentido estrito, como o sentido amplo. A definição de serviços públicos essenciais trazidos pela Lei nº 7.783/89, considera serem os serviços ou atividades essenciais aqueles indispensáveis à vida e ao desenvolvimento de uma sociedade, seguido pela análise dos princípios regentes da administração pública.

Os atributos dos serviços públicos e a sua relação com o Código de Defesa do Consumidor, bem como o fator essencialidade e continuidade tem primordial importância no ordenamento jurídico brasileiro. Deve-se destacar que as obrigações impostas ao ente público ou às concessionárias são devidas à importância do serviço que prestam, bem como, o significado e o alcance da continuidade do serviço público para a coletividade.

No entanto, ao tratar como sendo uma prática abusiva, a suspensão do fornecimento do serviço público essencial pela falta de pagamento do usuário, o Código de Defesa do Consumidor estará entrando em conflito com a Lei nº. 8.987/95, que regula o regime das concessões e permissões, em seu artigo 6º, §3º, inciso II, ao dispor que não caracteriza o descumprimento da continuidade, quando o serviço for interrompido por inadimplência, por caracterizar como sendo interesse da coletividade.

Aqueles que são favoráveis à suspensão do serviço, sustentam que o inadimplemento do usuário causa prejuízos ao prestador de serviços, e este não é obrigado a prestar o serviço gratuitamente. Por outro lado, aqueles que são contrários à suspensão, alegam que os serviços públicos essenciais são indispensáveis à sobrevivência humana.

É mister, por fim, fazer referência ao Código de Defesa do Consumidor ao tratar da proteção dos usuários frente as fornecedoras ao estabelecer que, os usuários não poderão ser submetidos a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça ao serem cobrados, e também ao assegurar que os serviços públicos devem ser prestados adequadamente e contínuos quando se tratar de serviços essenciais.

## **2. SERVIÇOS PÚBLICOS**

O conceito de serviço público no Direito Brasileiro não se apresenta na doutrina de forma unânime, pois há várias questões que podem ser levadas em consideração na formação de seus elementos de constituição, quer pela variedade de aspectos para sua conceituação, quer pela necessidade de elevar um dado elemento constitutivo, privilegiando assim uma determinada situação vivenciada pela sociedade.

Para alguns doutrinadores, há dois meios para conceituação de serviço público, em sentido amplo e em sentido restrito. Aqueles que adotam o conceito de serviço público em sentido amplo consideram que serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, ou seja, qualquer atividade exercida pelo Estado.

Na mesma linha, o autor Hely Lopes Meirelles conceitua serviço público da seguinte maneira:

*"Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado". (MEIRELLES, 2000:306)*

O serviço público em sentido estrito é definido como aquele necessário a vida coletiva, onde há um Estado que atende aos interesses e bem estar social da coletividade através do fornecimento de serviços essenciais, sendo insuscetíveis de prestação por particulares, como por exemplo: fornecimento de água e energia elétrica.

No entanto, a titularidade do serviço continua pertencendo ao Estado, apenas a sua execução é delegada ao particular.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua serviço público da seguinte forma, *in verbis*:

*"Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo".*

Para a ilustre Maria Sylvia Zanella di Pietro, serviço público é:

*"(...) toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público".*



Assim, para conceituação de serviço público deve ser considerado, essencialmente, o atendimento pelo Estado das necessidades coletivas mais imediatas, seja através da ação direta do poder público ou através de seus delegados, por permissão ou concessão, para que forneçam serviços indispensáveis ao bom desenvolvimento social.

Com base no atendimento às necessidades de interesse coletivo, que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) cuidou em seu capítulo IV, titulado "Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos", dos serviços públicos.

Existe na doutrina e jurisprudência uma grande discussão sobre que tipo de serviço público pode ser considerado essencial, uma vez que todo serviço público carrega em si um traço de essencialidade.

No entanto, pode-se dizer que são aqueles que sua falta ou interrupção geram verdadeiras catástrofes, são revestidos de urgência e precisam ser fornecidos de forma contínua, ou seja, os relativos à segurança, saúde e educação.

Como não existe uma legislação específica que regulamente e defina quais são os serviços públicos essenciais, é usada pelos doutrinadores a Lei 7.783/89, chamada "Lei de Greve", uma vez que "Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências."

O artigo 10 desta Lei elenca o rol de serviços essenciais. São eles: "I - Tratamento e abastecimento de água; Produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - Assistência médica e hospitalar; III - Distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV Funerários; V Transporte coletivo; VI Captação e tratamento de esgoto e lixo VII Telecomunicações; VIII Guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX Processamento de dados ligados a serviços essenciais; X Controle da tráfego aéreo; XI Compensação bancária."

O art. 11 da “Lei de Greve” dispõe que “as necessidades inadiáveis da comunidade são aquelas, que não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

Assim, o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia estão incluídos como serviços ou atividades essenciais, certamente, porque são atividades que atendem às necessidades inadiáveis da população. Nota-se, que alguns desses serviços são de utilização obrigatória, por exemplo, ligação ao sistema de água encanada, a rede pública de esgoto, etc. Isso ocorre devido ao interesse estatal pela saúde pública.

Sobre a natureza dos serviços essenciais entende o doutrinador Luis Antonio Rizzato Nunes que “Há no serviço considerado essencial um aspecto real e concreto de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação” (2000:207).

Ou seja, tais citados serviços são considerados essenciais pois são indispensáveis a vida moderna, e servem para suprir as necessidades básicas dos indivíduos e a ausência de qualquer um deles coloca em risco a sobrevivência da sociedade, atingindo a qualidade de vida da população e sua dignidade humana, diante disto, existem específicos princípios que regem a administração pública que são utilizados para garantir e manter o equilíbrio entre a urgência do fornecimento desses serviços e sua manutenção.

### **3. PRINCÍPIOS NORTEADORES**

A finalidade dos serviços públicos é favorecer a acessibilidade e pôr os cidadãos em igualdade de condições de usufruto. Devido a sua importância social, os serviços públicos são regidos por determinados princípios, que devem ser observados na sua execução.

Entre eles encontra-se o Princípio Constitucional da Legalidade que está expresso na Constituição Federal como determinação legal e de observação obrigatória, em dois momentos, no artigo 5º, inciso II, onde garante a liberdade dos cidadãos, quando prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não seja previsto em lei, com objetivo de regular o comportamento dos cidadãos e dos órgãos do governo, visando à manutenção da

paz social e da segurança jurídica e, em um segundo momento, no artigo 37, caput, como o princípio que deverá ser obedecido por toda a Administração Pública, em todos os níveis.

Pelo princípio da legalidade, entende-se que, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que não seja proibido em lei, a Administração Pública só poderá agir segundo as determinações legais. Neste contexto, vale ressaltar ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"(...) é o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei." (1995:47)*

Baseadas neste princípio é que as concessionárias de serviços públicos pautam-se para que, em caso de inadimplência, possam suspender o fornecimento dos serviços realizados.

No caso das concessionárias de serviço de fornecimento de água, tal medida é capitaneada pelo inciso I do artigo 55 do Decreto 553/76, que assim determina:

*"Art. 55- O fornecimento de água ao imóvel será interrompido nos seguintes casos, sem prejuízo de aplicação das multas previstas neste Regulamento:*

*I – falta de pagamento das tarifas."*

Já a Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, em seu artigo 40, inciso V, também dispondo o seguinte sobre a legalidade de suspensão do fornecimento de água ao usuário inadimplente:

*"Art. 40 – Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:*

*(...)*

*V- inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado”*

Neste prisma e pautado neste princípio é que a concessionária de fornecimento de água e coleta de esgoto sanitário se baseia para suspender o fornecimento de água dos usuários inadimplentes.

Em contrapartida tais interrupções vêm trazendo inúmeras repercussões na sociedade, principalmente quando a interrupção do fornecimento desse serviço essencial ao usuário-consumidor é utilizada como forma de coação ao pagamento, extrapolando os limites da legalidade e ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana entende-se aquele onde a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica.

Com efeito, a idéia de dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Só é sujeito de direitos a pessoa humana. Os direitos humanos fundamentais são o "mínimo existencial" para que possa se desenvolver e se realizar.

Diante disso, há dois prismas, o primeiro em relação à possibilidade de suspensão do serviço em obediência ao princípio da legalidade, posto que a não interrupção do fornecimento sem a devida contraprestação gera o enriquecimento sem causa do devedor, fomentando a inadimplência generalizada, o que compromete o equilíbrio financeiro da relação e a própria continuidade do serviço.

E, em outra visão, deve-se atender ao princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana onde, por ser um serviço essencial, deve estar à disposição da população, vez que o direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

No melhor entendimento, a questão deve ser analisada no caso concreto, onde o Direito Civil deve se aproximar cada vez mais do Direito Constitucional, convertendo a sua visão individualista tradicional em uma visão coletiva.

Isso porque, apesar da previsão legal, o fornecimento dos serviços essenciais por falta de pagamento, podem se tornar, no caso concreto, violador do princípio da dignidade da pessoa humana caso a cobrança seja abusiva e exponha o cidadão a qualquer tipo de constrangimento.

Já pelo princípio constitucional da eficiência, entende-se como aquele que impõe o direcionamento da atividade administrativa no sentido de auferir o máximo de efeitos positivos aos administrados. Hely Lopes Meirelles conceitua da seguinte forma:

*“o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”*

Assim, ao transportar a noção da eficiência para os serviços públicos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que os serviços prestados pela Administração Pública devem cumprir sua finalidade no caso concreto, não bastando a mera adequação ou disponibilidade do serviço público oferecido.

Nesse sentido, Luiz Antônio Rizzato Nunes afirma que:

*“a eficiência é um plus necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual ele foi criado é suprida concretamente. É isso que o princípio constitucional pretende”*

Portanto, é esse o direcionamento que o princípio da eficiência deve alcançar no campo da Administração Pública, obrigando não só o ente público, mas também aqueles concessionários e permissionários a respeitar os contornos conferidos pela lei, a fim de que o serviço público oferecido possa atingir plenamente os efeitos almejados pelos consumidores.

Ou seja, a eficiência consiste em buscar com objetividade o melhor resultado com o menor dispêndio, tornando os serviços mais baratos e, portanto, mais acessíveis aos usuários, coibindo o desperdício do dinheiro público.

#### **4. LEGISLAÇÃO APLICADA**

O Código de Defesa do Consumidor foi criado especificamente para proteger determinados sujeitos (consumidores) nas relações de consumo, atendendo a um mandamento constitucional.

A relação contratual entre concessionárias de serviços públicos essenciais, como a de água e esgoto, e seus usuários, deve ser disciplinada pela Lei 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que esta Lei define o conceito de fornecedor, nele incluindo as pessoas jurídicas de direito público.

Sendo assim, nas relações contratuais e extracontratuais, se for caracterizada uma relação de consumo com a presença de fornecedor e consumidor final, esta relação será disciplinada pela lei consumerista.

O art. 6º, inciso X, da Lei 8078/90, por sua vez, declara como direito básico do consumidor: a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, ou seja, segundo o CDC, os serviços públicos essenciais não são passíveis de interrupção, mesmo que esteja inadimplente o consumidor

O próprio artigo 22, da referida Lei dispõe:

*“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”*

Portanto, as concessionárias de serviços públicos são obrigadas a implantar a manutenção, modernização e fiscalização de suas estações, sub-estações, distribuidores, redes e sistemas de canalização, etc, bem como de todos os equipamentos instalados em tais locais, para segurança dos consumidores que estão próximos de tais instalações.

Outrossim, impõe o Código de Defesa do Consumidor que em casos de descumprimento de alguma dessas obrigações específicas das concessionárias de serviços públicos, há o dever de reparar os danos causados. Confira-se:

*“Art. 22. (...)*

*Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”*

A adequação, a eficiência e a segurança da prestação do serviço público são atributos inerentes a todo e qualquer serviço prestado ao consumidor, o legislador apenas quis explicitar uma exigência requerida para todo serviço ainda mais relevante, por se tratar de serviço público.

Se não bastasse o Código de Defesa do Consumidor expressar no seu art. 22 que os serviços essenciais devem ser contínuos, seu artigo 42 energicamente veio para não permitir qualquer forma de coação ou ameaça por parte do credor com o intuito do devedor saldar sua dívida, analisemos:

*“Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor não inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”*

No entanto, a questão da continuidade dos serviços públicos essenciais tem gerado muita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, pois a lei consumerista estabelece que a prestação dos serviços essenciais deve ser de forma contínua, e por outro lado, a Lei 8987/95, que trata sobre concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dispõe que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua suspensão em face da inadimplência do consumidor.

A esses argumentos, acrescente-se ainda, a diferença obrigatória que deve ser feita entre o direito de crédito da concessionária e a possibilidade de corte no fornecimento do serviço público.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 175 da Constituição Federal, os serviços públicos são passíveis de concessão ou permissão, mediante pagamento de tarifa, o que é regulamentado pela Lei 8987/95.

Nestas modalidades de transferência de obrigações, a titularidade do serviço público continua sendo do Estado, apenas o exercício é concedido a terceiro. O concessionário irá executar o serviço, nas condições fixadas pelo Poder Público, sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico e financeiro.

Cabe a concessionária a responsabilidade civil objetiva quanto aos eventuais danos causados aos seus usuários, ou seja, a responsabilidade do fornecedor do serviço público independe de qualquer discussão sobre a extensão da culpa.

À pessoa jurídica prestadora de serviço público, aplica-se inteiramente o teor do [artigo 37, § 6º da Constituição Federal](#), *verbis*:

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

*(...)*

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

Deste modo, as concessionárias responderão, nos termos da teoria do risco, pelos danos causados aos consumidores, ao poder concedente ou a terceiros, sem que haja qualquer diminuição da exclusão ou responsabilidade, podendo, inclusive, determinar a solidariedade.

Também por se tratar de responsabilidade objetiva, a concessionária do serviço público exime-se de responsabilidade quando for comprovada a culpa exclusiva do usuário ou de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Nesse sentido, o art. 7º da Lei 8987/95 dispõe um rol de direitos e obrigações dos usuários, e neste diapasão, incumbiu-se à concessionária prestar contas também aos usuários, nos termos definidos no contrato, assim como facultado restou aos destinatários finais o exercício da ação fiscalizadora, assegurando-lhes o acesso inclusive a registros contábeis, conforme artigo 31, em seus incisos III e IV da Legislação acima mencionada, veja-se:

*“Art. 31. Incumbe à concessionária:*

*III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;*

*IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão”*



Assim, várias são as prerrogativas dispostas aos usuários ou consumidores de serviços públicos concedidos, visto que além da proteção inserida na própria Constituição Federal, também há disposições regulamentadoras em Leis Especiais que garantem o exercício pleno de defesa dos usuários contra possíveis defeitos verificados no fornecimento de serviços públicos.

## 5. O SERVIÇO ESSENCIAL DE ÁGUA

O ser humano para viver necessita de certas condições materiais mínimas, tais como: alimentação, moradia, vestuário, etc. Parte dessas necessidades imediatas são satisfeitas por meio da fruição dos serviços públicos essenciais, em especial, o fornecimento de água

A água é um bem de domínio público, destinada ao consumo humano e está juridicamente regulada pelo Código de Águas, Decreto nº. 24.643, de 1934.

Não há esforço em reconhecer que as atividades higiênicas necessárias à manutenção da vida estão associadas à qualidade da água e infra-estrutura sanitária existentes no meio ambiente.

A competência privativa para legislar sobre água é da União conforme artigo 22, IV da Constituição Federal. Outrossim, também está presente na enumeração do art. 10, I da Lei 7.783/89 e portarias ministeriais. Ao analisar essa questão, Sílvio de Salvo Venosa observa:

*“A água deve ser vista como bem de domínio público e recurso natural de valor econômico, segundo o art. 1º da Lei nº. 9.433/97. A captação, tratamento e distribuição devem ser remunerados. (...) Há todo um aparato jurídico que deve ser levado em conta no exame do direito das águas, não só privatístico, nosso campo de estudo, como também administrativo e penal de amplo aspecto.”*

Assim, o direito à água pode ser considerado um direito fundamental porque corresponde às exigências mais elementares da dignidade humana (viver com saúde, higiene e boa qualidade de vida), sendo pressuposto desta, pois a água é condição essencial para se viver. Dessa forma, o direito à água preenche os dois requisitos necessários para ser considerado direito fundamental, pois pode ser equiparado a um

direito fundamental previsto no catálogo (direito à vida) e serve para concretizar o princípio da dignidade humana.

Desse modo, é crível concluir, que o fornecimento de água contínuo e seguro, contribui para que todos tenham uma vida digna, permitindo a existência do ser humano com saúde e boa qualidade de vida. Assim, tornam-se imprescindíveis e fundamentais a todos os cidadãos como um direito ao mínimo existencial.

No entanto, tal fornecimento essencial não é gratuito, valendo ressaltar que o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça afirma que “os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.” (REsp 914.828/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/05/2007).

Veja-se:

*“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. NATUREZA JURÍDICA DE TARIFA OU PREÇO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.*

*1. A controvérsia em exame foi analisada recentemente pela Primeira Seção deste Tribunal, na ocasião do julgamento dos EREsp 690.609/RS, de relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon, DJ 07.04.2008, que, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmou posicionamento no sentido de que a natureza jurídica das contraprestações cobradas por concessionárias de serviço público de água e esgoto não é de taxa, mas, sim, de tarifa ou preço público, razão por que deve ser aplicada a prescrição vintenária nos termos da legislação de Direito Civil.*

*2. Recurso especial provido.” (REsp 1179478 / RS, Rel. Min. Mauro Capbell Marques, DJ 23/11/2010)*

*“TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE COLETA OU TRATAMENTO DE ESGOTO. PREÇO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA.*

*I - Ocorrência do necessário prequestionamento, visto que a questão constitucional em debate foi devidamente discutida no acórdão recorrido.*

*II - O quantitativo cobrado dos usuários das redes de água e esgoto é tido como preço público. Precedentes.*

*III - Agravo regimental improvido” (RE 544.289-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 19.6.2009)*

## 5.1 HIPÓTESES DE LEGALIDADE NA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA

Como já dito, apesar de ser considerado um serviço essencial, de caráter urgente e indispensável à vida do ser humano, o fornecimento de água não é gratuito e sua conservação depende do pagamento das contrapartidas relativas ao consumo medido e faturado.

Verificada a inadimplência do consumidor, afigura-se legítimo o "corte", na esteira da dicção do artigo 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, *in verbis*:

*“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*

*(...)*

*§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:*

*(...)*

*II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”*

Ou seja, o não pagamento das cobranças realizadas pelo fornecedor, suporta a interrupção, que constitui exercício regular de direito da concessionária, sobretudo quando se trata de consumidor inadimplente contumaz.

Neste sentido, a Lei 11.445/07 também autoriza a suspensão deste serviço:

*“Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:*

*(...)*

*V - inadimplimento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.*

*(...)*

*§ 2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão.”*

A Súmula 83 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dispõe:

*“É lícita a interrupção pela concessionária, em caso de inadimplência do usuário, após aviso prévio, na forma da lei.”*

Ou seja, se o consumidor estiver inadimplente, constarem débitos recentes, e tiver sido previamente notificado, a suspensão no seu fornecimento do serviço essencial de água é lícita.

Tal entendimento é unânime e pacificado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se pode perceber pela coleção de Jurisprudências recentes que seguem:

*“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO.*

*CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA. POSSIBILIDADE.*

(...)

*3. Esta Corte tem decido pela legalidade da interrupção do fornecimento de água devido à inadimplência do consumidor, após aviso prévio e desde que não se trate de débitos antigos consolidados, porquanto a essencialidade do serviço não significa a sua gratuidade; mesma orientação adotada pelo aresto impugnado.*

(...)"

*(REsp 1159948 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19/04/2011)*

*"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RAZÕES DOS ACLARATÓRIOS NÃO APONTAM NENHUM DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA*

*RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF.*

(...)

*3. Com efeito, o acórdão embargado é suficientemente claro ao*

*consignar que: (i) a jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de ser lícito à concessionária interromper o fornecimento de água se, após aviso prévio, o usuário permanecer inadimplente, nos termos do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95; e (ii) "admitir o inadimplemento por um período indeterminado e sem a possibilidade de suspensão do serviço é consentir com o enriquecimento sem causa de uma das partes, fomentando a inadimplência generalizada, o que compromete o equilíbrio financeiro da relação e a própria continuidade do serviço, com reflexos inclusive no princípio da modicidade. (...)"*

*(Resp 1.062.975, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Turma, Dje 29/10/2008)*

*“ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA – CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO, APÓS AVISO PRÉVIO – LEGALIDADE – LEI N. 8.987/95 E LC N. 170/87 - SÚMULA 83/STJ.*

*(...)*

*2. Na relação jurídica entre a concessionária e o consumidor, o pagamento pelo serviço de abastecimento é contra-prestação, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso.*

*3. 'A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 do CDC).' (REsp 684.020/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.5.2006).*

*Recurso especial não-conhecido.”*

*(REsp 678.044/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 12.03.07)*

Parte da doutrina e jurisprudência se posicionou no sentido de ser legítima a suspensão do serviço público essencial em virtude da falta de pagamento, desde que haja prévia notificação ao consumidor. Assim, a empresa que responde pelo serviço interromperia seu fornecimento após um prazo médio de trinta dias.

Os que se filiam à corrente doutrinária que defende o corte no fornecimento do serviço essencial de água na hipótese de inadimplemento, sustentam que a gratuidade não é presumível, não havendo obrigação por parte do Poder Público em prestar serviços de forma contínua se o consumidor não efetua o pagamento do que é devido.

No mais, o Egrégio Supremo Tribunal Federal entende que ao ser notificado o consumidor inadimplente do possível corte em seu fornecimento de água, tal fato não lhe gera dano moral:

*“CORSAN. FORNECIMENTO DE ÁGUA. DÉBITO. SUSPENSÃO. INEXISTENCIA DE ILICITUDE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA.*

*Dano moral não configurado, quando da existência de débito perante a requerida, o que não permite concluir qualquer agressão a direito de personalidade do autor. Ademais, houve notificação por parte da demandada, quanto à suspensão do fornecimento de água, como se pode verificar no documento da fl. 14. Não obstante, dispõe o Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto da CORSAN, em seu art. 104:*

*‘Art. 104 - O fornecimento de água será suspenso nos seguintes casos:*

*d) falta de pagamento de conta(s) mensal (ais).’*

*(...)*

*Diante dessas razões, não cabe à requerida o dever de indenizar, uma vez que não comprovado o suposto dano moral.*

*RECURSO DESPROVIDO.” (AI 785290 / RS, Julgamento: 24/05/2010, Relator: Min. Dias Toffoli)*

Ademais, sendo o fornecimento de água tratada um serviço público de extrema necessidade para a população, a sua continuidade depende da contraprestação, sob pena da falência do próprio sistema.

No entanto, há controvérsias, uma vez que a interrupção do serviço essencial em função da inadimplência do consumidor, descaracteriza o princípio da continuidade, levando-se em consideração que a continuidade do serviço essencial ocorre não apenas no interesse do consumidor, mas também, no interesse da coletividade.

## 5.2 HIPÓTESES DE ILEGALIDADE NA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA

A descontinuidade do fornecimento de água ao consumidor inadimplente configura uma afronta ao caráter essencial do serviço público de água, diante dos princípios já expostos e em razão disso, os Tribunais Superiores entendem que este meio de coação ao usuário não é legal.

O poder público ou seus delegados (concessionárias) tem direito ao crédito em função da prestação do serviço público, no entanto, utilizar a suspensão do serviço essencial como forma de compelir o usuário ao pagamento da tarifa extrapola os limites da legalidade.

Na cobrança de dívidas, o credor não deve agir abusivamente. Por isso, os prestadores de serviços públicos devem utilizar os meios legais para receber seu crédito, podendo, inclusive, incluir o nome do devedor inadimplente nos bancos de dados do SERASA, SPC e cobrar judicialmente a dívida.

Além do mais, a descontinuidade dos serviços essenciais está em posição diametralmente oposta à consecução do bem comum, erigido na Constituição da República como princípio fundamental.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça dispõe:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE DÉBITO PRETÉRITO. IRREGULARIDADE NO HIDRÔMETRO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.*

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos pretéritos.*

*(...)*

*4. Agravo Regimental não provido.”*



*(AgRg no Ag 1381452 / SP, Relator: Ministro Herman Benjamin, DJe 04/05/2011)*

*“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. DÉBITOS ANTIGOS. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. Embora seja lícita a suspensão do fornecimento de água por inadimplimento do usuário, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os EAg 1.050.470/SP, decidiu no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como fornecimento de água, em razão de débitos antigos, em relação aos quais a prestadora dos serviços deve utilizar-se dos meios ordinários de cobrança (DJe 14.9.2010).*

*2. Recurso especial não provido.”*

*(REsp 831467 / RS, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010)*

*“ADMINISTRATIVO. ÁGUA. FORNECIMENTO. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. CORTE. DÉBITO ANTIGO. ILEGALIDADE.*

*1. O princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser temperado, ante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes.*

*2. A prestação de serviço de água não pode ser interrompida por existência de débito anterior consolidado contraído por antigo usuário.*

*3. Agravo regimental não provido.”*

*(AgRg no REsp 1.133.507/RJ, Relator: Min. Castro Meira, DJe 29/4/10)*

Ou seja, diante de débitos pretéritos, a concessionária de fornecimento de água não está autorizada a suspender o serviço público essencial.

Da mesma forma, as Turmas do STJ firmaram sua jurisprudência em que o atual usuário do sistema de água não pode ser responsabilizado pelo pagamento de débitos pretéritos realizados pelo usuário anterior, sendo certo que o débito de água é de natureza pessoal, não se vinculando ao imóvel. A obrigação não é *propter rem*.

## 6. CONCLUSÃO

Os serviços públicos são atividades que a lei atribui ao Estado com a finalidade de satisfazer as necessidades coletivas. Dentre esses serviços, existem aqueles que assumem maior relevância social, sendo considerados essenciais, pois têm como finalidade principal atender as necessidades mais imediatas e indispensáveis à sobrevivência humana.

Atualmente, a interpretação das normas legais tem sido feitas com base nos princípios constitucionais, que deixaram de ser meras normas programáticas, especialmente o princípio da dignidade humana, e serve de fundamento para impedir a suspensão dos serviços indispensáveis à vida.

Cabe à legislação ordinária regular o adequado fornecimento de serviços públicos seja diretamente pelo Estado, seja através das concessionárias de serviços.

O Código de Defesa do Consumidor também dispõe em seu artigo 22, que a prestação de serviço público deve ser adequada, eficiente e segura, e quanto aos essenciais, este funcionar de forma contínua, entanto, e a Lei nº 8.987/95 (lei de concessões) dispõe em seu art. 6º, §1º, que o serviço adequado é “aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

No entanto, a mesma Lei de Concessões prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de suspensão do serviço público como forma de punição ao devedor inadimplente.

Ou seja, apesar de existir lei prevendo, expressamente, a possibilidade de interrupção do fornecimento de serviço público essencial (água, energia elétrica e telefonia) por inadimplência, tal ato é contrário aos princípios da dignidade humana e do direito fundamental dos consumidores de terem serviços públicos essenciais prestados de contínua.

A jurisprudência unânime de nossos Tribunais Superiores entende que as fornecedoras não estão impedidas a suspender o serviço quando da existência de débitos recentes perante a concessionária após o aviso prévio, uma vez que, apesar de essencial, o fornecimento de água não gratuito.

Sendo assim, ilícito é o corte do fornecimento de água quando o usuário possui débitos, ou dívidas que foram contraídas por morador anterior e antigo do imóvel em discussão, o que garante a harmonia entre os princípios e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e as Leis Ordinárias que regulam a matéria.

## 7. REFERÊNCIAS

**BASTOS**, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

**DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

**GRINOVER**, Ada Pellegrini et al. Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

**JUSTEN FILHO**, Marçal. Concessão de serviços públicos: Comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e à Lei nº 9.704 de 7 de julho de 1995. São Paulo: Dialética, 1997.

**MEIRELLES**, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

**MELLO**, Celso Antônio Bandeira. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1992

**NUNES**, Luís Antônio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor. (direito material) art. 1º a 54. São Paulo: Saraiva, 2000.

**NUNES**, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

**VENOSA**, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

## DIREITOS DO CONSUMIDOR NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO-KILÔMETRO VICIADO

**THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE COELHO:** Advogado militante (OAB/DF 7.025), bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília e Pós graduado em Gestão Estratégica da Segurança Pública.

**RESUMO:** Este trabalho apresenta estudo acerca dos direitos do consumidor na hipótese de aquisição de veículo zero-quilômetro viciado, abarcando os conceitos, posicionamentos jurisprudenciais, faculdades e garantias legais.

**Palavras-chave:** Consumidor. Vício. Veículo. Zero Quilômetro.

---

### I – INTRODUÇÃO

Apesar das vendas de veículos novos no Brasil terem caído 20,1% em 2016, na comparação com o ano anterior, foram emplacados naquele ano 2.050.327 automóveis, comerciais leves (picapes e furgões), caminhões e ônibus, sendo que os concessionários esperam melhora para este ano, estimando alta de 2,4%. segundo a federação dos distribuidores, a [Fenabrave](#).<sup>[1]</sup>

Não obstante a crise iniciada em 2013 ainda existe um grande mercado de consumo nacional de veículos zero-quilômetro. Há de ser levado em consideração que para muitos brasileiros consumidores o carro simboliza muito mais que um simples meio de transporte, figurando em muitas vezes como objeto de autoafirmação e sucesso perante a sociedade.

Muitas vezes o consumidor se endivida, sujeitando-se as práticas abusivas do mercado financeiro e aos juros altíssimos embutidos nas prestações a perder de vista somente para adquirir o tão sonhado bem cuja aquisição na maioria das vezes lhe fora incutida pelos constantes apelos publicitários constantes nos mais diversificados meios de comunicação.

Na maioria das vezes na transação de compra e venda tudo ocorre bem e sem maiores problemas, mas em muitos casos o veículo adquirido apresenta vícios em pouco tempo de uso e/ou em nada representa aquilo que foi

prometido pelo fornecedor, frustrando assim a legítima expectativa do consumidor e lhe sujeitando a verdadeira *via crucis*.

Nesse sentido, busca o presente artigo esclarecer juridicamente os direitos do consumidor, sob a égide do estatuto consumerista, que adquiriu veículo zero-quilômetro viciado.

## II – DESENVOLVIMENTO

O Código de Defesa do Consumidor é manifestamente aplicável ao presente caso, diante da presença, de um lado, de pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final** (art. 2º CDC), e, de outro, de fornecedor que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º CDC).

Conforme leciona Cláudia Lima Marques destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro da cadeia de produção e distribuição. [2]

Dessa forma, não há dúvidas de que a relação narrada tem natureza consumerista, importando na aplicação da legislação especial, sem prejuízo, contudo, da realização do diálogo das fontes.

O microsistema do Código de Defesa do Consumidor estabelece princípios que devem ser obedecidos em toda relação de consumo, e concede efetividade à função social do contrato, além de dar condições à realização do princípio da boa-fé objetiva nas relações privadas, sendo essa lei norma cogente, a ser seguida em toda relação tida como de consumo. Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao determinar a regulamentação de normas protetivas ao

consumidor, concedeu-lhe índole constitucional que materializou garantia individual revelada pela vontade do constituinte originário.

Sobre o tema, cabe trazer à baila ensinamentos da professora Cláudia Lima Marques extraídos de sua obra: “O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis”:

“A pedra de toque do sistema de proteção do consumidor no Brasil é a visão de consumidor (consumidor *stricto sensu* do art. 2º, do CDC e consumidores equiparados, do parágrafo único do art. 2º, dos arts. 17 e 29 do CDC), como sujeito destinatário de proteção especial por expressa determinação constitucional. Nesse sentido, o princípio da proteção do consumidor consagrado na Constituição da República, tanto como direito fundamental, quanto como princípio da ordem econômica, dá causa a transformações em diversos institutos jurídicos, como por exemplo nos contratos e na responsabilidade civil. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, é o principal instrumento normativo da realização destes novos direitos, se bem que não o único (como frisa o próprio art. 7º do CDC).<sup>[3]</sup>”

A vulnerabilidade do consumidor, considerado o desequilíbrio em termos econômicos e técnicos entre as partes, reconhecido pela Lei 8.078/90, consoante inteligência do artigo 4º, inciso I, é característica atribuída ao consumidor que não se confunde com a hipossuficiência, que se encontra no campo de direito processual. Esta visa facilitar a comprovação dos fatos durante o processo e a análise e a apreciação das provas, autorizando ao magistrado, inclusive, inverter o ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor trabalha com duas áreas de proteção: a primeira visa proteger a saúde e segurança do consumidor, a sua incolumidade físico-psíquica, sendo tratada pelo código como “fato do produto e do serviço” (artigos 12 a 17), enquanto a segunda busca resguardar os prejuízos materiais que o consumidor possa vir a sofrer, a sua incolumidade econômica,

sendo tratada pelo código como “vício do produto e do serviço” (artigos 18 a 25) <sup>[4]</sup>.

Vício é defeito de fabricação circunscrito à qualidade ou quantidade do produto e que o torna impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, ou lhe diminua o valor (CDC art. 18).

O art. 18 do CDC prevê dois tipos de vícios do produto: de qualidade e de quantidade:

“Vícios de qualidade, de acordo com a definição do referido dispositivo, são aqueles que tornam os produtos (duráveis ou não duráveis) impróprios ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor, assim como aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária [...]”

Como se vê, o CDC estabeleceu no art. 18 um novo dever jurídico para o fornecedor – o **dever de qualidade**, isto é, de só introduzir no mercado produtos inteiramente adequados ao consumo a que se destinam. No §6º desse mesmo dispositivo vamos encontrar um rol **exemplificativo** de vícios de qualidade que tornam os produtos impróprios ao uso e consumo: produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; produtos que, por qualquer motivo, ser revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Dessa forma, não vale mais a antiga máxima do “lucro ao qualquer custo”, devendo atualmente o fornecedor assegurar a qualidade e segurança do produto que produz. A própria Constituição Federal no art. 170, inciso V, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observada a defesa do consumidor.

Fica vedada ao fornecedor a venda de veículos que não atinjam a legítima expectativa do consumidor, sejam porque viciados na qualidade ou por



se encontrarem em disparidade com aquele amplamente divulgado na publicidade. É necessário sempre lembrar que nos moldes do artigo 30 do CDC “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

O vício de qualidade é capaz de tornar o veículo zero-quilômetro apto a diminuir o seu valor econômico e inapropriado para o fim a que se destina, afetando muitas vezes, parte fundamental do veículo (câmbio ou motor).

É necessário que o vício não decorra do desgaste natural das peças decorrentes de utilização do veículo nem tampouco de culpa exclusiva da vítima, vez que a ninguém é permitido beneficiar-se de sua própria torpeza.

No que concerne a decadência tem-se que o art. 26 do CDC estipula que o direito de **reclamar** pelos **vícios aparentes** ou de fácil constatação tratando-se de **produtos duráveis** (veículo) caduca em **90 (noventa) dias**, iniciando-se a contagem do prazo decadencial **a partir da entrega efetiva do produto** ou do término da execução dos serviços. Obstat a decadência a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; e a a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

Cabe salientar que tratando-se de **vício oculto**, o prazo decadencial **inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito**.

O STJ com base no art. 50 do CDC, o qual estipula que a garantia contratual é complementar a legal, já se posicionou por meio do REsp 225.859, no sentido de que os prazos das garantias não correm simultaneamente: o prazo decadencial inicia-se após o término do prazo de garantia contratual<sup>[5]</sup>. Nesse passo, destaco os seguintes precedentes no mesmo sentido, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VEÍCULO NOVO. AQUISIÇÃO. DEFEITOS NÃO SOLUCIONADOS DURANTE O PERÍODO DE GARANTIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CDC. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. FLUÊNCIA DO PRAZO A PARTIR DO TÉRMINO DA GARANTIA CONTRATUAL.

(...)

2. O prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) não corre durante o período de garantia contratual, em cujo curso o veículo foi, desde o primeiro mês da compra, reiteradamente apresentado à concessionária com defeitos. Precedentes" (REsp. nº 547.794/PR, Rei. Min. Maria Isabel Gallotti).

"Incidindo sobre a garantia contratual os mesmos prazos de reclamação da garantia legal, mantém-se inalterado o fiel da balança que pondera os direitos e obrigações entre fornecedores e consumidores, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia. Ademais, evita-se, de um lado, o tolhimento do direito de reclamação e, de outro, a criação de direito objetivo de poder reclamar a qualquer tempo pela garantia contratual" (REsp. nº 967.623/RJ, Rei. Min. Nancy Andrighi).

Dessa forma, com a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, o prazo do art. 26, II, do CDC (noventa dias para reclamar os vícios) deve ter seu termo inicial postergado para o fim da garantia contratual.

Constatado o vício e reclamado dentro dos prazos supramencionados, **não sendo o vício sanado pelo fornecedor no prazo máximo de trinta dias**, poderá exigir, alternativamente e **à sua escolha**:

I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III – O abatimento proporcional do preço.

Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade do fabricante e da concessionária de automóveis que comercializou o veículo encontra-se prevista no art. 18 do CDC<sup>[6]</sup>, que estabelece a **solidariedade entre os fornecedores** do produto ou serviço, legitimando a escolha do consumidor se irá propor a demanda contra um ou contra todos que participaram da cadeia de consumo.

Diferentemente da responsabilidade pelo fato do produto, há responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, no caso de vício do produto. Dispõe o artigo 18 do CDC: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam...” No mesmo sentido o art. 19: “Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de qualidade do produto...”.

Nota-se, pois, que a norma inserta no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a responsabilidade do fornecedor por vício do produto e do serviço é solidária; e não exclusiva. Assim, no caso concreto, tanto a empresa responsável pela comercialização do veículo quanto o fabricante respondem solidariamente pelos vícios nele apresentados.

A fim de corroborar o que acima restou expandido, trago à colação julgado do Col. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Código de Defesa do Consumidor. Compra de veículo novo com defeito. Incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor. Indenização por danos materiais e morais. Precedentes da Corte.

1. Comprado veículo novo com defeito, aplica-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os

artigos 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes da Corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor.

2. Afastada a ilegitimidade passiva e considerando que as instâncias ordinárias reconheceram a existência dos danos, é possível passar ao julgamento do mérito, estando a causa madura.

(...)

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (Terceira Turma, REsp 554876/RJ, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 3/5/2004, p. 159). Grifei.

Da mesma forma vem decidindo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. RESCISÃO CONTRATUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA. COMPRA DE VEÍCULO ZERO QUILOMETRO. PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. RETORNO AO STATUS QUO ANTE.

1. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele cabe decidir sobre sua necessidade ou não à instrução do processo, consoante o disposto no art. 130 do CPC, não havendo falar, portanto, em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

2. O c. Superior Tribunal de Justiça já pacificou posicionamento no sentido de que a compra de veículo zero quilômetro com defeito enseja a responsabilização da concessionária com base na aplicação do artigo 18 do CDC, afastando, portanto, a subsidiariedade prevista no artigo 13 daquele diploma legal.

3. Nos termos do artigo 18, § 1º, do CDC, ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias para solução do vício do produto, é facultada ao consumidor a restituição imediata da quantia paga pelo bem, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Vale dizer, apresentando o veículo novo defeito não sanado em 30 (trinta) dias, faz jus o adquirente à rescisão contratual com o respectivo recebimento integral do valor pago por aquele bem.

4. Recursos não providos.

([Acórdão n.659900](#), 20090110878559APC, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/02/2013, Publicado no DJE: 14/03/2013. Pág.: 256)

“APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. VEÍCULO NOVO COM DEFEITO NA PINTURA NÃO SANADO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO MEDIANTE DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO. 1. A concessionária, na qualidade de fornecedora, responde pelos vícios apresentados no veículo, a teor do art. 18 do CDC (precedentes do STJ). 2. Compete à ré a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC 333 II). 3. Comprovado que o veículo 0 Km apresentou defeitos na pintura, que não foram sanados pela concessionária, declara-se a rescisão contratual, com o retorno das partes ao status quo ante. 4. Deu-se parcial provimento ao apelo da ré, para determinar que o autor restitua o veículo à ré, mediante devolução do valor originalmente pago. (Acórdão n. 538321, 20080111471157APC, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 28/09/2011, DJ 30/09/2011 p. 129)”

Consequentemente, pode o consumidor, à sua escolha, exercer sua pretensão contra aquele que mais lhe for conveniente.

Em síntese, nos termos do artigo 18 do CDC, a omissão na reparação do vício no veículo zero-quilômetro, dentro do prazo estipulado no § 1º (30 dias), dá ao consumidor a faculdade da restituição imediata da quantia paga sem prejuízo de eventuais perdas e danos, **sendo causa de desfazimento do negócio**. O consumidor não terá que suportar todo e qualquer vício, aparente ou oculto, sem a necessária assistência do fornecedor. Haverá sempre uma legítima expectativa de utilidade do produto que não pode deixar de ser garantida pelo fornecedor. É dever das empresas que fornecem bens e serviços ao público estruturarem-se adequadamente para corresponderem a essa legítima expectativa dos consumidores.

O artigo dispõe acerca da responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos, prevendo que este deve colocar no mercado bens de boa qualidade, a fim de evitar prejuízos aos consumidores. Além disso, merece ser lembrado o princípio da atividade econômica (art. 927, parágrafo único, do CCB). O certo é que o vendedor deve atuar com a diligência e cautela necessárias na realização de negócios, não devendo o consumidor, hipossuficiente e vulnerável, arcar com os prejuízos advindos de vício no produto.

Ademais, em se tratando de automóvel zero-quilômetro, a substituição de peças, ofertada na maioria das vezes pelo fornecedor, não satisfaz o interesse daquele que pagou bem mais para ter um automóvel com esse atributo. Ao revés, caracteriza cumprimento imperfeito da prestação e em verdadeira quebra do dever de boa-fé do fornecedor do produto.

É que “a existência de defeitos em veículo zero quilômetro frustra a expectativa do consumidor, diminui o valor econômico do bem e justifica a opção do autor pela rescisão contratual com a subsequente restituição do valor pago quando da aquisição do veículo, retornando as partes ao *‘status quo ante’*.” (cf. Acórdão da 2ª Turma Cível de 30.09.2011 na apelação nº2009 01 1 120.457/7, relator Desembargador Sérgio Rocha, registro nº537715).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que “cabe ao consumidor a escolha entre a substituição, a restituição do preço, ou o seu abatimento proporcional em tais hipóteses - art.18, § 1º, I a III, da Lei n. 8.078/1990.” (cf. Acórdão de 11.11.2010 da 4ª Turma no REsp nº912.772/RS, relator Ministro Aldir Passarinho Junior).

A propósito, a fim de se extirpar qualquer dúvida acerca da possibilidade de rescisão face a eventuais problemas a serem apresentados, destaca Paulo Scartezini que “não só os vícios graves caracterização o cumprimento imperfeito, mas também aqueles de menor importância, desde que não sejam insignificantes”<sup>[7]</sup>.

Conforme visto, o consumidor pode optar pela rescisão contratual com a subsequente restituição do valor pago quando da aquisição do produto, monetariamente atualizada, retornando as coisas ao *status quo ante*, de sorte que não há falar em abatimento de preço ou arbitramento com base no valor do veículo na data em que apresentado o defeito, inclusive sob pena de enriquecimento ilícito do fornecedor.

Como se sabe, o término da relação jurídico-contratual acarreta o retorno das partes à situação anterior à celebração da avença. Além disso, a pretensão reparatória deve ser a mais ampla possível como forma de se atingir o *status prior*.

É que, distratado o contrato, as partes, conforme pontuado, deverão ser devolvidas ao estado em que se encontravam antes da sua formalização, resultando que o consumidor deverá ser contemplado com o que despendera, e o veículo vendido deverá ser devolvido.

O aduzido, aliás, se conforma com o entendimento que é perfilhado em uníssono pelo TJDF que, tem decidido o seguinte:

“RESCISÃO CONTRATUAL - PERDAS E DANOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - VEÍCULO ADQUIRIDO MEDIANTE CONTRATO ONEROSO - DEFEITO OCULTO - IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA - MATÉRIA REGIDA PELO CDC - RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR - DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA - RESSARCIMENTO DOS GASTOS EFETUADOS PELO COMPRADOR – POSSIBILIDADE 1. Não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando os documentos apresentados na inicial não foram adequadamente impugnados e se mostraram suficientes à

convicção do Juiz. 2. Tratando-se de vício redibitório, cujo defeito oculto for reclamado no prazo legal, caberá rescisão do contrato firmado pelas partes, com devolução dos valores pagos, bem como indenização em favor do adquirente do veículo, para reparar-lhe os valores que comprovadamente forem gastos com a reparação mecânica do automóvel. 3. Tendo sido o veículo vendido por pessoa jurídica especializada na comercialização de automóveis, deflagrada está a relação de consumo, a ser regulada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

4. O fato de o veículo negociado ser usado não exclui a responsabilidade da empresa vendedora pelos defeitos ocultos que aparecerem depois da venda, mormente quando se comprova a ocorrência de sinistro anterior à transação.

5. Sentença mantida.” (TJDF, 2ª Turma Cível, Apelação Cível nº 2001071004121-5 APC DF, Reg. Int. Proces. 170122, relatora Desembargadora Adelith de Carvalho Lopes, data da decisão: 09/12/2002, publicada no Diário da Justiça de 23/04/2003, pág. 39)

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. VÍCIOS REDIBITÓRIOS. COMPROVAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. RESTITUIÇÃO DO VALOR DO CONTRATO À COMPRADORA. DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO À VENDEDORA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS DECORRENTES DO USO DO VEÍCULO.(...) Comprovado que o automóvel alienado é afetado por vícios não conhecidos no momento da contratação e que impedem seu uso e regular circulação, é assegurado ao adquirente o direito de obter a rescisão do contrato e a devolução do preço pago, devendo, em contrapartida, restituir a coisa à vendedora. (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação Cível nº 2006011071085-0 APC DF, Reg. Int. Proces. 376335, relator Desembargador Natanael



Caetano, data da decisão: 09/09/2009, disponibilizada no Diário da Justiça de 21/09/2009, pág. 46)

A responsabilidade do fornecedor pela existência dos vícios faz presumir o direito do consumidor à restituição das despesas obtidas com o produto.

A legislação consumerista também traz alternativas para o consumidor que sofrem com a impropriedade dos serviços prestados pelo fornecedor (art. 20, § 2º), conforme se infere do disposto no art. 20 do mesmo diploma legal:

“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.”.

O reconhecimento da impropriedade da prestação de serviços dos fornecedores, por si só, faz presumir a sua responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo consumidor, apoiando, assim, pedido de indenização pelos danos materiais sofridos pelo consumidor, desde que devidamente comprovados.

A função social do contrato, cuja matéria é de ordem pública, tem aspectos que são importantes na análise da relação contratual de veículo zero-quilômetro, quais sejam: a proteção dos vulneráveis contratuais que atrelado ao código do consumidor, artigo 47, será interpretado em favor do consumidor; a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e, neste ponto, a quebra contratual pode gerar o dano moral.

A situação à qual frequentemente são submetidos os consumidores adquirentes de veículo viciado – muitas das vezes com direito à peregrinação em concessionária autorizada na busca da solução para os problemas verificados, bem como registro de reclamação no PROCON somados a inobservância do prazo para o conserto do bem e a indisponibilidade de veículo reserva durante a integralidade desse período– são capazes de ensejar o direito à reparação dos danos morais sofridos. Isso é, a depender do caso, e da dimensão do dano experimentado pode vir a macular os direitos da personalidade e conseqüentemente ser capaz de ensejar reparação por danos morais.

Ademais, não pode ser descartada a tamanha decepção sofrida pelo adquirente ao verificar que o bem adquirido poderia ser capaz de trazer tantos aborrecimentos.

Conforme a doutrina de Yussef Said Cahali (Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 19), “segundo entendimento generalizado na doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido”.

A depender do caso, a frustração experimentada pelo consumidor, em face das expectativas geradas em torno de se adquirir um carro zero; e o descontentamento, a angústia e as chateações sofridas com as várias idas em vão à concessionárias são fatores que justificam a condenação das demandadas por danos morais. O dano causado pode vir a extrapolar ao que se poderia admitir como “mero aborrecimento” e invade a esfera moral, merecendo procedência o pleito indenizatório.

O dano moral nas relações de consumo, normalmente, decorre das inexecuções das obrigações contratuais e legais, segundo orienta Paulo R. Roque A. Khouri<sup>[8]</sup>.

Para reparação do dano moral é necessário observar, sob pena de estipulação de indenizações injustas, a presença dos requisitos: ação ou

omissão do agente, dano efetivo à vítima e nexo de causalidade entre a ação e o dano ocorrido.

Para a configuração do dano moral deve estar patente a privação ou a lesão de direito da personalidade, não bastando à demonstração de mero mal-estar, dissabor, aborrecimento do cotidiano.

O consumidor que adquire um veículo zero-quilômetro normalmente o faz na busca de conforto e de satisfação de suas necessidades. Faz a opção pela aquisição de um produto novo, com a expectativa de obter, tanto do fabricante quanto do seu fornecedor final, um atendimento de qualidade condizente e proporcional não somente ao valor pago pelo produto, mas porque o adquiriu de pessoa jurídica – revendedora autorizada para a comercialização e manutenção do veículo naquele mercado local.

Uma vez que presentes os fundamentos da responsabilidade civil objetiva contratual, pelos danos causados ao consumidor, devem os fornecedores sofrerem a correspondente imposição de penalidade pecuniária.

É certo de que o quantum indenizatório, nesse caso deve ser arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade, ou seja, sem exacerbação dos valores a fim de não conduzir ao famigerado enriquecimento sem causa e proporcional ao dano causado.

Ademais deve ser cumprida a normativa que trata da efetiva extensão do dano, por inteligência do art. 944 do Código Civil. Assim dispõe o citado preceito legal: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

A fixação da indenização por dano moral há de se atentar para a extensão da dor, do sentimento, das marcas deixadas pelo evento danoso, e ainda das condições sociais e econômicas da vítima e as da pessoa obrigada. Essa indenização não pode ser fonte de enriquecimento sem causa da vítima e nem de empobrecimento do devedor.

Cabe salientar o caráter do dano moral nas relações de consumo, ou seja, suas finalidades e destinação. O dano moral do consumidor é

pautado pela baliza das funções PREVENTIVA-PEDAGÓGICA-REPARADORA-PUNITIVA, aplicando-se a teoria do desestímulo mitigado.

A função pedagógica é aquela entendida como medida reiterada de desestímulo a que posteriores atos semelhantes venham a acontecer, não só no âmbito do ofensor, mas com indelével e nítido propósito de alcançar todos os integrantes da coletividade, servindo de alerta ao desrespeito para com o consumidor e desestimulando da prática de semelhantes ilicitudes. Mostra-se ainda atitude salutar, pois impõe o constante aprimoramento dos fornecedores de serviços, para que melhorem o serviço prestado, sob pena de poderem vir a sofrer condenação judicial.

Já a função reparadora é a que mais se assemelha ao dano moral do Código Civil, isto é, na impossibilidade de se restabelecer o status quo ante, devido o pagamento de pecúnia, que, conquanto não substitutivo da lesão, indeniza a vítima dos danos sofridos.

Por fim, a função punitiva é aquela em que o Consumidor, por meio da atuação jurisdicional, impõe punição pecuniária a aquele que, na relação de consumo lhe causou dano, por ter desrespeitado às normas protetivas e mandamentais insertas no Código de Defesa do Consumidor. Na mesma linha é o entendimento do TJDF:

“CONSUMIDOR. I. BEM DE CONSUMO DURÁVEL. LEGITIMIDADE DO FORNECEDOR E DO FABRICANTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA SOLIDÁRIA. CARRO "ZERO KM" QUE APRESENTA DEFEITO NO CÂMBIO AUTOMÁTICO COM MENOS DE UM MÊS DE USO. DEMORA NO CONserto DO AUTOMÓVEL. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE FORNECER BEM EM ESTADO DE USO SEGURO E ADEQUADO E DE REPARAR OS ABORRECIMENTOS CAUSADOS DIANTE DA FRUSTRAÇÃO DA COMPRA. DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER ADEQUADO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. II. RECURSO CONHECIDO IMPROVIDO.

1. Comprovado que o veículo "zero km" vendido pela recorrente apresentou defeito no câmbio automático

cerca de 30 (trinta) dias após a venda e cerca de 1.000 Km rodados, em razão do que o comprador ficou impedido de utilizá-lo por cerca de 30 (trinta) dias e que o veículo reserva foi franqueado pelo período de 08 (oito) dias, resta demonstrada a má qualidade da prestação do serviço agregada à venda do produto.

2. Em tais circunstâncias merece confirmação a sentença que, aquilatando os específicos elementos de prova do caso em exame reconhece a má qualidade da prestação dos serviços da empresa concessionária de veículo sediada na capital do país que demora de cerca de 30 (trinta) dias para o conserto do câmbio do veículo, e não supre um veículo equivalente ao consumidor.

3. A indenização por danos morais fixada em valor de R\$ 3.000,00, mostra-se justa e razoável porque atenta para os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade e conserva o caráter compensador e punitivo da medida.

4. Recurso conhecido e improvido.

5. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei nº 9.099/95.

6. Custas e honorários pela recorrente, fixados estes em 10% (dez) por cento sobre o valor da condenação.” (Acórdão n. 494444, 20080110686398ACJ, Relator ASIEL HENRIQUE, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 15/03/2011, DJ 06/04/2011 p. 319).

“APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. DECADÊNCIA AFASTADA. SENTENÇA CASSADA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA DO ART. 515, §3º DO CPC. CAUSA MADURA. INCIDENCIA DO CDC. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E REVENDEDOR. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO KM. APRESENTAÇÃO REITERADA DE DEFEITOS.

CONSERTOS REALIZADOS SEM SUCESSO. TROCA DO VEÍCULO NÃO REALIZADA. DANO MORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA.

Há de ser considerada para fins de contagem do prazo decadencial a data em que foi registrada a última reclamação quanto ao defeito alegado no veículo adquirido. Na tentativa de solucionar o impasse e crendo que alcançaria êxito, o consumidor fez vários contatos com a revendedora do veículo, sem lograr solucionar o alegado defeito no motor, devendo, neste período, estar suspensa a contagem do prazo decadencial. Afastada a decadência. Tendo em vista que o pleito encontra-se devidamente instruído, incide a norma consagrada no §3º do art. 515 do CPC.

O adquirente de veículo 0/Km (zero quilômetro), tem a expectativa de poder usufruir o bem com tranqüilidade, livre das preocupações com os defeitos mecânicos.

A frustração decorrente dos reiterados defeitos do veículo zero quilômetro, a não realização da troca por outro de igual modelo, além do desconforto pelo impedimento de usar o próprio automóvel são aptos à caracterização do dano moral, gerando a conseqüente obrigação de indenizar.” (Acórdão n. 609878, 20100112046323APC, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 08/08/2012, DJ 14/08/2012 p. 79).

Ante o exposto, pode-se concluir que uma vez constatado o vício no veículo zero-quilômetro e reclamado pelo consumidor no prazo decadencial de 90 dias previsto no art. 26 do CDC, será oportunizado ao fornecedor sanar o vício em 30 dias na forma do art. 18 do mesmo *codex*, se acaso não for, caberá alternativamente a substituição do produto, abatimento no preço ou restituição da quantia paga, sendo a última alternativa hipótese de desfazimento do negócio jurídico, tendo portanto o consumidor direito ao retorno do *status quo ante* com a

restituição de despesas sem prejuízo do arbitramento de danos morais se for lesionado os direitos da personalidade.

### III – CONCLUSÃO

Conforme visto, apesar do segmento de produção de veículos automotores representar importante segmento da indústria nacional na geração de empregos e receitas, não pode ser esquecido que a própria Constituição Federal no art. 170, inciso V, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observada a defesa do consumidor.

O microsistema do Código de Defesa do Consumidor estabelece princípios que devem ser obedecidos em toda relação de consumo, e concede efetividade à função social do contrato, além de dar condições à realização do princípio da boa-fé objetiva nas relações privadas, sendo essa lei norma cogente, a ser seguida em toda relação tida como de consumo.

Como se vê, o CDC estabeleceu no art. 18 um novo dever jurídico para o fornecedor – o **dever de qualidade**, isto é, de só introduzir no mercado produtos inteiramente adequados ao consumo a que se destinam.

Fica vedada ao fornecedor a venda de veículos que não atinjam a legítima expectativa do consumidor, sejam porque viciados na qualidade ou por se encontrarem em disparidade com aquele amplamente divulgado na publicidade, sendo sempre válido lembrar que a proposta vincula o proponente nos moldes do art. 30 do CDC.

O microsistema normativo faculta ao consumidor exercitar sua pretensão contra a empresa responsável pela comercialização do veículo e fabricante, visto que ambos respondem solidariamente pelos vícios apresentados nos termos do art. 18 e 19 do CDC.

Uma vez constatado o vício no veículo zero-quilômetro e reclamado pelo consumidor no prazo decadencial de 90 dias previsto no art. 26 do CDC, será oportunizado ao fornecedor sanar o vício em 30 dias na forma do art. 18

do mesmo *codex*, se acaso não for, caberá alternativamente a substituição do produto, abatimento no preço ou restituição da quantia paga, sendo a última alternativa hipótese de desfazimento do negócio jurídico, tendo portanto o consumidor direito ao retorno do *status quo ante* com a restituição de despesas sem prejuízo do arbitramento de danos morais se for lesionado os direitos da personalidade.

### REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor* – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;
2. GUIMARÃES, Paulo José Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento do contrato*. São Paulo: RT, 2004;
3. [Http://g1.globo.com/carros/noticia/2017/01/vendas-de-veiculos-novos-caem-20-em-2016-pelo-4-ano-seguido.html](http://g1.globo.com/carros/noticia/2017/01/vendas-de-veiculos-novos-caem-20-em-2016-pelo-4-ano-seguido.html);
4. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm);
5. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm);
6. KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2ª Ed. Ed. Atlas. São Paulo: 2005;
7. Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. Ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2012;
8. MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013;
9. MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno: *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

### NOTAS:

[1] Disponível em <http://g1.globo.com/carros/noticia/2017/01/vendas-de-veiculos-novos-caem-20-em-2016-pelo-4-ano-seguido.html>. Acessado em 25/06/2017 às 18:08.

[2] MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2013.



[3] MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno: *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 150.

[4] BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor* – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

[5] MARQUES, *Claudia Lima*. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. Pg.221.

[6] “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

[7] GUIMARÃES, Paulo José Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento do contrato*. São Paulo: RT, 2004.

[8] KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2ª Ed. Ed. Atlas. São Paulo: 2005. p. 148.

## O CUIDADO NO DIREITO POSITIVO COMO VALOR A SER OBSERVADO

**PEDRO RAMOS LYRA DA SILVA**

“Sem o cuidado, ele [o ser humano] deixa de ser humano”. Esta breve, mas relevantíssima passagem do livro *Saber cuidar*, de Leonardo Boff, demonstra o quão incrustado está o valor *cuidado* na própria existência humana.

Em outra obra, *Ética e eco-espiritualidade*, Boff faz uma tradução para o português da “Fábula do Cuidado”, de Higino, escravo liberto de César Augusto. Trata-se de um pequeno texto, mas de importância fundamental para o entendimento do relevo que toma o valor *cuidado* nas relações humanas, em âmbito geral, e do presente trabalho, de forma mais específica.

Nesta fábula, demonstra-se que o *cuidado* é anterior até mesmo a questões teo-filosóficas, como a noção espírito, constituindo a “real e verdadeira essência do ser humano”, nas palavras do teólogo. Sem dúvida, o operador de direito meramente legalista, muitas das vezes atrelado ao pensamento de cunho unicamente positivista, de uma quase que separação do Direito do resto do mundo, há de se questionar sobre a importância deste tema para o nosso ordenamento jurídico.

Demonstrar esta importância é o objetivo principal das linhas a seguir. Em outras palavras, apontar as muitas zonas de convergência que possuem Direito e *cuidado*.

“No cuidado, se encontra o *ethos* fundamental do ser humano”. Mais uma vez, citando Boff, tento explicitar o relevo que toma a questão do *cuidado*. Sendo ele algo de suma importância para a existência humana, deveria estar expressamente protegido na Constituição Federal, mas não em qualquer lugar do texto constitucional, e sim em seu Título II.

E, exatamente por ser tão importante, lá se encontra o *cuidado*. Trabalhem com o célebre *caput* do artigo 5º de nossa Carta Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (...)”. Não existe a possibilidade de que este artigo seja levado a cabo sem que o Estado e as

próprias pessoas zelem umas pelas outras. Exemplificando: para que o direito à vida não seja violado, há a necessidade de que as pessoas ao redor zelem por este direito, pela vida, ou seja, cuidem dela, e, em última instância, cuidem umas das outras.

Este raciocínio poderia ser repetido por todo o resto do dispositivo supracitado. Mas não está presente somente neste diploma legal. A codificação de origem privada, por muitos considerada impessoal e mais preocupada com a *res*, também imprime destaque para o *cuidado*.

Não precisa-se ir muito longe para confirmar o sobredito: o Capítulo II, do Título I, da Parte Geral do Código Civil, em outras palavras, o capítulo que trata dos Direito de Personalidade nada mais é do que a defesa do cuidado, essencialmente.

Quando o art. 11 da Lei Civil caracteriza os direitos de personalidade como intransmissíveis e irrenunciáveis, e quando a doutrina soma a essas características as de absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários não há como negar que estes direitos são especialmente protegidos por esta codificação.

Basta uma breve pesquisa na doutrina para elencá-los: direito à vida, ao corpo, ao cadáver, ao nome, à honra, à liberdade, ao cuidado, dentre outros. Tais direitos nada mais são do que o cuidado que se deve ter em relação a si mesmo e ao outro. Respeitar esses direitos passa, necessariamente, pelo cuidado com a outra pessoa, seja ela parente, amiga, ou até desconhecida, e consigo mesmo.

Esses dois exemplos trazidos ao presente trabalho são, de alguma forma, emblemáticos, porém, não os únicos. Emblemáticos porque estão expressos em nossa Carta Magna, regedora de toda a ordem jurídico-legal nacional, e em nosso Digesto Civil, de natureza privada, o que causa estranheza a muitos, que associam o Direito Privado, de forma reducionista e pouco inteligente, ao ramo do Direito que tem o único objetivo de defender a propriedade privada, e manter um *status quo* que desagrade à grande massa populacional de nosso país.

Mais do que isso, não são os únicos porque existem outros incontáveis exemplos de dispositivos legais que vão até mesmo além dos citados

acima. Apenas para efeito de ilustração, há o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, obras legislativas que corporificam o cuidado especial que se deve dispensar a certas camadas da população, notadamente carentes desse cuidado.

Sem nenhuma pretensão de ter esgotado o riquíssimo e altamente abrangente tema, as linhas aqui escritas aspiram apenas ser uma semente plantada em terra fértil, para frutificar e despertar o interesse neste vastíssimo tema em quem tomar conhecimento delas.

Afinal, parafraseando Boff, a falta de “cuidado [e do interesse em preservá-lo] serve de crítica à nossa civilização agonizante”, que, paradoxalmente, de tão individualista e preocupada consigo mesma, abandonou o *cuidado* para o outro da sua lista de prioridades, acarretando, de forma *sine qua non*, num descuido em relação a si próprio, o centro do individualismo.

#### **Bibliografia:**

Boff, Leonardo. *Ética e eco-espiritualidade*. 1. ed. Campinas: Verus, 2003.

\_\_\_\_\_. *Saber cuidar*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

## **OS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS SOB A ÓTICA DA LEI DE BIOSSEGURANÇA E DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS**

**JOAO VITOR FOGOLIN:** Advogado. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

**RESUMO:** Trata-se da pesquisa bibliográfica sobre as normas e princípios de proteção ambiental em face dos produtos geneticamente modificados. A importância da lei de biossegurança e da CTNBio na regulação de normas a serem observadas na produção e comercialização de produtos contendo transgênicos sob a ótica do princípio da precaução. O papel da intervenção compulsória do Estado e da participação popular como princípios necessários para obrigatória publicidade nos rótulos dos produtos. E, o uso alternativo aos transgênicos através da agroecologia para diversificar a produção agrícola sustentavelmente.

**SUMÁRIO:** Introdução; 2. A Criação da Lei de Biossegurança nos moldes do Princípio da Precaução e o papel da CTNBio na regulação de norma para Produção e Comercialização de Alimentos Transgênicos; 3. A presença do Estado e a Participação Popular como Princípios norteadores da Publicidade dos Alimentos Transgênicos: a possibilidade de escolha em face da incerteza científica; 4. A possibilidade do uso alternativo aos Transgênicos: na dúvida, não consumir ; 4.1 A agroecologia como meio alternativo ao uso dos transgênicos; Conclusão; Referências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transgênicos. Lei de Biossegurança. Princípio da Precaução. Publicidade. Agroecologia.

---

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo assevera acerca das normas e convenções de proteção do meio ambiente e da vida humana, em especial a da biossegurança, regulamentada pelo art. 225 da Constituição Federal, que determina a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais bem como o controle de produção, comercialização e do emprego de técnicas e substâncias que comprometam a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

O primeiro tópico enfatiza a Lei n. 11.105/05 sob o viés do princípio da precaução para o controle dos alimentos transgênicos e a preocupação quanto aos efeitos à saúde humana e ao meio ambiente. Por não ter comprovada certeza científica quanto aos riscos, a CTNBio é incumbida na regulamentação de normas no que tange a produção e comercialização dos alimentos transgênicos. Dispõe também sobre a importância do princípio da precaução dos riscos de dano grave ou irreversível ao meio ambiente e cita sentença baseada nesse princípio o qual institui como principal medida, a obrigatoriedade de estudos de impacto ambiental ou de avaliação de riscos como condição à liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente.

No segundo tópico, faz-se referência à participação do Estado, através do princípio da intervenção compulsória, e a participação da sociedade, sob a égide do princípio da participação comunitária, no controle dos transgênicos devido à crise de certeza que envolve o risco do consumo de tais produtos. Salienta-se a necessidade de publicizar a composição dos produtos nos rótulos para que o consumidor saiba o que está consumindo e a possibilidade de escolher ser quer ou não. Por isso, o Decreto Lei nº 4.680/03, estabelece a obrigatoriedade de informação dos produtos transgênicos para dá visibilidade ao consumidor em face da incerteza científica quanto aos benefícios dos transgênicos para saúde humana.

Já no último ponto, frisa-se o uso alternativo aos transgênicos em virtude das incertezas científicas quanto aos riscos que esses alimentos possam gerar. Suscita-se a hipótese de que haja, além da modificação genética, outro mecanismo capaz de maximizar as propriedades dos organismos, sem que houvesse o iminente risco ao meio ambiente. Por isso, há o estudo de várias técnicas que se assemelham ao uso dos transgênicos, destacando-se, dentre elas, a agroecologia, por ser uma técnica pautada no desenvolvimento sustentável, princípio basilar do direito ambiental contemporâneo.

## **2. A CRIAÇÃO DA LEI DE BIOSSEGURANÇA NOS MOLDES DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PAPEL DA CNTBIO NA REGULAÇÃO DE NORMAS PARA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS**

Com as novas descobertas tecnológicas para o aperfeiçoamento de organismos vivos dentro da seara genética, houve reações quanto à segurança e viabilidade de tais modificações. Há a preocupação da sociedade no que tange aos

limites da ciência nos riscos advindos dessas experiências no uso de seres vivos como cobaias de laboratório.

É evidente nessa discussão a presença de elementos característicos da biotecnologia, como: desenvolvimento tecnológico, científico e econômico. No entanto, essa discussão vai além, pois há o envolvimento de valores éticos e morais inerentes a uma sociedade cujo ordenamento é regido por princípios fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito, no qual o dissenso integra a ideia de democracia.

A incerteza dos resultados resulta na mobilização do Estado para acalmar os ânimos daqueles eufóricos desbravadores dos organismos geneticamente modificados (OGMS). A essa ordem de incertezas advindas das polêmicas preocupações, Simone Scholze elenca:

À primeira ordem de incertezas, a sociedade responde com o estabelecimento de regulação técnica mais estrita, por exemplo, no campo da biossegurança, do uso de animais para pesquisa e da propriedade e comércio de bens de alto conteúdo tecnológico. Relativamente à segunda categoria de incertezas, além do debate no campo da biossegurança, verifica-se a legítima intensificação do debate ético. (SCHOLZE, 1999, p. 32.)

Dentre estas circunstâncias foi criada a Lei 11.105, de 24 de março de 2005, a chamada lei de biossegurança, que “regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados [...]”. Dentre outras atribuições de tal relevância, a lei também “cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB.” O conceito de biossegurança para Milaré “seria um conjunto de medidas para garantir a vida em suas diferentes manifestações, como processo biológico e como qualidade essencial à saúde humana e aos ecossistemas naturais” (MILARÉ, 2007, p. 584)

A criação da lei de Biossegurança teve, entre outros princípios, o da precaução e da prevenção. O princípio da precaução, no caso dos transgênicos, é o mais notório devido à falta de certeza quanto aos riscos à saúde humana e ambiental.

O princípio da precaução surge como um mecanismo de proteção a ser aplicado toda vez que uma avaliação científica objetiva apontar motivos razoáveis e indicativos de que, dessa inovação, possam decorrer efeitos potencialmente perigosos – para o ambiente, para saúde das pessoas e dos animais - , incompatíveis como os padrões de proteção que se buscam garantir. (MILARÉ, 2007, p.586)

É visível na implementação desse princípio que, não é preciso o dano acontecer para as providências serem previamente tomadas. Pois, a discordância científica, ou seja, o fato de os próprios profissionais da área divergir entre si demonstra a insegurança do uso dessas técnicas. Assim como frisa Milaré acerca dessa situação:

Nesse debate, é possível observar opiniões de cientistas no sentido de que a utilização da biotecnologia não importa em risco nenhum e, paralelamente, outros qualificadores componentes da comunidade científica advertindo sobre os perigos irreversíveis que ela pode importar para a agricultura, seres humanos e ecossistemas. (MILARÉ, 2007, p. 586)

Ora, se mesmo no seio da comunidade científica há dúvidas, a crise de certeza está instalada, logo, a garantia da precaução se torna prevenção no sentido de que, mesmo não tendo certeza científica dos riscos, há a certeza das consequências, advindas dos estudos da própria comunidade científica. Para esclarecer melhor essa ideia, no trecho descrito por Milaré, uns tem plena certeza dos riscos e outros ainda não tem, por isso, os princípios da precaução (incerteza) e da prevenção (certeza) se complementam, mas a precaução ainda é o mais recomendável. (MILARÉ, 2007, p. 587)



Partindo desse ponto, diante das crises de certeza envolvendo os transgênicos como vilões ou heróis dessa trama, faz-se necessário observar quer pelo Estado, quer pela sociedade em geral “deva ser cercada de incessantes questionamentos e de especial atenção, em forma a se obter garantia de que essa nova tecnologia não causará danos ao meio ambiente ou à saúde das pessoas.” (MILARÉ, 2007.p. 587)

Com isso, por estar a cargo da CTNBio, em se tratando dos OGM transgênicos, a incumbência de fiscalizar toda essa forma de manipulação de alimentos para comercialização em grande escala, o referido órgão tem como finalidade garantir a proteção à saúde humana e a proteção ao meio ambiente. Por isso, a competência da CTNBio está em:

Estabelecer normas e regulamentos relativos às atividades e projetos que envolvam construção, cultivo, manipulação, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte relacionados a organismos geneticamente modificados, visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente. (SCHOLZE, 1999, p. 32)

Neste ínterim, cumpre, obrigatoriamente, todas as organizações responsáveis pela transgenia a autorização da CTNBio para o exercício de suas atividades, assim como exposto no art. 2º §4º da Lei de Biossegurança:

§ 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no **caput** deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação. (grifo do autor)

Nesse diapasão, pela extensa complexidade do caso e a incerteza científica quanto aos riscos dos transgênicos, “cabe à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) avaliar, caso a caso, os possíveis riscos oferecidos pelos

transgênicos cuja liberação vem sendo requerida, para fins experimentais ou comerciais.” (CÂMARA et al.2009) Pois, a análise da segurança dos alimentos transgênicos “é feita principalmente pela exposição de riscos e incertezas desses produtos, quanto a saúde e meio ambiente.” (CÂMARA et al.2009).

### **3 A PRESENÇA DO ESTADO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS : A POSSIBILIDADE DE ESCOLHA EM FACE DA INCERTEZA CIENTÍFICA**

Seguramente, urge no meio dessa discutida questão o impasse na sociedade em seus diversos seguimentos prós e contra a produção e comercialização de alimentos transgênicos. Como há opiniões divididas quer por parte dos leigos, quer dos profissionais, surge a dúvida e o receio no consumo desses produtos.

Por isso, cabe ao Estado, forte no princípio da intervenção estatal obrigatória, intervir mais uma vez para que se tornasse público e visível à composição dos produtos nos respectivos rótulos, ou seja, a existência da possibilidade de escolha dos consumidores em aceitar ou não consumir os alimentos transgênicos. A criação, de fato, do decreto lei nº 4.680, de 24 de Abril de 2003, estabelece a obrigatoriedade da informação nos rótulos dos produtos, pois o referido decreto:

Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis.

Para clarificar mais essas informações aos consumidores sobre a exigência de publicizar a composição dos alimentos contendo transgênico, o Decreto, exatamente no art. 2º, expressa:

Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de

organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.

Essa publicidade denota a gama de princípios envolvidos no que concerne aos interesses da coletividade nessa situação de risco. Isto é exemplificada na mobilização do Estado na regulamentação através de normas e fiscalização, mas, acima de tudo, da sociedade em geral em manifestar o receio de usos de transgênicos o qual a artificialidade invade o campo da naturalidade sem a plena certeza dos benéficos proporcionados por essa nova tecnologia. Por essa razão, não fica somente a cargo do Estado em promover ações de cunho relevantes à qualidade de vida ambiental. Assim como expressa o autor:

Mas se, por um lado, a intervenção do Estado é obrigatória e indispensável para proteção do meio-ambiente, cumpre salientar, por outro lado, que ela *não é exclusiva*, ou seja, não existe o monopólio do Estado na gestão da qualidade ambiental. Ao contrário, essa administração do “patrimônio” ambiental deve se dar sempre com a participação direta da sociedade. (grifo do autor) (OLIVEIRA JÚNIOR, 1996, p. 109).

Essa participação da população, portanto, evidencia-se como elemento importante para que o uso científico dos transgênicos seja mais estudado de forma a chegar uma conclusão que vise ao bem da coletividade em detrimento do crescimento puramente econômico. Nesse viés, o princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento-ECO/92, explana a indubitável participação da sociedade na tomada de decisões, ou seja:

[...] No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios [...]. (ECO/92)

Essa ferramenta de “integração dos membros de diversos segmentos sociais na formação da vontade governativa [...] participando ativamente dos processos de formação da vontade estatal, constitui o traço característico da democracia participativa”. (COSTA NETO, 2003, p. 41-42). Isso caracteriza a existência da necessidade de aperfeiçoamento da indústria transgênica para que a saúde humana e o meio ambiente em geral não sofram danos devido à negligência de informações ou com a preocupação unicamente voltada para o lucro econômico.

#### **4 A POSSIBILIDADE DO USO ALTERNATIVO AOS TRANSGÊNICOS: NA DÚVIDA, NÃO CONSUMIR**

Ninguém duvida da importância científica para o melhoramento da qualidade de vida humana e do meio ambiente. No entanto, nem tudo que é científico é moral, ético e saudável, e quando se fala de incerteza dos resultados essa porcentagem de desconfiança aumenta significativamente.

Todo esse imbróglio envolvendo a polêmica dos transgênicos desemboca na discussão da relevância do mesmo, isto é, há de se fazer uma análise entre os benefícios deste procedimento e do seu iminente risco na conjuntura atual e futura do meio ambiente. Ao fazer uma análise acerca dos riscos potenciais dos mecanismos biológicos, químicos e físicos, os cientistas levam em consideração apenas os resultados obtidos a curto prazo nas pesquisas, vilipendiando os riscos a longo prazo que os transgênicos possam alcançar (LACEY, 2007).

Este equívoco por parte dos profissionais da ciência faz com que se torne difícil mensurar os verdadeiros riscos em seu todo, tudo isso para justificar a adoção da modificação genética dos alimentos a fim de maximizar os efeitos dos mesmos. Outro ponto que fora desprezado pela análise dos cientistas no que tange aos riscos potenciais dos transgênicos diz respeito aos riscos indiretos que podem ser observados no meio ambiente e no contexto sócio-econômico, já que empresas privadas incumbidas de realizar os procedimentos referentes à modificação genética irão, ao longo dos anos, monopolizarem os recursos de alimentos e sementes, sendo óbice à segurança mundial, em virtude do caráter difuso dos bens ambientais. (LACEY, 2007)

Tendo em vista estas nuances supracitadas, faz-se mister a discussão acerca de outros procedimentos de menor, ou até mesmo sem riscos, que se assemelhem

ao uso de transgênicos, de modo que, se obtiverem os mesmos efeitos destes, pudessem substituí-lo sem prejuízo dos seus resultados. No entanto, é notória a dificuldade em se obter o mesmo aproveitamento do uso dos transgênicos com a utilização de qualquer outra medida, sendo necessário, dessa forma, uma ponderação no que diz respeito a uma possível alternativa ao uso desta técnica, com o objetivo de decidir qual dos procedimentos deverá ser utilizado, levando em conta seus efeitos e riscos.

#### **4.1 A agroecologia como meio alternativo ao uso dos transgênicos**

A análise dos riscos potenciais dos transgênicos e de alternativas sustentáveis a ele é elaborada através de metodologias de pesquisas biotecnológicas, que, apesar de necessárias, muitas vezes são insuficientes para evidenciar as alternativas referentes aos transgênicos (LACEY, 2007). Devido esse fato, alguns cientistas advogam que as incertezas científicas resultantes deste processo se assemelhariam à própria incerteza científica dos transgênicos, e por isso, deveriam ser descartadas estas alternativas, já que seus efeitos não se equiparam aos desses.

Contudo, nessa busca por alternativas, destaca-se a prática da agroecologia no cenário nacional como uma forma sustentável de garantir a diversidade de culturas alimentares sem abuso de quaisquer insumos agrícolas, contrapondo-se ao uso dos transgênicos. Sobre esta técnica, Regina Linhares aduz:

A agroecologia propõe alternativas para minimizar a artificialização do ambiente natural pela agricultura, para o que apresenta uma série de princípios e metodologias para estudar, analisar, dirigir, desenhar e avaliar agroecossistemas. Utiliza-se de um enfoque científico, que tem suas próprias ferramentas, teorias e hipóteses, o que lhe permite trabalhar no âmbito dos agroecossistemas e no desenvolvimento de sistemas agrícolas complexos e diversificados. (ASSIS, 2006)

Esta auto-regulação visando à sustentabilidade reforça a importância dos parâmetros agronômicos e ecológicos e também de questões socioeconômicas, já que o desenvolvimento das tecnologias na agricultura deve atender às demandas sociais e econômicas de determinada região, evidenciando seu caráter social

(ASSIS, 2006). Posto isso, percebe-se que o uso da agroecologia se configura como opção à manutenção da sustentabilidade do meio ambiente frente ao uso dos transgênicos, que têm se firmado como única opção para maximizar a produção de alimentos.

## CONCLUSÃO

Por tudo que fora exposto no caso dos transgênicos, sobretudo na incerteza quanto aos benefícios de tais produtos e a discordância sobre os efeitos dos mesmos dentro da própria comunidade científica, faz-se mister uma análise crítica acerca dos benefícios pretendidos com sua utilização.

Questão tormentosa diz respeito à possibilidade dos produtos geneticamente modificados substituírem algum dia os naturais sem prejuízo à saúde humana e ao meio ambiente. Pela incerteza que carrega, o princípio da precaução se faz extremamente necessário na contenção da proliferação demasiada dos transgênicos por não indicarem uma conclusão óbvia dos riscos advindos de tais produtos. Por isso, o princípio da publicidade garante essa visibilidade ao consumidor na escolha, ou seja, a existência clara e precisa em letras garrafais no rótulo dos produtos que contenham elementos transgênicos. Assim, a escolha dá liberdade para quem queira ou não consumir.

Por fim, são indiscutíveis os benefícios provenientes da técnica da agroecologia, que surge como uma válvula de escape ao famigerado uso dos transgênicos. A supervalorização deste procedimento de modificação genética deixa impotente qualquer outra forma sustentável de produção agrônoma, pois seus resultados se dão de forma rápida e efetiva, de acordo com os fins a que eles se propõem. Porém, ao analisarmos isto dentro de uma esfera maior, percebemos que o meio ambiente não deve ser desprezado em face desta nova tecnologia, fazendo-se necessário, portanto, uma ponderação acerca destes procedimentos, levando em conta seus fins econômicos e seus impactos ao Meio Ambiente.

## REFERÊNCIAS

ASSIS. Regina Linhares de. **Desenvolvimento rural sustentável no Brasil: perspectivas a partir das integrações de ações públicas e privadas com base na agroecologia.** Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002007000200005#back17](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000200005#back17). Acesso em: 22 de outubro de 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. **LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm). Acesso em: 20 de outubro de 2010.

\_\_\_\_\_. **DECRETO Nº 4.680, DE 24 DE ABRIL DE 2003**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4680.htm#art8](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4680.htm#art8). Acesso em: 21 de outubro de 2010.

CÂMARA, Maria Clara Coelho et al. **Transgênicos: avaliação da possível (in)segurança alimentar através da produção científica**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010459702009000300006&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010459702009000300006&lang=pt). Acesso em: 20 de outubro de 2010.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. **Proteção Jurídica do Meio Ambiente: florestas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Princípio 10**. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl\\_rio92.pdf](http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf). Acesso em: 21 de outubro de 2010.

LACEY, Hugh. **Há alternativas ao uso de transgênicos?** Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002007000200005#back17](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000200005#back17). Acesso em: 22 de outubro de 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em foco: doutrina, jurisprudência e glossário**. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

SCHOLZE, Simone H. C. Biossegurança e Alimentos Transgênicos. **Biociência e Desenvolvimento**. n. 09, ano 2, p. 32-34, jul./ago. 1999. Disponível em: <http://www.biociencia.com.br/revista/bio09/biosseg.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2010.



## ASPECTOS E NATUREZA JURÍDICA DO NOME CIVIL

**STÉPHANIE ALMEIDA ARAÚJO:** Advogada, formada pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar um novo aspecto do direito ao nome, considerando as condições humanas e a sua finalidade essencial de individualizar e incluir o indivíduo na sociedade, bem como a sua regra da imutabilidade, levando em consideração sua interpretação através do aspecto constitucional e social. Para tanto, adotaremos como método de abordagem dedutivo, já que utilizaremos como ponto de partida a existência da Constituição Federal e diversas leis que abordam o tema. Para analisarmos a evolução do conceito de nome civil e sua proteção no tocante à imutabilidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro será utilizado o método histórico. E, ainda, para demonstrar a evolução do novo aspecto do direito ao nome já prestigiado por normas internacionais e, principiologicamente, pela Constituição Federal de 1988, método comparativo. O primeiro capítulo traz uma breve introdução e considerações gerais sobre o tema. No segundo capítulo, expõe-se o conceito e os elementos do nome civil. O terceiro capítulo trata da sua natureza jurídica, com a problemática trazida pela doutrina e a evolução do seu status após a Constituição Federal e o Código Civil de 2002. E, por fim, abordou-se, no quarto capítulo, as características do instituto apresentado, analisando, em específico, a relativização da regra da imutabilidade, com as jurisprudências dos nossos tribunais sobre o tema.

**Palavras chave:** Nome Civil. Alteração do Registro Civil. Identificação Social. Garantias Constitucionais. Dignidade da Pessoa Humana. Direito da Personalidade. Relativização da regra da imutabilidade.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Conceito e elementos do nome civil. 3 Natureza Jurídica. 4 Características. 4.1 Relativização da regra da imutabilidade. 5 Considerações Finais. 6 Bibliografia

## 1. INTRODUÇÃO

O nome civil é o elemento de individualização do ser no meio social em que vive e quando não mais desempenha o seu papel não há razão de ser. Sua natureza jurídica é controversa, porém a corrente majoritária adota a Teoria do Direito da Personalidade, estabelecendo que o nome civil consiste um direito da personalidade e, portanto, é inerente ao ser humano, integrando sua personalidade.

Como direito da personalidade, o nome é indisponível, inalienável, intransmissível, irrenunciável, extrapatrimonial, geral, absoluto e imprescritível. Sua importância conferiu-lhe características próprias, como a regra da imutabilidade do nome civil, nos termos do artigo 58 da Lei n. 6.015/73. Apesar de pautar-se na segurança jurídica, essa regra acaba dificultando, muitas vezes, o desempenho do seu papel primordial de individualizar o ser e fazer com que ele se identifique na sociedade em face da segurança jurídica.

Essa regra foi relativizada pela própria Lei de Registros Públicos e por outros dispositivos legais, como o Código Civil e a Lei n. 9.708/08, que possibilitou a alteração do registro civil em determinadas possibilidades, como em caso de substituição pelo apelido público notório. A relativização da regra da imutabilidade foi um importante avanço da sociedade em respeito do princípio da Dignidade Humana no que tange a identificação do ser, no entanto, foi omissa em relação a determinadas hipóteses de suma importância, como no caso da alteração do registro civil do transexual. É por isso que, no presente trabalho, analisaremos cada exceção a essa regra, considerando que não se tratam de hipóteses taxativas, uma vez que estamos falando de um direito da personalidade que não deve ser limitado, tampouco restringido.

## 2. CONCEITO E ELEMENTOS DO NOME CIVIL

Gramaticalmente, o nome significa:

NOME. *Sm* 1. Palavra ou palavras com que se designa ou distingue qualquer pessoa, animal ou coisa; 2. Apelido, alcunha; 3. Família; 4. Raça; 5. Fama, nomeada. [\[1\]](#)

Porquanto, o que interessa para o presente trabalho é a conceituação do nome civil, denominação completa constante do registro civil.

O nome civil é um atributo usado pelos seres humanos como elemento de individualização, a qual surge da necessidade de diferenciar os indivíduos na sociedade, e de identificação do indivíduo na mesma, tendo em vista que com o desenvolvimento das relações sociais, os seus titulares devem ser identificados para cumprimento de suas obrigações e direitos.

É o sinal pelo qual as pessoas são reconhecidas no âmbito familiar e social, integra sua personalidade e indica sua procedência familiar. Constituindo um dos principais atributos da pessoa natural, juntamente com a capacidade e o estado civil.

Portanto, como sinal diferenciador e obrigatório, é determinante da personalidade. E, por isso, esta designação pessoal é inerente à existência da própria pessoa, sendo elemento essencial da identificação da pessoa natural dentro da órbita espaço-tempo.

Assim ensina Caio Mário da Silva Pereira, “o nome civil é elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica a grosso modo a sua procedência família.”<sup>[2]</sup>

Para Sílvio de Salvo Venosa:

O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.<sup>[3]</sup>

O nome, portanto, é um direito da personalidade, inerente a pessoa humana e fator fundamental na sua individualização. O Código Civil de 2002 incluiu o direito ao nome no capítulo que trata sobre os Direitos da Personalidade, enfatizando-o como elemento essencial da personalidade humana, cuja finalidade é, entre outras, proporcionar ao ser humano uma vida digna com sua identificação protegida.

Nos ensinamentos da professora Maria Celina Bodin de Moraes:

O nome é o substantivo que se emprega para designar as coisas e as pessoas. Adquire relevo especial, do ponto de vista jurídico, quando serve para individualizar pessoas. Este é justamente o primeiro aspecto a ser evidenciado, isto é, o da importância do nome como o sinal designativo que permite a individualização da pessoa humana, constituindo, por isso mesmo, um dos direitos mais essenciais da personalidade.<sup>[4]</sup>

Por tratar-se de direito da personalidade, o Código Civil e a Lei de Registros Públicos determinaram que o nome civil constitui um direito do indivíduo desde o seu nascimento e abrange o uso imprescindível e incondicional do direito ao nome em todos os atos da vida civil, seja público ou privado.

Não obstante, o nome possui fundamental importância para a segurança jurídica na sociedade, visto que as relações jurídicas são estabelecidas entre pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, e o exercício de seus direitos exige o conhecimento dos titulares, o que se dá através do nome civil.

Para Caio Mario da Silva Pereira, o nome civil possui dois aspectos: o público e o privado. O público reflete a obrigatoriedade prevista em lei do registro civil no momento do nascimento do indivíduo, para que o Estado tenha conhecimento de modo permanente e seguro de todos os indivíduos e de suas relações jurídicas, morais, religiosas, políticas, econômicas, etc. Já o privado imprime a faculdade que toda pessoa tem de se identificar pelo próprio nome, sendo até este a exteriorização da pessoa perante a sociedade e, assegurado pelas garantias constitucionais de proteção e zelo, tendo como tutela o direito de usá-lo e defendê-lo, podendo invocar a tutela estatal para tal ato.

Vale ressaltar, que esta defesa não é do nome propriamente dito, é da identificação do ser humano com ele, da dignidade do portador, pois a proteção jurídica do nome civil atinge também o pseudônimo que, mesmo não se tratando do nome civil, é usado por algumas pessoas para serem identificadas na sociedade, conforme artigo 19 do Código Civil, *in verbis*: “O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

No ordenamento jurídico brasileiro, o nome civil da pessoa natural é composto por dois elementos, o prenome e o sobrenome, conforme preceitua o artigo 16 do Código Civil: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

O prenome é o nome individual da pessoa, também denominado de nome próprio, sendo sempre antecedente ao nome de família ou patronímico. Como infere a própria etimologia da palavra, é a primeira parte do nome civil, serve como designação individual de cada pessoa e está associado à personalidade vez que se relaciona com todas as projeções do indivíduo na sociedade. Pode ser escolhido livremente pelos genitores na ocasião do registro civil, salvo exposição ao ridículo<sup>[5]</sup>

Pode ser simples, sendo constituído por apenas um elemento, como José, ou composto, quando formado por dois ou mais elementos, como José Henrique.

O sobrenome, também denominado patronímico, é o nome de família. A pessoa adquire o sobrenome de pleno direito com o simples advento do seu nascimento. Tem como finalidade identificar a estirpe da pessoa, ou seja, o tronco familiar ao qual pertence.

Apesar da obrigatoriedade do registro do sobrenome, esse não precisa constar do nome dos dois pais, podendo o indivíduo ser registrado com apenas um sobrenome, conforme interpretação do artigo 55, caput, conjuntamente com o artigo 60 da Lei n. 6.015/73. Sendo assim, como o prenome, o sobrenome também poderá ser simples ou composto.

O prenome e o sobrenome constituem os elementos essenciais e obrigatórios do nome civil, devendo o oficial de Registro Civil evitar o registro de

prenome que exponha o registrando ao ridículo e complementar o nome civil quando omitidos o sobrenome por parte dos pais.

Há, ainda, o pseudônimo, qual seja o nome artístico, convencional e livremente escolhido pelo indivíduo afim de não identificar sua personalidade em determinada atividade. Temos como exemplo, Vinícius de Moraes, cujo nome civil completo é Marcus Vinicius da Cruz de Melo Moraes.

Não obstante, há outros elementos secundários do nome, facultativos e eventuais, que, no entanto, não foram tratados pela legislação civil brasileira, como os títulos nobiliários que é a titulação conferida às famílias nobres, aposta antes do prenome, como exemplos temos duque, rei. Os títulos honoríficos, que possuem caráter pessoal e o intuito de homenagear a pessoa a título de honra, como comendador. Os títulos eclesiásticos, que constituem designação utilizada no meio religioso e, apesar de juridicamente irrelevante, é eficaz na identificação das autoridades perante os fiéis; exemplos: padre, bispo. O título acadêmico ou científico, a designação referente à conclusão curso científico, como Mestre e Doutor.

E mais, os qualificativos de dignidade oficial, denominação que em razão da função pública, como Senador, Presidente. O epíteto, alcunha ou apelido, que se trata de forma afetiva ou pejorativa de designar-se o outro. É comumente usado nas relações íntimas. Na maioria das vezes, está ligado ao prenome ou ao sobrenome. E, por fim, o agnome que constitui um complemento utilizado para designar o grau de parentesco e diferenciar indivíduos da mesma família com o mesmo prenome, como Filho, Junior, Neto.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

É o caso dos títulos nobiliárquicos ou honoríficos, como, por exemplo: conde e comendador, apostos antes do prenome, denominados, no léxico, ‘axiônimos’. Também devem ser lembrados os títulos eclesiásticos que juridicamente são irrelevantes, como padre, monsenhor, cardeal. Há ainda os qualificativos de identidade oficial, como as denominações Senador Olímipo; Juiz Almeida;

Prefeito Faria Lima etc., assim como os títulos acadêmicos e científicos, como Doutor e Mestre.<sup>[6]</sup>

### 3. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do direito ao nome civil é controversa, existindo basicamente quatro correntes principais que tratam do assunto.

A corrente mais antiga é a Teoria do Nome como Propriedade ou Teoria Dominial, que entende o nome civil como um direito de propriedade, de gozo absoluto, em que o titular do prenome seria o portador e o titular do sobrenome seria a família.

As críticas a essa corrente aludem que a propriedade e o nome civil possuem características incompatíveis, vez que a propriedade é alienável e prescritível enquanto o nome civil é inalienável e sua natureza não tem caráter patrimonial, portanto, não possui valor econômico.

O professor Caio Mário da Silva Pereira critica essa teoria nos seguintes termos:

[...] o nome, ao revés, é inalienável e imprescritível, não tem valor econômico próprio e não pode ser dotado de exclusividade mas é repetido e usado por pessoas diferentes, dado que a linguagem não é bastante rica a possibilitar um nome a cada indivíduo.<sup>[7]</sup>

Clóvis Beviláqua, juntamente com Savigny e Ihering, adotou a Teoria Negativista, segundo a qual o nome civil não constitui um bem jurídico devido a sua impossibilidade de apropriação na sociedade. De acordo com essa teoria, o nome não é dotado de proteção jurídica, haja vista que o nome está relacionado à própria pessoa e só haverá interesse quando se tratar da identidade da pessoa, pois o nome em si não apresenta aspectos jurídicos.

Outra concepção que trata do nome civil é a Teoria do Estado. Para os seus defensores, o nome é uma forma de identificação dos cidadãos pelo Estado, constituindo apenas um sinal distintivo e exterior do estado da pessoa.

Por fim, a Teoria do Direito da Personalidade, que estabelece que o direito ao nome civil constitui um direito da personalidade, vez que é o fator primordial à sua identificação na sociedade, é inerente ao ser humano e, portanto, integra sua personalidade.

Essa teoria é a corrente majoritária, encontrando segurança jurídica no próprio ordenamento jurídico brasileiro e na Constituição Federal de 1988. O Código Civil inseriu os artigos relativos ao nome civil no capítulo que trata sobre os Direitos da Personalidade, Capítulo II, do Título I, do Livro I do Código Civil de 2002.

A Constituição Federal de 1988 assegura os direitos da personalidade, em seu artigo 1º, incisos II e III, ao tratar da valorização da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais e objetivos do Estado e da Sociedade. Ademais, confere a sua proteção integral, tanto material quanto processual, possibilitando a utilização dos remédios constitucionais para a defesa dos direitos dessa natureza.

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana, considerada nos seus aspectos essenciais e constitutivos. Intransmissíveis e irrenunciáveis, se expressam em sua integridade física, integridade intelectual e integridade moral. Portanto, os direitos da personalidade são intrínsecos ao indivíduo, perpétuos e permanentes, não podendo o mesmo dispor do direito à vida, a honra, a imagem, a liberdade, identidade, integridade, privacidade, entre outros.

O nome civil, além de constituir elemento fundamental da identificação do próprio ser e deste com o meio em que vive, tem condão primordial na proteção da integridade moral e psíquica do ser humano.

O professor Caio Mário da Silva Pereira dispõe:

O homem é ainda sujeito de relações jurídicas que, despidas embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele. Nesta categoria de direitos, que se chamam direitos da



personalidade, está o que se refere ao nome de que o indivíduo é portador, ao seu estado civil, às suas condições familiares, às suas qualidades de cidadão.<sup>[8]</sup>

Para Maria Helena Diniz, a personalidade não é um direito. Ela é o objeto de direito, de forma que constitui alicerce para diversos direitos e deveres que dela irradiam e, ainda, fundamenta a defesa dos direitos subjetivos da pessoa, como integridade física, integridade intelectual e sua integridade moral.<sup>[9]</sup>

Orlando Gomes preceitua que:

Sob a denominação direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana.<sup>[10]</sup>

Sendo assim, o nome é um direito da personalidade, fundamental para a individualização do ser humano na sociedade, bem como sua identificação.

#### **4. CARACTERÍSTICAS**

Como aludido anteriormente, o direito ao nome constitui um direito da personalidade e, este, dada a sua relevância, se fundamenta no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, preceito norteador do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, como direito da personalidade baseado na dignidade da pessoa humana, é imprescindível que o nome civil proporcione ao cidadão garantias mínimas de bem-estar com a sociedade.

Buscando a efetivação dessas garantias mínimas dos direitos fundamentais da personalidade, o direito ao nome apresenta diversas características, gerais (observadas em todos os direitos da personalidade) e específicas.

Os direitos da personalidade são indisponíveis, nos termos do artigo 11 do Código Civil de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da

personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. O que significa que o titular do direito não pode dele dispor, mesmo que por vontade própria, ou seja, não é possível a abdicação dos direitos da personalidade.

Como desdobramento da indisponibilidade, temos a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. Sendo assim, o indivíduo não pode renunciar os direitos da personalidade permanentemente, podendo o fazer de forma transitória ou sofrer limitações em seu exercício, também de forma transitória<sup>[11]</sup>. São intransmissíveis na medida em que só podem ser defendidos pelo próprio titular violado. Cumpre salientar que o cônjuge ou o filho, ao adquirir o nome do outro cônjuge e dos pais, respectivamente, não o fazem por transmissão, estão exercendo também o seu direito próprio ao nome.

São extrapatrimoniais e inalienáveis, haja vista não possuem apreciação econômica, salvo direitos autorais e direitos de imagem. A valoração nas ações de indenização por danos morais decorrentes da violação dos direitos da personalidade não excluem o seu caráter extrapatrimonial. É apenas uma auferição econômica do exercício desse direito e não do direito em si, o conteúdo patrimonial não é direto.

São gerais e absolutos, sendo conferidos a todas as pessoas, com oponibilidade *erga omnes*, ou seja, são oponíveis a toda a coletividade. Vitalícios, perdurando até a perda da personalidade jurídica do ser humano, com o advento da morte do seu titular. Ocasão em que a pessoa natural deixa de existir, nos termos do artigo 6º do Código Civil: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

Ademais, são imprescritíveis tendo em vista que os direitos da personalidade não se extinguem pelo não-uso. Entretanto, as reparações de danos decorrentes da violação desses direitos prescrevem em 3 anos, conforme preceitua o artigo 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil: “Prescreve (...) § 3º Em três anos (...) V - a pretensão de reparação civil”. Salvo quando assegurados em tratados internacionais e reparação de danos decorrentes de prisão e tortura por motivos políticos, quando as pretensões serão imprescritíveis. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO, PRISÃO E TORTURA POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32.

1. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

2. A tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal: "Art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;" "Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; (...)III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;" 3. Destarte, o egrégio STF assentou que: "...o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela inflicção de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e

o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo." (HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001) 4. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

5. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.

6. Outrossim, a Lei n.º 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a lex specialis convive com a lex generalis, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto n.º 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos

direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

7. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

8. A dignidade humana violentada, in casu, posto ter decorrido, consoante noticiado pelo autor da demanda em sua exordial, de perseguição política que lhe fora imposta, prisão e submissão a atos de tortura durante o Regime Militar de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

9. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

10. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

11. O egrégio STJ, em oportunidades ímpar de criação jurisprudencial, vaticinou:

“ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE POLÍTICA. PRISÃO E TORTURA. INDENIZAÇÃO. LEI Nº 9.140/1995. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. REABERTURA DE PRAZO.

1. Ação de danos morais em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, tendo a r. sentença extinguido o processo, sem julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932. O decisório recorrido entendeu não caracterizada a prescrição.

2. Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva.

3. O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática.

4. A imposição do Decreto nº 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.

5. O art. 14, da Lei nº 9.140/1995, reabriu os prazos prescricionais no que tange às indenizações postuladas por pessoas que, embora não desaparecidas, sustentem ter participado ou ter sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e, em consequência, tenham sido detidas por agentes políticos.

6. Inocorrência da consumação da prescrição, em face dos ditames da Lei nº

9. 140/1995. Este dispositivo legal visa a reparar danos causados pelo Estado a pessoas em época de exceção democrática. Há de se consagrar, portanto, a compreensão de que o direito tem no homem a sua preocupação maior, pelo que não permite interpretação restritiva em situação de atos de tortura que atingem diretamente a integridade moral, física e dignidade do ser humano.

7. Recurso não provido. Baixa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau.” (REsp n.º

379.414/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 17/02/2003)

12. Recurso especial provido, para afastar in casu a aplicação da norma inserta no art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, para que se dê regular prosseguimento ao feito indenizatório.[\[12\]](#)(Destaque nosso)

Como sinal diferenciador do indivíduo, o nome civil possui características próprias. Primeiramente cumpre salientar que o nome é obrigatório, haja vista que o artigo 50 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973) determina a realização do registro civil a todo nascimento ocorrido em território nacional, *in verbis*: “Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório”.

Ademais, não é exclusivo, de forma que outro indivíduo não pode furtar-se do seu direito de se registrar com o mesmo nome de outro indivíduo.

Por fim, a principal característica do direito ao nome é a sua imutabilidade. O legislador, visando proteger a segurança jurídica, determinou que o nome civil não pode ser alterado, salvo situações excepcionais devidamente justificadas, sem prejuízos a terceiros. Nos termos dos artigos 56, 57 e 58 da Lei n. 6.015/1973:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Percebemos, assim, uma relativização da regra da imutabilidade do nome civil. Isso porque, tendo como principal finalidade a identificação e individualização do indivíduo, este não pode continuar sendo identificado na sociedade por um nome que ele mesmo não consegue se identificar, de forma que isso é flagrante desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

#### **4.1 RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMUTABILIDADE**

Como exposto anteriormente, a Lei n. 6.015/73, fundamentada na proteção a segurança jurídica, estabeleceu como característica fundamental do nome civil a imutabilidade. Regra esta que foi relativizada pelas alterações introduzidas pela Lei n. 9.708/98, bem como pelas exceções trazidas pela própria Lei de Registros Públicos.

A relativização da regra da imutabilidade foi um avanço na sociedade em respeito ao Princípio da Dignidade Humana, preceito fundamental do nosso ordenamento jurídico, haja vista que a efetivação das garantias mínimas necessárias ao bem-estar do ser humano inicia-se com a possibilidade de estar bem consigo mesmo e poder reconhecer a si próprio no meio social em que vive. E, para isto, é imprescindível que o indivíduo possa se identificar com o seu nome, fator pelo qual é reconhecido e perpetuado na sociedade.



Há uma indagação no que tange à segurança jurídica frente à relativização da imutabilidade do nome, vez que, sendo um princípio de ordem pública, a sua definitividade é de interesse coletivo e fundamental para a manutenção da relação do indivíduo com o Estado. Entretanto, como afastar a anarquia social de uma sociedade em que o conservadorismo do próprio ordenamento jurídico constitui um meio legal de agressão aos princípios garantidos na Constituição Federal de 1988, como direito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à saúde e à integridade. Retirando, ainda, a função social do nome de individualizar o ser humano, deixando de assegurar a sua identificação social?

Em função disso, o reconhecimento de que o indivíduo pode e deve tutelar perante o Estado o seu descontentamento com sua identificação é essencial para a manutenção da ordem jurídica e, portanto, fundamental à própria segurança jurídica, para evitar que uma anarquia social já implantada fira os preceitos fundamentais da República Federativa, e possibilite que a norma vigente se adapte a realidade social vislumbrada pelo ser humano, de forma a proporcionar a todos, igualmente, a proteção aos seus direitos fundamentais.

Por outro lado, também encontraríamos situação de anarquia no quadro social se todo e qualquer indivíduo, por mera deliberação ou furtando-se dos seus deveres, pudesse alterar o seu nome civil. Desta feita, o legislador estabeleceu as hipóteses de possibilidades de alteração no nome civil.

Em relação ao prenome, o indivíduo poderá alterá-lo quando for suscetível de exposição ao ridículo ou à situação vexatória, nos termos do artigo 55, parágrafo único da Lei n. 6.015/73, *in verbis*: “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente”.

Apesar de subjetiva, a análise do oficial deverá ser pautada na razoabilidade e moderação, observando os preceitos culturais e o senso comum de normalidade. Entendendo tratar-se de nome exótico ou ridículo, cabe a apreciação ao Judiciário.

Poderá alterá-lo, também, quando ocorrer erro gráfico evidente. Nos termos do artigo 110 da Lei n. 6.015/73, os erros que não exigirem qualquer indagação a respeito da necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial do registro no próprio cartório, através de petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, após manifestação conclusiva do Ministério Público. Se o *Parquet* entender que o pedido exige maior indagação, requererá ao juiz a distribuição dos autos a um dos cartórios da circunscrição, ocasião em que a retificação processará pelo rito sumaríssimo, observando, ainda, a necessidade de assistência de advogado. Deferido o pedido, o oficial averbará a retificação à margem do registro.

A Lei de Registros Públicos, em seu artigo 58, parágrafo único, possibilitou a substituição ou acréscimo do prenome pelos apelidos públicos notórios. Isto porque, como dito anteriormente, o nome tem o condão de identificar o ser humano na sociedade e pode valer-se disso, substituindo o seu prenome oficial pela designação que se faz conhecido socialmente.

Outra possibilidade é a alteração do prenome pelo seu titular durante o primeiro ano após atingir a maioridade civil, a qual se encontra respaldo jurídico no artigo 56 da Lei de Registros Públicos: “O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”.

O estrangeiro também poderá pleitear a retificação do seu nome. A Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro determina, em seu artigo 7º, que as regras sobre começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família serão regulamentadas pela lei do país em que a pessoa for domiciliada. A Lei n. 6.815/80 que trata da situação jurídica do estrangeiro no Brasil, por sua vez, determina que o estrangeiro admitido no Brasil na condição de permanente, temporário ou asilado deve se registrar junto ao Ministério da Justiça de acordo com as informações constantes no documento de viagem, no período de 30 dias da sua entrada ou da concessão do asilo.

O artigo 43 da Lei n. 6.815/80 prevê as possibilidades de alteração do nome do estrangeiro, quais sejam se o nome estiver comprovadamente errado; se tiver sentido pejorativo ou expuser o titular ao ridículo; se, devido a sua difícil

pronúncia ou compreensão, poder ser traduzido ou adaptado à língua portuguesa. Saliente-se que compete ao Ministério da Justiça autorizar a alteração de assentamentos constantes do registro de estrangeiro, conforme artigo 44 do mesmo dispositivo legal. Sendo assim, compete ao Ministério da Justiça o registro do estrangeiro, bem como todas as suas alterações relativas ao nome, embora os erros matérias no registro possam ser corrigidos de ofício.

A adoção, disciplinada nos artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigos 1.618 e seguintes do Código Civil, também tem o condão de alterar o nome civil, tanto o prenome quanto o sobrenome.

Nos termos do artigo 47, § 5º do ECA: “A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome”. Desta feita, o adotado terá inserido ao seu registro de nascimento o nome de família dos adotantes e poderá, facultativamente, modificar o seu prenome.

Quanto ao sobrenome, além da possibilidade supracitada, o reconhecimento de paternidade, regulado pela Lei n. 8.560/92, também poderá ser causa de alteração do nome.

O nome poderá ser alterado pelo casamento vez que o artigo 1.565, §1º do Código Civil prevê a faculdade de quaisquer dos nubentes acrescerem ao seu nome o sobrenome do outro.

Pela união estável, desde que haja impedimento legal para o casamento em razão do estado civil de qualquer das partes, conforme artigo 57, §2º da Lei de Registros Públicos. Tal dispositivo legal tratou apenas da mulher, entretanto, interpretando a norma legal consoante aos preceitos da Constituição Federal de 1988, também é facultado ao homem a inclusão do sobrenome da companheira.

O sobrenome também poderá ser alterado pela separação judicial ou pelo divórcio, ocasião em que o cônjuge poderá retirar no seu nome o patronímico do outro cônjuge, conforme artigo 1.571, §2º do Código Civil. O artigo 1.578 do mesmo diploma legal, dispõe que o cônjuge culpado quando da separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, salvo quando expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar evidente prejuízo à

sua identificação, distinção entre o nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida e dano grave reconhecido por decisão judicial.

Em relação ao divórcio, o artigo 25, parágrafo único da Lei n. 6.515/77 estabelece os mesmos requisitos supracitados, vejamos: “A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se alteração prevista neste artigo acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido em decisão judicial”.

Nesse diapasão, a anulação ou a declaração de nulidade do casamento também modificará o sobrenome, haja vista que os ex-cônjuges voltarão a ter o nome civil que dispunham antes de casar, salvo se tratar de casamento putativo ou se o cônjuge, de boa-fé, optar por permanecer com o nome de casado.

A Lei de proteção às testemunhas e às vítimas (Lei n. 9.807/99) autoriza, em seu artigo 9º, a alteração do nome por completo mediante requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos, a depender, obviamente, da gravidade da coação ou ameaça. Em seu parágrafo 1º, o artigo dispõe que a proteção concebida pelo programa poderá ser estendida às pessoas constantes do artigo 2º, §1º da mencionada lei, quais sejam, o cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou a testemunha.

As modificações dos nomes posteriores ao registro de nascimento serão efetuadas mediante sentença judicial e serão devidamente averbadas no assento de nascimento, salvo os erros que não exijam indagação quanto à sua imediata necessidade de correção os quais poderão ser corrigidos de ofício, através de petição devidamente assinado pelo interessado, procurador ou representante legal e após manifestação do Ministério Público, no próprio cartório cujo assentamento se encontra.

O procedimento adotado será o sumaríssimo, em que após o requerimento da parte mediante petição fundamentada e devidamente instruída, ouvido o Ministério Público e interessados, o juiz a ordenará em cinco dias, que correrá em cartório, conforme artigo 109 da Lei n. 6.015/73. Se o pedido for impugnado por

qualquer interessado ou pelo Ministério Público, entretanto, o juiz deverá abrir a dilação probatória no prazo de dez dias, ouvindo os interessados e o Ministério Públicos e três dias, sucessivamente. Após, decidirá em cinco dias. Julgado procedente o pedido, expedir-se-á mandado para retificação do assentamento, indicando pontualmente os fatos e o sentido da retificação.

A meu ver, as hipóteses de alteração do nome no registro civil legalmente previstas não são taxativas, haja vista que o nome, como direito da personalidade inerente à dignidade da pessoa humana, não pode ter suas garantias restringidas em face de um caso concreto não elencado pelo legislador em que necessite de amparo. É necessário haver uma ponderação dos valores em um caso concreto, confrontando a regra da imutabilidade do nome civil e a segurança jurídica do ordenamento com os princípios fundamentais assegurados pela Constituição Federal, analisando a realidade vivida pelo titular do nome civil que deseja alterá-lo junto ao assentamento.<sup>[13]</sup>

Nesse sentido, os tribunais brasileiros têm entendido pela mitigação da regra imutabilidade, abrangendo não só as hipóteses de alteração previstas na lei, mas aquelas em que se verifica claramente ofensa ao direito ao nome e, conseqüentemente, à identificação do ser no meio social em que vive.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O nome é o sinal de exteriorização e individualização do indivíduo, e constitui um direito da personalidade, é inerente ao ser humano e deve ser garantido a todos os cidadãos, não só o nome em si, mas o direito de identificar-se com ele.

Pela teoria do direito da personalidade, o nome constitui elemento intrínseco ao ser humano. Como direito da personalidade, constitui direito fundamental que deve ser plenamente assegurado pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro. Tratar um direito de tamanha importância de forma analógica não o reconhece, apenas camufla e deixa à discricionariedade do julgador uma discussão de suma importância que não deve ser obstaculizada pela sociedade, tampouco pelo Direito.

É certo que o ser humano não visa a adoção de um apelido público notório, o nome que o indivíduo almeja não é tão somente o nome pelo qual é reconhecido publicamente, mas é o fruto de como esse ser humano se reconhece, se sente pertencente a sociedade. Enfatiza-se que não se trata de um apelido, é o seu nome, é o que irá individualizá-lo e identificá-lo no âmbito familiar e social. E, a partir dessa identificação poderá desenvolver o seu papel social de forma plena e livre.

A solução deve ser buscada na própria Constituição Federal, a qual possui princípios e garantias suficientes para amparar esse direito, que ao meu ver são indiscutíveis. O ordenamento jurídico brasileiro visa a tutela da pessoa humana e a nossa Carta Magna adotou como princípio basilar e preceito fundamental a dignidade da pessoa humana, o que assegura a todo e qualquer cidadão os seus direitos fundamentais, incluindo aqui o direito ao nome.

## 6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AECK, Erick de Oliveira. **Direito ao nome e a mitigação da regra da imutabilidade**. Disponível em: . Acesso em: 15. mai. 2012.

AMORA, Antônio Soares. **Minidicionário soares amora da língua**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, Brasília.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da União, Brasília.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CHOERI, Raul. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. [tese]. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria geral do Direito Civil**. Vol. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo Curso de Direito Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed., ver. Atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais; teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns Aspectos de sua Evolução**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 1008398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009.

\_\_\_\_\_. REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009.

\_\_\_\_\_. REsp 816.209/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 03.09.2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2001.

#### **NOTAS:**

[1] AMORA, Antônio Soares. **Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 487

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 155.

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Parte Geral)**, São Paulo: Atlas, 2001, v.1, p. 209.

[4] MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 149.

[5] Essa restrição está prevista na Lei de Registros Públicos – Lei n. 6.015/73, a qual permite, inclusive, que oficial do Cartório de Registro Civil de Pessoas recuse o registro nos casos em que o prenome exponha seu portador ao ridículo ou atente contra a ordem pública.

[6] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Parte Geral)**, São Paulo: Atlas, 2001, v.1. p.177

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 156.

[8] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 155.

[9] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria geral do Direito Civil**. Vol. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 99 e 102.

[10] GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 168.



[11] Enunciado 4 da Jornada de Direito Civil: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.” (I, Brasília, 2002)

[12] REsp 816.209/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 10.04.2007, DJ 03.09.2007.

[13] A restrição imposta à alteração do nome civil dá-se em função da regra da imutabilidade do registro civil, fundamentada na segurança jurídica do ordenamento. Trazendo a ponderação para a análise dessas normas, percebemos que há um núcleo essencial de direitos que restringe a ponderação na medida em que não podem deixar de serem observados em seu conteúdo mínimo, quais sejam os direitos fundamentais. Sendo assim, os direitos fundamentais não podem ser atingidos na sua própria essência, não podendo ser amputado pelo legislador ou pelo aplicador do direito. Fala-se em direitos fundamentais haja vista que a ofensa ao direito ao nome exclui o indivíduo da sociedade, de modo que ele não mais se identifica com o meio social em que vive e sua realidade passa a ser ambivalente vez que juridicamente e individualmente na sociedade é tratado de maneira distinta. O que fere claramente o Princípio da Dignidade da Pessoa, assegurado pela Carta Magna como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, III.

## DIREITO DE RESISTÊNCIA: AS CONCEPÇÕES DE LOCKE E DE SPINOZA

**TAIZ MARRÃO BATISTA DA COSTA:** Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Master of Laws (LL.M.) pela Georgetown University Law Center. Advogada da União na Procuradoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Jusnaturalismo e o Estado de Natureza Lockiano; 3. O Iluminismo Radical e a Concepção de Natureza e de Homem em Spinoza; 4. O Direito de Resistência em Locke e em Spinoza (o Modelo do Contrato e o Modelo do Conflito); 5. Conclusões Finais; 6. Referências Bibliográficas.

---

### 1. Introdução

A partir da análise das distintas concepções de natureza e de homem apresentadas por Locke, enquanto representante do jusnaturalismo e do liberalismo<sup>[1]</sup>, e por Spinoza, enquanto parte do movimento mais radical da modernidade<sup>[2]</sup>, o presente trabalho intenta propiciar uma compreensão dos conceitos de direito de resistência em ambos os autores.

A chave para esta compreensão reside no conceito de liberdade. Ao entender por liberdade o exercício da potência comum da multidão<sup>[3]</sup>, Spinoza adota uma perspectiva radicalmente diversa da de Locke, que concebia a liberdade como direito ou aptidão para a apropriação ilimitada<sup>[4]</sup>.

Liberdade que se realiza no coletivo em oposição à liberdade egoística do individualismo possessivo<sup>[5]</sup>, eis o abismo que separa os dois autores.

Spinoza se distancia do iluminismo lockiano ao conceber o homem como parte da natureza<sup>[6]</sup>, pelo que a tradicional diferenciação e oposição entre natureza e cultura não se opera, ou o faz de forma problemática, em sua obra. Locke, na esteira de Hobbes, através do contratualismo, vê cessar o estado de natureza com a fundação do Estado civil. Para Locke, o homem concebido à

semelhança do burguês calculista transcende a natureza e se insere na sociedade civil e na cultura.[\[7\]](#)

Spinoza rejeita o contratualismo e, ao conceber a essência do homem não como a razão, mas como o desejo, não faz cessar o estado de natureza, nunca.[\[8\]](#) O modelo que se encontra no cerne da análise política spinozista é o modelo maquiaveliano de conflito e não o modelo hobbesiano/Lockiano de contrato.

A primazia, em Spinoza, dos afetos sobre a racionalidade inviabiliza a idéia de livre arbítrio[\[9\]](#) (Ética, proposição 48 da Parte II) e com ela a da fundação da sociedade civil por meio de um contrato.[\[10\]](#)

Para Spinoza, reina, no cerne do mundo considerado comum, um regime de guerra latente, uma solução política de afirmação positiva da paz que repousa no reconhecimento do direito de guerra da multidão como direito de resistência à dominação.[\[11\]](#)

Para Spinoza, o desejo de cada um é o de não ser governado e o de governar, ao mesmo tempo em que um afeto só pode ser refreado por um afeto maior que lhe seja contrário.[\[12\]](#)

Desta forma, social e político se entrelaçam necessariamente[\[13\]](#) e, ao conceber o homem com uma essência ativa/participativa, Spinoza concebe uma fundação democrática (social) do estado civil, em uma associação afetiva dos indivíduos.[\[14\]](#)

A teoria atomística do iluminismo tradicional cede, em Spinoza, lugar à dimensão social e afetiva do homem. A massa de seres dissociados cede lugar à multidão que pode governar.[\[15\]](#)

Em Spinoza, o direito da cidade é entendido como o direito coletivo da multidão e, portanto, o conflito e a resistência próprios do estado de natureza não cessam na sociedade civil. Eis a resistência permanente, enquanto vigilância constante em face do poder soberano instituído[\[16\]](#), em flagrante oposição à concepção lockiana de resistência, enquanto manifestação excepcional e

esporádica, enquanto direito dos contratantes em face do contratado que age contrariamente à intenção que lhe outorgou o poder.

## 2. O Jusnaturalismo e o Estado de Natureza Lockiano

“Depois do direito natural consuetudinário, que se perde na noite do tempo, e do direito natural divino, que acompanha toda a filosofia política e jurídica medieval, o direito natural racional representa uma terceira encarnação do direito não proposto pelo homem e que, justamente por não ter sido atingido pelas procelas da história, tem ou pretende ter validade universal e, portanto, uma dignidade maior que a do direito positivo.”<sup>[17]</sup>

Conforme a análise de Antonio Negri, a reintrodução da transcendência e da heteronomia na modernidade ocorreu através da operação de contra-revolução<sup>[18]</sup> que caracteriza o que ele identifica como o segundo modo da modernidade.

Para o autor, a modernidade não é um conceito unitário, mas aparece de dois modos, o primeiro como um processo radical de descoberta e afirmação da imanência e o segundo como seu antagonismo consubstanciado em “iniciativa cultural, filosófica, social e política que, por não poder voltar ao passado nem destruir as novas forças, procurou dominar e expropriar a força dos movimentos e dinâmicas emergentes”<sup>[19]</sup>.

A revolução propiciada pelo antropocentrismo humanista, com a afirmação dos poderes *deste* mundo e a descoberta do plano da imanência<sup>[20]</sup>, em oposição à concepção teocêntrica e transcendente imperante na idade média, com a exaltação das dimensões da experiência, da história e do ser na imanência<sup>[21]</sup>, consiste justamente na alocação dos poderes de criação, outrora concebidos privativamente aos céus, na terra, o que permitiu a “refundação” da autoridade com base num universal humano<sup>[22]</sup>.

“Essa nova emergência, entretanto, produziu uma guerra. Como poderia uma virada tão radical não incitar forte antagonismo? Como poderia essa revolução não determinar uma contra-revolução? (...) Este é o segundo modo da modernidade, construído para combater as novas forças e estabelecer um poder para dominá-las. Ele surgiu com a revolução da Renascença para alterar sua direção, transplantar a nova imagem de humanidade para um

plano transcendente, relativizar as capacidades da ciência para transformar o mundo, e acima de tudo opor-se à reapropriação do poder pela multidão. O segundo modo da modernidade joga um poder constituído transcendente contra um poder constituído imanente, ordem contra desejo. Assim, a Renascença terminou em guerra – guerra religiosa, social e civil.”[\[23\]](#)

Como Antonio Negri identifica, o aparato transcendental do projeto contra-revolucionário reside na categoria da Razão enquanto intermediadora entre o mundo e a ética, entre o ser e o dever-ser, enquanto categoria representativa da ordem e dominadora da idéia de imanência.

A crise da modernidade desdobra-se, portanto, no iluminismo, que recria um dualismo, que embora diverso do existente quando do *ancien régime*, restaura a heteronomia inerente à transcendência.[\[24\]](#)

O jusnaturalismo está inserido neste paradigma racionalista moderno, no qual a razão e a ciência são postas como categorias transcendentais e o conhecimento racional é tido como o único verdadeiro. É fruto do racionalismo matematizante aplicado à esfera da conduta humana, cujo paradigma científico permite pensar-se no sentido de universalidade e de a-historicidade e, portanto, na fixação de um sistema permanente e imutável de direitos e deveres.

Segundo Norberto Bobbio, aquilo que de comum há entre os teóricos jusnaturalistas é justamente esta confiança absoluta no método racional. Assim, para ele, o princípio de unificação da escola do direito natural moderno é o método racional. Pelo que afirma: “O jusnaturalista não é um intérprete, mas um descobridor”.[\[25\]](#)

“Propondo a redução da ciência do direito à ciência demonstrativa, os jusnaturalistas defendem, pela primeira vez com tal ímpeto, na história da jurisprudência, a idéia de que a tarefa do jurista não é a de interpretar regras já dadas, que enquanto tais não podem deixar de se ressentir das condições históricas na qual foram emitidas, mas é aquela – bem mais nobre – de descobrir as regras universais de conduta, através do estudo da natureza do homem, não diversamente do que faz o cientista da natureza, que finalmente deixou de ler

Aristóteles e se pôs a perscrutar o céu. Para o jusnaturalista, a fonte do direito não é o *Corpus iuris*, mas a “natureza das coisas”.<sup>[26]</sup>

Segundo Bobbio, tanto Hobbes quanto Locke são jusnaturalistas exemplares e, em ambos, o problema do fundamento e da natureza do Estado constitui a matriz principal de reflexão teórica. Apresentam o intento comum de construção de uma ética racional, fundada em uma análise racional (razão como critério de avaliação comum, seguro e constante), para garantir a universalidade dos princípios da conduta humana.<sup>[27]</sup>

Desta forma, a necessidade de restabelecimento da ordem, como garantia da segurança e da estabilidade através da introdução de uma nova transcendência para ocupar o vazio deixado pela crise do fundamento teológico do mundo, faz da razão e da ciência os novos absolutos transcendentais a ocupar o lugar de Deus.<sup>[28]</sup> O jusnaturalismo está inserido neste processo. Locke está inserido neste processo.

Os Tratados, segundo Bobbio, “são uma obra caracteristicamente jusnaturalista.”<sup>[29]</sup> Eles reproduzem a concepção da natureza como guia da conduta humana através da lei natural como um conjunto de regras de conduta que a razão encontra e propõe para a melhor constituição da sociedade. Esta lei natural é tida como cognoscível, obrigatória e universal, bem como é identificada com a Razão, que é concebida não só como descobridora, mas como a verdadeira legisladora da humanidade. <sup>[30]</sup>

Após esta breve exposição acerca do jusnaturalismo, podemos, enfim, trabalhar com mais especificidade o Estado de Natureza de Locke e o faremos baseados nas lúcidas críticas de Norberto Bobbio e de C. B. Macpherson. Desta forma, acreditamos que as características principais para que se proceda uma comparação com a concepção spinozista tendem a ficar mais evidentes.

“A teoria política de Locke começa com a descrição do estado da natureza: um início claramente hobbesiano (...) Antes de Hobbes, não se desconhecia o conceito de estado da natureza, mas só Hobbes fez dele um elemento essencial do sistema. Do ponto de vista do procedimento construtivo, a imitação elaborada por Locke sobre os preceitos Teóricos de

Hobbes parece-me evidente. Mais ainda: como veremos a seguir, Locke é hobbesiano também na substância, mesmo se preferisse dissimular-se.”[31]

No estado de natureza Lockiano, que ele concebeu como situação real e historicamente determinada, o indivíduo precede a sociedade e o Estado e os homens vivem originalmente em um estágio pré-social e pré-político caracterizado pela mais perfeita liberdade e igualdade[32]. O estado de natureza de Locke é, pois, um estado de relativa paz, concórdia e harmonia, por oposição ao estado de guerra hobbesiano[33], ao menos em um primeiro momento, como veremos.

Locke identifica expressamente a lei natural com a razão[34], sendo esta cognoscível por todos os homens, que são concebidos, pois, como racionais e com igual direito à propriedade de suas vidas, liberdades e bens.

A principal inconveniência do estado de natureza, segundo Locke, residiria no fato da execução da lei (da natureza) estar nas mãos de todos[35], por não haver um juiz imparcial e sim uma jurisdição comum.[36] Bobbio aponta que, diferentemente, o maior inconveniente no estado de natureza hobbesiano não é a ausência de juiz imparcial, mas a inexistência de lei, posto que a validade das leis naturais ficaria suspensa pelo estado de guerra permanente.

Bobbio, identifica um duplo conceito de natureza na teoria de Locke, uma concepção de natureza como idéia regulatória, regra ideal de conduta humana, e uma outra concepção de natureza como realidade efetiva da condição humana. Aponta, desta forma, que há uma ambigüidade na teoria Lockiana que inexiste na teoria hobbesiana, esta última sendo uma concepção completamente negativa da natureza humana.

Em Locke, a concepção de natureza é ao mesmo tempo positiva e negativa. Assim, Bobbio conclui que a teoria do Estado de Locke não foi a antítese do estado de natureza, mas sua presença parcial, a qual identifica como a única humanamente possível. O poder civil, neste prisma, aparece como único modo de se permitir a sobrevivência das leis naturais.

O poder civil é justificado como remédio para os inconvenientes do estado de natureza que ameaçam a sobrevivência e a vigência das leis naturais. O estado

natural visto em Locke, em um primeiro momento, como a antítese do estado de guerra, posto que de relativa paz e harmonia[37], mas, devido à ambigüidade apontada, tende a se aproximar do estado de guerra hobbesiano[38] e é justamente a existência de um estado de guerra intermitente ou parcial, pela ausência de juiz imparcial, que cria, segundo Locke, a necessidade do governo civil.

“Somente levando em conta essa duplicidade da idéia da natureza se consegue compreender o significado da passagem do estado da natureza para o estado civil, como entende Locke: passagem que não implica a eliminação completa do primeiro, como acontece claramente em Hobbes, mas sua recuperação, pelo menos dentro dos limites que isto é possível, para o homem histórico. O significado da teoria de governo de Locke está justamente na demonstração de que o poder civil é a única forma não de instaurar o estado da natureza ideal, mas de permitir a sobrevivência das leis naturais, o qual é compatível com a natureza real do homem (...) Em suma: de uma concepção totalmente pessimista do estado da natureza, como a de Hobbes, só podia derivar uma exaltação do *homo artificialis*, isto é, do poder político, na qual o indivíduo resumir-se-ia no súdito, quase sem deixar resíduo. De uma concepção tão otimista, não se poderia extrair uma conclusão política, uma justificativa do Estado: se na verdade o homem tivesse sido capaz de viver pacificamente no estado da natureza, não teria necessidade de instituir a sociedade civil.”[39]

O que encontramos em Locke pode ser apontado como uma solução meio-termo: o estado de natureza não é, em princípio, um estado de guerra, mas pode convolar-se em um, pois o é potencialmente, o que está de acordo com a ambigüidade já apontada oriunda dos dois conceitos de natureza, o ideal e o real (estado de natureza perfeito em teoria, mas não na prática).

Outra crítica pertinente de Bobbio reside na real significação dos termos liberdade e igualdade na teoria de Locke. Aponta que o conceito lockiano é de liberdade negativa como ausência de obrigações, liberdade de dispor de sua propriedade e de sua pessoa dentro dos limites da lei, o que corresponderia ao espaço de liberdade burguesa. Já o conceito de igualdade corresponde à formal igualdade jurídica, uma situação de jurisdição recíproca, onde não há subordinação jurídica de um indivíduo a outro.



O ideário liberal burguês está bem representado em Locke, estando concepções de liberdade enquanto participação política e igualdade material de fora do escopo de sua teoria. Devemos atentar para o fato de que ambos os conceitos são essenciais para a elaboração de uma teoria do estado limitado, que é o escopo de Locke.

Bobbio aponta, ainda, que o pensamento de Locke pode ser simplificado e esquematizado da seguinte forma: Tese - estado de natureza em que nascem os direitos fundamentais do homem; antítese - estado de natureza real que se equipara ao estado despótico, não sendo os direitos naturais garantidos; e síntese - o estado civil, onde o estado da natureza é ripristinado.<sup>[40]</sup>

A crítica levada a cabo por Macpherson gira em torno do que o autor identifica como raízes da teoria liberal-democrática, que aponta corresponderem à teoria e prática políticas do século XVII inglês.

Ressalta a categoria a que chama individualismo possessivo, o individualismo oriundo do século XVII, cuja qualidade possessiva se encontra na concepção do indivíduo como proprietário de sua pessoa e de suas capacidades, nada devendo à sociedade, o que corresponde precisamente ao conceito de liberdade individual negativa. O individualismo egoístico baseado na concepção atomística de sociedade leva à uma compreensão de liberdade como o exercício da posse e de sociedade como relação de troca entre proprietários.<sup>[41]</sup>

Tanto Hobbes quanto Locke, ressalta Macpherson, concebem o homem como um átomo em uma sociedade mercantilista, como o indivíduo burguês capaz de empreender escolhas calculistas, como a de fundar por meio de um pacto a sociedade civil para melhor atender à sua auto-preservação. A sociedade política, assim, cumpre o papel de protetora das propriedades individuais e de ordenadora das trocas intersubjetivas.<sup>[42]</sup>

A evolução para uma sociedade de mercado exige igualdade dos indivíduos perante a lei do mercado, bem como a substituição da ordem hierárquica feudal pela ordem objetiva do mercado, que não exigia direitos desiguais para posições sociais desiguais. Eis porque a necessidade de Locke afirmar a igualdade (formal), com a limitação do poder do monarca e o desmantelamento das estruturas do *ancien régime*, e a liberdade (negativa) de troca, cuja crença na objetividade do

mercado e na conseqüente troca de equivalentes tende a mascarar as desigualdades materiais sob o manto da igualdade formal.

Macpherson ressalta que, ao contrário de Hobbes, que concebeu o soberano que se perpetua e colocou os detentores do poder soberano fora do controle dos cidadãos, Locke percebeu que isso não era necessário para a garantia da estabilidade da soberania porque notou que a existência de classes desiguais politicamente significativas basta para a garantia da estabilidade, não sendo necessário o recurso a um poder absoluto.<sup>[43]</sup>

“Já que deixou de incluir a divisão de classes e a coesão das classes em seu modelo, não havia lugar em suas conclusões para um corpo colegiado soberano preso a uma só classe. No entanto, este é o tipo de governo mais agradável ao modelo de uma sociedade de mercado possessivo. Aqueles que possuem propriedades substanciais necessitam de um estado soberano para sancionar o direito de propriedade (...) Mas os grandes proprietários não precisam desistir de seus direitos, ou seu poder de escolher as pessoas que serão de tempos em tempos os integrantes do corpo colegiado soberano.”<sup>[44]</sup>

Entretanto, a existência de uma classe proprietária coesa não dispensa um poder soberano, cuja função será a de manter os limites de uma concorrência pacífica e os direitos individuais de propriedade em uma sociedade de mercado que transforma a propriedade em direito absoluto de usar e de excluir os demais do uso. O poder soberano, representado pelo governo civil limitado, é, portanto, o administrador dos privilégios e das desigualdades, em nome da classe proprietária.

Neste sentido, Locke vai elaborar uma teoria política da apropriação, que afirma e justifica um direito individual natural à propriedade. Classificando a riqueza (bens), a vida e a liberdade como desejos naturais dos homens para cuja preservação instituem os governos, Locke justifica o individualismo possessivo que se concretizará na afirmação do direito de apropriação ilimitada.

Para defender a apropriação individual ilimitada, Locke engenhosamente ultrapassará as regras naturais, as limitações que balizariam a apropriação

legítima, que Macpherson classificou como: limitação do desperdício, limitação da suficiência e limitação do trabalho.

A primeira limitação consiste na limitação da quantidade que qualquer um poderia apropriar pelo que se possa usar. Locke remove esta limitação pela introdução do dinheiro. A limitação do desperdício[45] cede à possibilidade de acumulação ilimitada de ouro e prata, que não perecem. A limitação da suficiência, segundo a qual toda e qualquer apropriação deve deixar bastante e tão bom quanto para os outros, como consequência automática da introdução do dinheiro e da evolução para uma economia mercantil, é igualmente removida. Macpherson ressalta, ainda, que Locke acrescenta a justificativa segundo a qual a apropriação individual em termos capitalistas aumenta a produtividade e o estoque comum da humanidade.[46]

“Onde quer que tenha sido adotado o uso do dinheiro, deixa de existir terra não apropriada. A introdução do uso do dinheiro por consentimento tácito removeu as anteriores limitações naturais à apropriação legítima, e assim fazendo, invalidou o pré-requisito de que cada qual deveria ter tanta quanto pudesse utilizar.”[47]

Por fim, Macpherson aponta que a terceira limitação, a qual classificou como limitação do trabalho, não corresponde a uma real limitação porque Locke supunha a validade da relação salarial e, portanto, para ele tal limitação nunca existira. A lei natural que impunha que apenas há propriedade na medida em que se misture trabalho próprio à natureza não precisou, neste sentido, ser removida por Locke, que concebia o trabalho naturalmente como uma mercadoria[48], ao afirmar que o trabalho de uma pessoa é sua propriedade. [49]

A apropriação da natureza pelo trabalho humano é legitimada por dois postulados lockianos: os homens têm direito à conservação de suas vidas e o trabalho de um homem é propriedade sua.

Torna-se perceptível, assim, que Locke coloca no estado de natureza o dinheiro e a desigualdade de posse da terra. Com isto, afirma que nem o dinheiro, nem os contratos e nem a propriedade devem sua existência e validade ao Estado, mas são categorias naturais. A sociedade mercantilista burguesa, neste sentido, precederia o Estado, cuja função seria, como outrora mencionado, a de regular as

trocas naturais desta sociedade e a concorrência, bem como garantir o respeito ao direito natural de propriedade, ameaçado pela inexistência de um juiz imparcial no estado de natureza.

“Simplificando: Locke pode supor que nem o dinheiro nem os contratos devem a sua validade ao estado; são uma emanção dos objetivos naturais do homem, e devem sua validade ao raciocínio humano natural. Vista assim, é a racionalidade humana natural postulada, e não a autoridade de um governo, o que estabelece o valor convencional do dinheiro e a obrigatoriedade dos contratos comerciais. Portanto, há dois níveis de consentimento na teoria de Locke. Um é o consentimento entre homens livres, iguais, racionais em estado de natureza, quanto à atribuir um valor ao dinheiro, que Locke trata como sendo acompanhado da aceitação convencional da obrigatoriedade dos contratos comerciais. Este consentimento é dado “fora dos limites da sociedade, e sem pacto”, deixa os homens ainda em estado de natureza, e lhes dá direito a maiores bens do que poderiam ter licitamente, de outro modo. O outro nível de consentimento é a concordância de cada um em entregar todos os seus poderes à maioria; este é o consentimento que estabelece a sociedade civil.”[\[50\]](#)

Ao racionalizar a acumulação ilimitada, Locke atribui a plena racionalidade somente aos homens que podem apropriar desta forma. Com isso, conforme aponta Macpherson, Locke concebe uma diferenciação de propriedades e de racionalidades entre os homens, uma naturalização de uma diferenciação de direitos e de raciocínios mascarada por uma igualdade formal geral baseada na objetividade do mercado e na concepção do trabalho como mercadoria e por uma democracia representativa com princípio majoritário que permitirá, no governo civil, o controle do soberano pela classe proprietária suficientemente coesa. Eis o ambíguo estado de natureza concebido por Locke.[\[51\]](#)

Na visão de Macpherson, a ambigüidade do estado de natureza de Locke reside no fato de que ele reinterpreto[\[52\]](#) no estado de natureza, de forma generalizada, as suposições sobre direitos e racionalidades diferenciados nas sociedades existentes. Essas suas suposições generalizadas modificaram os postulados iniciais do Tratado. Não as substituíram, contudo. Segundo Macpherson, Locke pensava em ambas as coisas ao mesmo tempo, seus postulados eram ambíguos. Todos os homens eram iguais em direitos naturais,

mas havia duas ordens distintas de posse desses direitos e todos os homens eram racionais, mas havia duas classes distintas de racionalidade. Locke, enfim, justificou como natural uma diferenciação de direitos e de raciocínios, fornecendo uma base moral positiva para a sociedade capitalista.

“Em resumo, Locke reinterpretou na natureza humana original uma propensão racional para a acumulação ilimitada, mostrou que esta é naturalmente reprimida na sociedade pré-monetária e mostrou como a repressão pode ser removida por um dispositivo que ele supõe estar bem no íntimo dos poderes racionais do ser humano natural. A inteira concepção de um estado de natureza monetária e comercial, que historicamente falando é bobagem, hipoteticamente é compreensível, mas só o é se atribuímos à natureza humana, como fez Locke, a propensão natural para acumular. Quer dizer, só é compreensível se se reinterpretada no estado de natureza um relacionamento entre o ser humano e a natureza (ou seja, entre o homem e a terra enquanto fonte da subsistência humana) que é tipicamente burguês, como o fez Locke na sua afirmativa de que a condição da vida humana insere inevitavelmente propriedade privada da terra e dos materiais para trabalhá-la. Foi porque Locke sempre supôs o comportamento plenamente racional que pôde, à altura em que a lavra e a apropriação se separaram descobrir que a plena racionalidade residia na apropriação e não na lavra.” [53]

Desta forma, ao partir de duas concepções antropológicas e sociológicas radicalmente distintas, Locke concebeu dois estados de natureza radicalmente distintos, um estado inicial de relativa paz e um estado de guerra intermitente bastante próximo do hobbesiano.

Esta contradição central da obra [54], que consiste nos homens serem, ao mesmo tempo, em sua maioria, racionais e pacatos e, contudo, “na maior parte” desprezarem tanto a lei natural que ninguém estava absolutamente seguro, explica-se, de acordo com a análise de Macpherson, porque Locke teria em mente, ao mesmo tempo, duas concepções de homem e de sociedade: uma como sendo composta de homens igualmente capazes de se arranjar sozinhos no assunto prático de governarem suas vidas, na qual o ser humano é, pois, concebido à imagem do burguês racional, e, neste sentido, a condição natural do ser humano é eminentemente racional e pacata [55]; outra mais diretamente relacionada com uma concepção de sociedade mais acentuadamente burguesa,

com uma inerência da diferenciação de classes e de racionalidades, que, uma vez que leva a uma reinterpretação da natureza humana, desemboca em um estado de natureza inseguro.[\[56\]](#)

### 3. O iluminismo radical e a concepção de natureza e de homem em Spinoza

Ao que Negri se referiu como primeiro modo da modernidade, um processo radical de descoberta e afirmação da imanência, Jonathan I. Israel identificou como iluminismo radical (*Radical Enlightenment*). Segundo o autor, Spinoza fez parte desta corrente da modernidade caracterizada pelo anti-hobbesianismo, no sentido de rejeitar a perspectiva anti-republicana, anti-libertária e anti-democrática do jusnaturalista inglês.

Israel ressalta que Spinoza, assim como os republicanos democratas em geral, ao contrário de Hobbes, concebe que o direito natural humano permanece sempre intacto sob a jurisdição do Estado. Eis a principal diferença entre os autores, a qual o próprio Spinoza, em carta a Jarig Jelles em junho de 1674, identifica.[\[57\]](#) Contudo, esta diferença é tão fundamental que uma série de outras diferenças também fundamentais a partir dela se delineiam, o que posiciona o autor da *Ética* e do *Tratado Político* em pólo radicalmente oposto ao do *Leviathan*.[\[58\]](#)

Tais divergências decorrem essencialmente da concepção de homem e de natureza de Spinoza, que parte de pressupostos completamente diferentes dos de Hobbes e dos de Locke, na medida em que este tomou diversos dos pressupostos Hobbesianos, especialmente na caracterização de seu segundo estado de natureza, um estado de guerra intermitente bastante próximo do hobbesiano.

“Se, como dizem o Teológico-político e o Tratado Político, o conhecimento da política depende do conhecimento da natureza humana, se o saber da política não pretende cair nas armadilhas da moral e da tradição jusnaturalista que, em última instância, é solidária com a perspectiva moral, e se não quiser equivocar-se quanto à prática dos políticos – que o “agudíssimo florentino” reconduziu ao seu verdadeiro sentido -, então é preciso reencontrar a gênese da política para além das balizas herdadas. Essa gênese se prepara nas Partes II, III e IV da *Ética*.”[\[59\]](#)

A ontologia spinozana é profundamente marcada pela idéia de multiplicidade.<sup>[60]</sup> Ao definir Deus como substância que consiste de infinitos atributos (Definição 6 da Parte I) e a essência dos modos finitos na duração como modificação dos atributos divinos, Spinoza concebe os corpos não como substância, mas como modificações determinadas da extensão.

Spinoza concebe o homem como parte da natureza, esta como substância ou Deus e os corpos como relações entre partes extensas determinadas por uma certa proporção de movimento e repouso<sup>[61]</sup>. Assim, cada corpo é formado por relações entre outros tantos corpos, sendo definido, pois, pela composição entre uma multidão de corpos e isto se dá ao infinito, pelo que “a Natureza inteira é um só indivíduo, cujas partes, isto é, todos os corpos, variam de infinitas maneiras, sem qualquer mudança do indivíduo inteiro”.<sup>[62]</sup>

“Isto é, o corpo humano se constitui de uma multiplicidade de corpos que, por sua vez, também são compostos de uma multiplicidade de outros e assim ao infinito. Se a multidão se define por sua natureza múltipla, pode-se deduzir que o princípio multitudinário é constitutivo de todos os corpos existentes na natureza, afinal nenhum corpo está só. Ao fundar uma física que descarta de saída o atomismo, Spinoza se permite concebê-la a partir da idéia de multiplicidade, e não de unidade. Revaloriza-se a multiplicidade, que deixa de ser a decadência ou a corrupção da unidade. De agora em diante a multiplicidade consiste na origem de qualquer unidade, que se subordina ao múltiplo existente no interior de sua estrutura”<sup>[63]</sup>

A mente, por sua vez, também é concebida por Spinoza enquanto multiplicidade, uma multiplicidade de idéias (Proposição 15 da Parte II), e sendo a ordem e a conexão de idéias a mesma que a ordem e a conexão das coisas (Proposição 7 da Parte II) e uma vez que nem a mente determina o corpo e nem este àquela (Proposição 2 da parte III), idéia e corpo se relacionam como constituintes de uma singularidade modal determinada, *in casu* o homem, como composição de indivíduos que concorrem para a mesma ação, posto que agir em conjunto ou como causa única para a realização de uma mesma ação torna os componentes partes constituintes do indivíduo.<sup>[64]</sup>

Desta forma, o corpo humano é composto de muitos indivíduos de natureza diferente, os quais também são altamente compostos (Postulado 1 da Parte II).

Para conservar-se, este corpo humano composto necessita de muitos outros corpos que o regeneram continuamente (Postulado 4 da Parte II), isto pela conservação da proporção de movimento e de repouso dos constituintes. Eis a primeira aproximação da definição de *conatus*.<sup>[65]</sup>

Dada a complexidade individual corpórea, “a própria Natureza extensa pode ser definida como um indivíduo extremamente complexo, composto de infinitos modos finitos da extensão”. E sendo a mente, como já exposto, também uma multiplicidade de idéias (Proposição 15 da parte II), um indivíduo é uma união de corpos e uma conexão de idéias (*conexio idearum*) e a Natureza é um indivíduo complexo formado por corpos e idéias. Disto resulta que as *uniones corporum* e as *conexiones idearum* podem compor um indivíduo novo, que pela ação conjunta com outros indivíduos, pode vir a constituir um indivíduo complexo novo, a multidão<sup>[66]</sup>, o sujeito político spinozista.<sup>[67]</sup>

“A física das proporções de movimento e de repouso e da individualidade como operação/ação comum dos constituintes determina o indivíduo corporal como um sistema de forças centrífugas e centrípetas cuja proporção de movimento e de repouso é conservada (equilíbrio das forças), aumentada (se a força centrípeta for maior) ou diminuída (se a força centrífuga for maior). Desse sistema de forças, que acrescenta à cinemática das proporções de movimento e repouso a dinâmica da intensidade das forças, encarrega-se a Parte III da *Ética* a deduzir a gênese do indivíduo como *conatus*.”

Marilena Chauí aponta que a dedução do *conatus* se faz a partir das proposições 4 a 8 da parte III da *Ética*. O *conatus*, ensina, é a essência atual da coisa, o que significa que uma coisa não é realização de um universal. Disto se deduz que o ser humano não pode ser concebido como realização de uma natureza humana universal. Um ser humano é, pois, uma singularidade em ato, por sua própria essência, sendo esta essência de um ser singular a sua atividade ou as operações e ações que realiza a fim de perseverar na existência.<sup>[68]</sup> *Conatus*, é, pois, esforço de perseveração no ser.<sup>[69]</sup>

Da definição de *conatus* decorre a definição da essência do homem. A essência do homem é o desejo (*cupiditas*) ou a potência de existir e agir. Spinoza, na definição 8 da Parte VI da *Ética*, estabelece uma identidade



entre virtude e potência e, portanto, entre essência, desejo, virtude e potência. A virtude como potência é, pois, outro nome da autonomia ou da liberdade efetiva do direito natural. Esta potência é uma “essência ativa”, atual e imanente e, para Spinoza, é constitutiva de todo o real.

#### **4. O direito de resistência em Locke e Spinoza (o modelo do contrato e o modelo do conflito)**

A partir das concepções de homem e de natureza, bem como da definição de *conatus* apresentadas no tópico anterior, podemos avançar na análise da política spinozista, com as principais distinções entre Locke e Spinoza no que concerne o Estado de Natureza, à passagem deste para o Estado Civil, o Estado Civil e, finalmente, o direito de resistência.

O *conatus* hobbesiano, enquanto desejo ilimitado de apropriação do mundo exterior que só freia por uma causa externa, qual seja a fundação do Estado, se distingue do *conatus* Spinozano, enquanto potência de existir e agir. Tanto o primeiro quanto o segundo concebem o homem submetido aos afetos, mas o afeto do medo da morte violenta que em Hobbes leva os homens a abdicar de todos os seus direitos naturais em favor do soberano que deterá o monopólio do uso da força, em Spinoza, não desempenha o mesmo papel. O medo, no Estado de Natureza Spinozano, que não é o da morte violenta, mas o da solidão, faz com que os homens desejem por natureza o estado civil.<sup>[70]</sup>

Podemos inferir do que foi exposto, que Locke foi hobbesiano ao justificar a fundação do Estado civil. Ao partir de pressupostos ambíguos, de um duplo conceito de natureza, de duas concepções antropológicas e sociológicas radicalmente distintas, e, conseqüentemente, ao chegar em dois estados de natureza radicalmente distintos, sendo um segundo estado de natureza, aquele em que os homens são “na sua maioria pouco observadores da equidade e da justiça”<sup>[71]</sup>, Locke passou de um estado inicial de relativa paz à um estado de guerra intermitente bastante próximo do hobbesiano.

Esta contradição central da obra, que consiste nos homens serem, ao mesmo tempo, em sua maioria, racionais e pacatos e, contudo, “na maior parte” desprezarem tanto a lei natural que ninguém estava absolutamente seguro, explica-se, conforme já explicitado, porque Locke tinha em mente, ao mesmo

tempo duas concepções de homem e de sociedade: uma como sendo composta de homens igualmente capazes de se arranjam sozinhos no assunto prático de governarem suas vidas, na qual o ser humano é, pois, concebido à imagem do burguês racional, e, neste sentido, a condição natural do ser humano é eminentemente racional e pacata; outra mais diretamente relacionada com uma concepção de sociedade mais acentuadamente burguesa, com uma inerência da diferenciação de classes e de racionalidades, que uma vez que leva a uma reinterpretação da natureza humana, desemboca em um estado de natureza inseguro e intranquilo, a justificar a fundação do Estado civil.

Já, do que foi dito acerca das concepções de homem e de natureza em Spinoza, pode-se inferir que Spinoza rejeita a perspectiva jusnaturalista de ambos os autores supramencionados, posto que sua conceituação de *conatus* coincide com a essência atual da coisa, o que significa que uma coisa não é realização de um universal. Disto se deduz que o ser humano não pode ser concebido como realização de uma natureza humana universal e imutável, conforme pressupunham os jusnaturalistas.

Para Spinoza, o homem faz parte da natureza, a qual compõe com outros indivíduos e é ele mesmo um composto complexo de indivíduos. O princípio multitudinário é, pois, constitutivo de todos os corpos existentes na natureza.

A rejeição de Spinoza à unidade e à atomização, e ao conseqüente individualismo, pressupostos basilares das teorias contratualistas de Hobbes e de Locke, é evidente.

Da mesma forma, o racionalismo de Spinoza é diverso daquele esposado pelos jusnaturalistas, enquanto um racionalismo que parte da experiência e uma razão que não constitui faculdade ou essência humana, mas potência do intelecto. O homem spinozano é, em princípio, dominado pelos afetos e tem como essência o desejo, não possui livre arbítrio, opera segundo a lógica da atividade intrínseca da matéria, em uma física na qual a intensidade e a força são acrescidas à inércia e à velocidade, e tem seus afetos curados por outros afetos.

As conseqüências políticas destas diferenças fundamentais são importantes. O conceito de liberdade spinozano, sua justificativa para o Estado civil, a forma de

fundação deste Estado, e a concepção de direito de resistência dependem daqueles pressupostos e daquelas diferenças fundamentais.

Como vimos, Bobbio aponta que o conceito lockiano é de liberdade negativa como ausência de obrigações, liberdade de dispor de sua propriedade e de sua pessoa dentro dos limites da lei, o que corresponderia ao espaço de liberdade burguesa, estando rejeitadas concepções de liberdade enquanto participação política (ativa) e igualdade material. Pelo contrário, Spinoza atribui ao homem uma essência ativa, que em sociedade corresponde à uma cidadania ativa/participativa, sejam quais forem os seus desejos ou seu grau de racionalidade.<sup>[72]</sup>

Disto resulta que a liberdade spinozana é uma liberdade positiva. Na *Ética*, Spinoza afirma que é livre a coisa que existe exclusivamente pela necessidade de sua natureza e que por si só é determinada a agir, que não está, pois, coagida, porque não determinada por outra (Definição 7 da Parte I).

Como já observado, Spinoza identifica virtude e potência, desejo, essência ou natureza humana (Definição 8 da Parte IV), e chama de servidão a impotência humana para regular e refrear os afetos, que faz com que o homem não esteja sob seu próprio comando, mas sob o do acaso (Prefácio da Parte IV). Assim, a liberdade, em virtude da concepção do indivíduo como integração e diferenciação interna dos constituintes e do princípio de aumento e diminuição da potência ou intensidade da força pelas relações com as demais potências externas, pode ser vislumbrada por Spinoza para além da concepção hobbesiana. Além de defini-la, como Hobbes, pelo não-constrangimento externo e pela vitória sobre os obstáculos externos, define-a como força interna de autodeterminação ou como autonomia.

“Concluimos, assim, que não está em poder de cada homem usar sempre a razão e estar no nível supremo da liberdade humana. E contudo cada um esforça-se sempre, tanto quanto está em si, por conservar o seu ser, e (uma vez que cada um tem tanto direito quanto a sua potência vale) tudo aquilo por que cada um, sábio ou ignorante, se esforça e faz, esforça-se e faz por supremo direito de natureza (...)

Segue-se, além disso, que cada um está sob jurisdição de outrem na medida em que está sob o poder de outrem, e está sob jurisdição de si próprio na medida em que pode repelir toda a força, vingar como lhe parecer um dano que lhe é feito e, de um modo geral, na medida em que pode viver segundo o seu próprio engenho (...) segue-se que estão maximamente sob sua jurisdição aqueles que maximamente se distinguem pela razão e que maximamente são por ela conduzidos; e por isso chamo totalmente livre ao homem na medida em que ele é conduzido pela razão, visto que assim ele é determinado a agir por causas que só pela sua natureza se podem entender adequadamente, se bem que seja por elas necessariamente determinado a agir. Com efeito, a liberdade não tira, antes põe, a necessidade de agir.”[73]

Desta forma, em Spinoza, o direito natural deixa de ser uma categoria transcendente, dada *a priori*, imutável e dedutível pela razão, para se identificar com a potência atual e imanente. Neste sentido, potência e poder (*potentia* e *potestas*) não se posicionam em um antagonismo dialético, uma vez que o direito de cada um estende-se até onde se estende sua exata potência. Assim, “o direito natural de cada homem determina-se, portanto, não pela reta razão, mas pelo desejo e pela potência.”[74]

No Tratado teológico-político, Spinoza afirma que a falta de cooperação humana leva a que cada homem viva miseravelmente e escravo da necessidade, e que o estado civil aparece como união necessária para que vivam os homens em segurança e o melhor possível, pois nele o direito natural de cada um sobre todas as coisas é exercido coletivamente e é determinado pelo poder e pela vontade de todos em conjunto[75].

Já no Tratado Político, no mesmo sentido, aponta que dois corpos juntos podem mais e têm mais direito sobre a natureza do que cada um em separado e cresce que os homens sem o auxílio mútuo dificilmente podem cultivar a vida e cultivar a mente. Por isso, o direito de natureza, pode conceber-se apenas onde os homens têm direitos comuns e podem conjuntamente reivindicar terras para habitar e cultivar, repelir toda a força e viver segundo seu parecer comum. “Esse direito que se define pela potência da multidão costuma chamar-se Estado.”[76]

A chave de nossa análise, portanto, reside no conceito de liberdade, pois ao entender por liberdade o exercício da potência comum da multidão[77], Spinoza adota uma perspectiva radicalmente diversa da de Locke, que concebia a liberdade como direito ou aptidão individual para a apropriação ilimitada[78].

A liberdade spinozana se realiza no coletivo, pois o processo constituinte das sociedades se dá pela composição de afetos, pela composição de potências (e não pela fundação do Estado mediante um contrato racional), em oposição à liberdade egoística do individualismo possessivo[79], segundo o qual o homem concebido à imagem do burguês racional tem direito a apropriar-se ilimitadamente da natureza, da qual não mais faz parte a partir da fundação do Estado civil e da cultura, e de excluir do uso, gozo e fruição de sua propriedade todos os demais homens, pois sua liberdade é a de dispor com exclusividade de suas posses dentro dos limites da lei (liberdade negativa/espço de liberdade burguês).

Locke concebe o homem enquanto átomo racional que atua livremente no exercício de posse individual e egoísta dentro da sociedade mercantil cuja lógica de funcionamento é a da objetividade do mercado e da regulação das relações de troca entre proprietários e de proteção da propriedade contra os não proprietários. Já Spinoza concebe o homem como parte da natureza, como um composto complexo de indivíduos e como submetido aos afetos. A primazia dos afetos e da sociabilidade humana localizam Spinoza em posição radicalmente oposta à dos contratualistas Hobbes e Locke.

Como conseqüência da concepção de natureza humana de Locke, a fundação do Estado civil Lockiano se faz por via do contrato social, mediante o qual os homens naturalmente livres e racionais voluntariamente aderem para fugir aos inconvenientes do estado de natureza e preservar a segurança da propriedade, e, ao fazerem, se despojam de quase todos os seus direitos em prol do Estado, salvo os direitos sobre sua vida, liberdade e bens, cuja proteção motivou a instituição do Estado (limites ao Estado pelas garantias liberais)[80].

O direito de resistência Lockiano, desta forma, se baseia essencialmente nas garantias liberais que a sociedade possui contra o Estado (liberdade negativa), que funcionam como cláusulas contratuais limitadoras do poder soberano que, uma vez infligidas, legitimam a resistência social (Estado liberal burguês limitado).

Já Spinoza, como vimos, rejeita a idéia de contrato porque rejeita o livre arbítrio. Para ele, a fundação do Estado civil é democrática e afetiva<sup>[81]</sup>, como uma necessidade para que todos juntos sejam mais livres porque mais potentes. O sujeito constituinte spinozano não se submete ao soberano de forma absoluta, não transfere seu direito natural de forma absoluta, justamente porque ninguém pode transferir toda a sua essência/potência sem deixar de existir.<sup>[82]</sup> Assim, o estado de natureza não cessa nunca, pelo simples fato de o *conatus* não poder ser alienado e de que o direito se identifica com a potência/autonomia e não com uma categoria heterônoma transcendente.<sup>[83]</sup>

Sem o contrato social, o plano da imanência e da autonomia se mantém e com ele a dinâmica das forças e da intensidade, o regime dos afetos, das composições e decomposições, dos conflitos e dos acordos. Daí a afirmação de que o modelo que se encontra no cerne da análise política spinozista é o modelo maquiaveliano de conflito e não o modelo hobbesiano/Lockiano de contrato.

Sobre o modelo maquiaveliano, importante apontar brevemente que Maquiavel identificou o conflito como matriz política e, com isso, a tensão central da política moderna, qual seja, a tensão inevitável entre poder constituinte e poder constituído, entre potência constituinte da multidão e poder soberano instituído.

Pela observação do conflito entre patrícios e plebeus na república romana<sup>[84]</sup>, Maquiavel compreendeu que é o reconhecimento do conflito como componente insuprimível da seara política, bem como a sua conservação institucionalizada<sup>[85]</sup>, que permitem que a estabilidade (ainda que temporária)<sup>[86]</sup> e a liberdade possam ser alcançadas. Portanto, seria o equilíbrio entre o que Spinoza vai identificar como o desejo de governar e o desejo de não ser governado que permitiria a manutenção da boa ordem (ordem na qual o conflito permanente não é transcendido pela dialética, mas na qual este é reconhecido e estabilizado). Trata-se de uma institucionalização do direito de resistência permanente, porque são os tumultos que geram boa ordem.

Antonio Negri ensina que Spinoza recuperou a tensão identificada por Maquiavel e a transferiu para o horizonte da metafísica, uma vez que é a partir da categoria do desejo ou, como aponta o autor, da *cupiditas* enquanto força

determinante do processo de constituição do social que se dá a constituição do político.[\[87\]](#)

Neste sentido, em Spinoza, os homens constituem um indivíduo coletivo, a *multitudo*, e instituem o *imperium* ou, segundo Marilena Chauí, “o corpo e a mente do poder” (*totius imperii corpus et mens*), o direito natural comum.

O *imperium* é intransferível, o que se distribui é a participação no poder e não a soberania, que permanece na *multitudo*. O processo de distribuição de poderes, ensina Marilena Chauí, ocorre de acordo com duas normas universais do campo político: a primeira consiste em ser necessário que a potência soberana seja inversamente proporcional à potência dos indivíduos (a potência soberana – *imperium* como direito civil - deve ser incomensurável ao poder dos cidadãos tomados um a um ou somados – direito natural individual) e a segunda ensina também ser necessário que a potência dos governantes seja inversamente proporcional a dos cidadãos, contrariamente à primeira norma.

Assim, tomados coletivamente, os indivíduos devem ter mais potência que os governantes, pois a potência ou direito da multidão não se identifica com ninguém, pelo que o governante não se identifica com o poder soberano. Os detentores do poder são os cidadãos enquanto *multitudo*, que podem depor o governante, desde que tenham força para fazê-lo.[\[88\]](#)

Em Spinoza, há uma solução política de afirmação positiva da paz que repousa no reconhecimento do direito de guerra da multidão como direito de resistência à dominação.[\[89\]](#) Isto porque o desejo de cada um é o de não ser governado e o de governar e porque um afeto só pode ser refreado por um afeto maior que lhe seja contrário.[\[90\]](#)

A potência da multidão, neste prisma, ultrapassa o quadro político instituído, o poder constituinte do sujeito constituinte, da *multitudo*, transborda o poder constituído, não sendo engessado em uma transcendência ideal, mas permanecendo latente, em sua vida e imanência. [\[91\]](#) É justamente esta potência da multidão que se preserva (não é alienada e absorvida pela unidade da transcendência através da metamorfose do contrato) que justifica o direito de resistência permanente.

Importante ressaltar que tanto a concepção de direito de resistência de Locke quanto a de Spinoza são seculares (não estão baseadas em justificativas teológicas), mas enquanto o direito de resistência Lockiano é excepcional e reativo porque baseado no contrato e na quebra do contrato[92], o direito de resistência em Spinoza é parte constitutiva do mundo comum, se inscreve ordinariamente na dinâmica política, baseada na força e na intensidade de afetos, que, se contrários, configuram os conflitos inerentes à ordem comum.

Em Spinoza, não há, portanto, obediência política sem resistência, por ser, em última instância, intransferível de forma absoluta a potência ou o *conatus*. Desta forma, o direito de resistência ganha uma dimensão físico-afetiva, ausente em Locke. O direito de resistência spinozano funciona como uma necessidade biológica e afetiva de resistir, como uma resistência afirmativa do ser, de sua existência e potência.

Pelo reconhecimento do princípio do conflito como constitutivo da seara política e pela concepção de paz não como ausência de guerra,[93] Spinoza reconhece o direito de guerra da multidão, seu direito de vigilância constante e de pegar em armas a fim de manter os limites do soberano e preservar a sua liberdade. É por conceber que a verdadeira paz se deve apoiar sobre o direito de resistência à dominação, que Spinoza concebe a essencialidade de uma vigilância permanente em face do exercício do poder soberano instituído.

A multidão, única titular do *imperium* ou soberania, pode, pois, depor os detentores do poder, desde que tenha força para fazê-lo[94], isto porque a paz só existe enquanto houver adequação entre as vontades do soberano e da cidade (entendido o direito da cidade como o direito coletivo da multidão), estando o direito comum do Estado de acordo com o direito comum da multidão.

Portanto, a paz depende da atividade dos cidadãos e não de sua inércia, de sua autonomia ou liberdade positiva, expressa em potência coletiva, e não de sua liberdade negativa própria do Estado enquanto ordenação transcendente fundada no contrato. Um Estado de inatividade e impotência é, segundo Spinoza, um Estado de servidão no qual não há verdadeira paz, mas tão somente ausência de guerra, e no qual os súditos não são verdadeiros cidadãos, mas ovelhas ou escravos, onde, enfim, não há uma verdadeira cidade, mas uma solidão.[95]



## 5. Conclusões Finais

Concluimos que as distinções traçadas entre as concepções de direito de resistência de Locke e de Spinoza decorrem das diferentes relações que se estabelecem entre o social e o político em cada um dos autores.

De um lado, o modelo do contrato, esposado por Locke, isola a potência da multidão no social, pelo que as duas esferas, social e política, encontram-se elas mesmas isoladas. Vez que o liberalismo pressupõe que o social não necessita do político, estando totalmente sob a ordenação da mão invisível do mercado, opera-se a negação do poder constituinte, de sua essência, qual seja, o princípio multitudinário enquanto ação coletiva criativa.[\[96\]](#)

Em contrapartida, o modelo do conflito, que corresponde à concepção spinozana de política, a entrelaça necessariamente ao social, já que é a potência da multidão, enquanto sujeito do poder constituinte, a responsável pela criação do novo ser social e por sua recriação incessante no político. É na relação entre potência e multidão que tanto o político quanto o social se constituem e é no reconhecimento da tensão entre o constituinte e o constituído, entre a potência da multidão e o soberano instituído, que o direito de resistência tal qual o concebe Spinoza pode ser compreendido, isto é, enquanto movimento permanente de afirmação do ser e da potência.[\[97\]](#)

## 6. Referências Bibliográficas

AURÉLIO, Diogo Pires. *Introdução: Potência e Direito*. In: Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 71 p.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997. 246 p.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *A Sociedade e o Estado na Filosofia Política Moderna*. Editora brasiliense. 184 p.

BOVE, Laurent. *Direito de Guerra e Direito Comum na Política Spinozista*. Tradução de Bernardo e Marcelo Barata Ribeiro. In: Revista Conatus – Filosofia de Spinoza – volume 2 – número 4 – dezembro de 2008.

CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009. 338 p.

GUIMARAENS, Francisco de. *Spinoza e o conceito de multidão: reflexões acerca do sujeito constituinte*. In: Direito, Estado e Sociedade. V. 9, n. 29, jul/dez 2006. 21 p.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 8ª edição. Rio de Janeiro: editora Record, 2006. 501 p.

ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 1024 p.

JUSTO, A. Santos. *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 98 p.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006. 176 p.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 318 p.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 523 p.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2002. 468 p.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. 423 p.

\_\_\_\_\_ *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 140 p.

\_\_\_\_\_ *Tratado Teológico-Político*. 2ª ed. Lisboa: Martins Fontes, 2008. 520 p.

WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. Vol. I. 13ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2004. 287 p.

#### NOTAS:

[1] Os direitos naturais inalienáveis do indivíduo à vida, à liberdade e à propriedade constituem para Locke o cerne do estado civil e ele é considerado por isso o pai do individualismo liberal”. WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. Vol. I. 13ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 88.

[2] “Anti-Hobbesianism, moreover, that is a deep-seated aversion to Hobbes’s anti-libertarianism, anti-republicanism, and scorn for democracy, as well as a general suspicion of his moral philosophy and idea that the ‘state of nature is a state of war of all against all’, had to a degree always been integral to the Radical Enlightenment from its commencement with the advent of Dutch democratic republicanism, in the work of Johan de La Court, Franciscus van den Enden, and Spinoza, down to the French republican political thought of Boulainvilliers and the Young Mably.” ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 225. Conforme a análise de Antonio Negri, a reintrodução da transcendência e da heteronomia na modernidade ocorreu através da operação de contra-revolução que caracteriza o que ele identifica como o segundo modo da modernidade. Para o autor, a modernidade não é um conceito unitário, mas aparece de dois modos, o primeiro como um processo radical de descoberta e afirmação da imanência e o segundo como o seu antagonismo. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 8ª edição. Rio de Janeiro: editora Record, 2006. p. 89-92.

[3] “Diz-se livre a coisa que existe exclusivamente pela necessidade de sua natureza e por si só é determinada a agir. E diz-se necessária, ou melhor, coagida, aquela coisa que é determinada por outra a existir e a operar de maneira definida e determinada.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 13 (Definição 7 da parte I). Ainda: “Por virtude e potência compreendo a mesma coisa, isto é (pela pro. 7 da P. 3), a virtude, enquanto referida ao homem, é a sua própria essência ou natureza, à medida que ele tem o poder de realizar coisas que podem ser compreendidas exclusivamente por meio das leis de sua natureza.” Ibid. p. 269 (Definição 8 da parte IV) e “Chamo de servidão a impotência humana para regular e refrear os afetos. Pois o homem submetido aos afetos não está sob seu próprio comando, mas sob o do

acaso, a cujo poder está a tal ponto sujeitado que é, muitas vezes, forçado, ainda que perceba o que é melhor para si, a fazer, entretanto, o pior.” Ibid. p. 263 (Prefácio da parte IV). No mesmo sentido, no Tratado teológico político: “É, com efeito, evidente que a natureza, considerada em absoluto, tem direito a tudo o que está em seu poder, isto é, o direito da natureza estende-se até onde se estende a sua potencia, pois a potência da natureza é a própria potência de Deus, o qual tem pleno direito a tudo. Visto, porém, que a potência universal de toda a natureza não é mais do que a potencia de todos os indivíduos em conjunto, segue-se que cada indivíduo tem pleno direito a tudo o que está em seu poder, ou seja, o direito de cada um estende-se até onde se estende a sua exata potência (...) Se tivermos, além disso, em conta que os homens, quando não se entreajudam, vivem miseravelmente e que, quando não cultivam a razão, vivem escravos da necessidade, conforme demonstramos no capítulo V, veremos com toda a clareza que, para viver em segurança e o melhor possível, eles tiveram forçosamente de unir-se e fazer assim com que o direito natural que cada um tinha sobre todas as coisas se exercesse coletivamente e fosse determinado, já não pela força e pelo desejo do indivíduo, mas pelo poder e pela vontade de todos em conjunto.” SPINOZA, Benedictus de. *Tratado Teológico-Político*. 2ª ed. Lisboa: Martins Fontes, 2008, p. 234-237.

[4] Segundo Norberto Bobbio, o conceito lockiano é de liberdade negativa como ausência de obrigações, liberdade de dispor de sua propriedade e de sua pessoa dentro dos limites da lei, o que corresponderia ao espaço de liberdade burguesa. Já o conceito de igualdade corresponde à formal igualdade jurídica, uma situação de jurisdição recíproca, onde não há subordinação jurídica de um indivíduo a outro. O ideário liberal burguês está bem representado neste sentido, estando concepções de liberdade enquanto participação política (ativa) e igualdade material de fora do escopo da teoria em questão. Devemos atentar para o fato de que ambos os conceitos são essenciais para a elaboração de uma teoria do estado limitado, que é o escopo de Locke. BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997, p. 180.

[5] A crítica à concepção Lockiana levada a cabo por C. B. Macpherson gira em torno do que o autor identifica como raízes da teoria liberal-democrática, que aponta corresponderem à teoria e prática políticas do século XVII inglês. Ressalta a categoria a que chama individualismo possessivo, o individualismo oriundo do século XVII, cuja qualidade possessiva se encontra na concepção do indivíduo como proprietário de sua pessoa e de suas capacidades, nada devendo à sociedade, o que corresponde precisamente ao conceito de liberdade individual negativa. O individualismo egoístico baseado na concepção atomística de sociedade leva à uma compreensão de liberdade como o exercício da posse e de sociedade como relação de troca entre proprietários. “Foi então, no decorrer de uma prolongada luta no parlamento, uma guerra civil, uma

série de experiências republicanas, a restauração da monarquia e uma revolução constitucional final que evoluíram todos os princípios que viriam a ser básicos para a democracia liberal (...) tanto na luta prática como nas justificativas Teóricas, foi ingrediente essencial uma nova crença no valor e nos direitos do indivíduo (...) O individualismo, como posição teórica básica, começa, no mínimo, há tanto tempo quanto tem Hobbes. Embora suas conclusões não possam ser chamadas de liberais, seus postulados foram sumamente individualistas. Rejeitando os conceitos tradicionais de sociedade, justiça e lei natural, ele deduziu os direitos e os deveres políticos a partir dos interesses e das vontades dos indivíduos dissociados”[5] MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 13.

[6] “Além de Deus, não pode existir nem ser concebida nenhuma substância.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 29 (Proposição 14 da parte I). Ainda: “Tudo o que existe, existe em Deus, e sem Deus, nada pode existir nem ser concebido”. Ibid. p. 31 (Proposição 15 da parte I) e “Por Deus compreendo um ente absolutamente infinito, isto é, uma substância que consiste de infinitos atributos, cada um dos quais exprime uma essência eterna e infinita.” Ibid. p. 13 (Definição 6 da parte I). Mais especificamente: “Não pode ocorrer que o homem não seja uma parte da natureza, e que não possa sofrer outras mudanças que não aquelas que podem ser compreendidas exclusivamente por meio de sua própria natureza e das quais é causa adequada.” Ibid. p. 273 (Proposição 4 da parte IV) e continua: “A potência pela qual as coisas singulares e, conseqüentemente, o homem, conservam seu ser, é a própria potencia de Deus, ou seja, da natureza (pelo corol. Da prop. 24 da P. 1), não enquanto é infinita, mas enquanto pode ser explicada por uma essência humana atual (pela prop. 7 da P.3). Assim, a potência do homem, enquanto é explicada por sua essência atual, é uma parte da potencia infinita de Deus ou da natureza, isto é (pela prop.34 da P. 1), de sua essência.” Ibid. p. 273 (Demonstração da proposição 4 da parte IV).

[7] “Essa introdução, portanto, tem como pressuposto que o direito natural e a potência são idênticos, que esse direito ou potência não são privilégios do homem enquanto ser racional e sim é uma determinação necessária de todo indivíduo natural, e que, para o homem, há duas maneiras de ser *sui juris*: quando não se é constrangido física e psiquicamente por ninguém (liberdade meramente negativa, à maneira hobbesiana, a liberdade como ausência de constrangimento externo) ou quando se age adequadamente, isto é, quando as ações do indivíduo humano se explicam apenas pelas leis da sua natureza ou seguem necessariamente apenas de sua própria natureza (liberdade positiva ou propriamente dita). Uma vez que a política não é deduzida dos ensinamentos da razão e sim da condição natural e comum dos homens e

uma vez que tem seu fundamento no direito natural de sábios e insensatos, o pacto não poderá repousar na idéia de uma vontade livre guiada pela razão, agindo segundo o critério da justiça e da obrigação (Grotius) nem da vontade livre agindo sob a condução de uma razão calculadora (Hobbes). Qual a sua origem? Assim como em estado de Natureza os indivíduos costumam se relacionar por meio da busca da dominação de corpos e ânimos alheios, imaginado que isso fortalece seu *conatus*, também podem relacionar-se por consenso e por acordo mútuo e, neste caso, fala-se em pacto. O que significa exatamente um pacto? Um acordo para unir direitos e aumentar a potência individual, graças à potência conjunta. Por conseguinte, “quanto mais numerosos os homens que tenham unidos seus direitos, mais direitos terão todos juntos”. CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 168-169.

[8] “... a política de Espinosa mais não faz que expurgar o hobbismo das suas contradições e levar às últimas conseqüências a idéia de que o direito e o estado só podem ser pensados a partir da potência que cada indivíduo detém na totalidade da natureza. Contra a tese hobbesiana de um direito supremo a tudo, acima da lei e dos costumes, no qual se concentraria definitivamente, após o contrato, a potência de todos os súditos, Espinosa observa que a potência individual não é transferível por nenhuma espécie de contrato, uma vez que ela constitui precisamente a essência dos seres vivos, a qual não é senão o *conatus*, o esforço de cada um para resistir tanto quanto possa ao que pode destruir ou reduzir-lhe a liberdade. Considerar, com efeito, a potência como equivalente ao direito implica, em primeiro lugar, deixar de pensar os indivíduos como entidades previamente definidas, com uma razão de ser, um modo justo de atuar e uma finalidade ou destino, para os pensar como singularidades interdependentes que se esforçam por se libertar, tanto quanto possível, dos laços de dependência. Nesse sentido, Espinosa abandonará o binômio clássico direito-dever para o substituir, conforme observa Étienne Balibar, por um outro binômio de noções correlativas, a independência e a dependência, o estar ou não estar sob jurisdição de si próprio.” AURÉLIO, Diogo Pires. *Introdução: Potência e Direito*. In: Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. XVIII-XIX.

[9] “O homem pensa.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 81 (Axioma 2 da parte II). Desta forma, o pensamento para Spinoza não é uma faculdade ou ato volitivo, mas um pressuposto. Por isso, o autor é crítico à concepção de livre arbítrio, bem como a de soberania da consciência. Ao conceber a consciência como desejo (*conatus – coagere- coagir- coagido*), Spinoza expõe sua crítica no seguinte sentido: “Os que escreveram sobre os afetos e o modo de vida dos homens parecem, em sua maioria, ter tratado não de coisas naturais, que seguem as leis comuns da natureza, mas de coisas

que estão fora dela. Ou melhor, parecem conceber o homem na natureza como um império num império. Pois acreditam que, em vez de seguir a ordem da natureza, o homem a perturba, que ele tem uma potência absoluta sobre suas próprias ações, e que não é determinado por nada mais além de si próprio.” Ibid. p. 161 (Prefácio da parte III). Ainda: “Se a experiência não mostrasse aos homens que fazemos muitas coisas das quais, depois, nos arrependemos, e que, freqüentemente, quando somos afligidos por afetos opostos, percebemos o que é melhor, mas fazemos o que é pior, nada os impediria de acreditar que fazemos tudo livremente.” Ibid. p. 172-173 (Escólio da proposição 2 da parte III).

[10] “Spinoza estabelece uma identidade entre “virtude” e “potência”. Com efeito, na definição 8 da ÉTICA IV, ele afirma: “por virtude e potência compreendo a mesma coisa”. E acrescenta: “a virtude, enquanto referida ao homem, é a sua própria essência ou natureza, à medida que ele tem o poder de realizar coisas que podem ser compreendidas exclusivamente por meio das leis de sua natureza”. A virtude, como potência, é então outro nome da autonomia ou da liberdade efetiva do direito natural. Esta potência, que é uma “essência ativa” e que, de maneira imanente, é para Spinoza constitutiva de todo o real, é aquela – como vimos na constituição do Estado – da “multidão”. A idéia de “justiça” se submete à mesma divisão que atravessa a idéia de soberania. A justiça, articulada à soberania da potência da multidão, ultrapassa o quadro jurídico-político instituído. É por esta razão que o modelo maquiaveliano da guerra – e não o hobbesiano do contrato – se impõe no cerne da análise política spinozista.” BOVE, Laurent. *Direito de Guerra e Direito Comum na Política Spinozista*. Tradução de Bernardo e Marcelo Barata Ribeiro. In: Revista Conatus – Filosofia de Spinoza – volume 2 – número 4 – dezembro de 2008, p. 93.

[11] “A radicalidade de Spinoza está em nos dizer que, na ausência da adequação entre a vontade do soberano e a da cidade (adequação que é “tão difícil quanto rara” visto que ele próprio reconhece, no início do seu último parágrafo do capítulo VII do *TP*, que nenhum Estado foi instituído segundo as condições de uma paz verdadeira), é bem um regime de guerra, latente ou manifesto, que reina necessariamente no próprio cerne do mundo considerado comum. Spinoza nos conduz então a uma solução política de afirmação positiva da paz que repousa paradoxalmente sobre o reconhecimento afirmado do direito de guerra da multidão como direito de resistência à dominação. Para que uma adequação entre as duas vontades (a da cidade e a do soberano) possa realmente se afirmar e se manter, isto é, para que o comum do Direito comum do Estado possa afirmar o Direito comum da multidão, é sobre o direito de guerra (o *jus belli*) da própria multidão – ou seja, o desejo de cada um de não ser dirigido por seu igual [e o vivo sentimento de injustiça experimentado se este desejo for desprezado] – que deverá se apoiar o regime de paz verdadeira e uma vida humana, numa vigilância permanente em face do exercício do poder soberano instituído.” Ibid. p. 93-94.

[12] “Um afeto não pode ser refreado nem anulado senão por uma feto contrário e mais forte do que o afeto a ser refreado.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 275 (Proposição 7 da parte IV). Ainda: “É, além disso, certo que cada um prefere governar a ser governado.” Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 66.

[13] Negri, de forma bastante interessante e elucidativa, analisa a separação e o isolamento da potência da multidão ou do poder constituinte como parte da estratégia da modernidade reacionária, que se acirra ainda mais no liberalismo: “À negação da potência da multidão no político deve, pois, corresponder o isolamento da potência da multidão no social: eis uma segunda característica no moderno. A neutralização da multidão no político exige o seu confinamento no social (...) O pensamento liberal e o pensamento anarquista são a mais perfeita expressão desta racionalidade instrumental. Para ambos, o social não exige o político, a mão invisível nega o poder constituinte. Quaisquer que sejam as leis que regem essas configurações do social (o individualismo e a regra do lucro, ou a anarquia e a regra do coletivismo), em ambos os casos o isolamento do social é o fim, um fim complementar à transcendência do político, seja ela elogiada ou amaldiçoada. É evidente que esta tendência para o isolamento do social carrega enormes contradições: cada crise social, que inevitavelmente toca e abala o político, soa como um aviso de morte das teorias da separação. Soa como anúncio da dificuldade ou, ao menos, da urgência que o moderno tem de controlar o social. Salva-se, “em última instância” (uma última instância sempre atingida) através do recurso à violência e aos seus múltiplos disfarces. Neste caso, o medo despertado pela *multitudo* é exacerbado, a violência nasce como síntese entre a angústia e a ausência de alternativa praticável.” Negri, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 449.

[14] “...desde o *Teológico-político*, a noção de pacto não possui a relevância que lhe era dada por Grotius ou por Hobbes e, de alguma maneira, sua quase-desaparição posterior não é surpreendente. Podemos observar que, no *Teológico-político*, Espinosa não aceita a idéia do pacto como transferência total do direito natural ou da potência individual a um outro: o pacto é descrito como um acordo mútuo em que cada indivíduo concorda em que o direito natural de cada um a todas as coisas seja exercido coletivamente e não mais seja determinado pelo apetite de cada um e sim pela potência de todos em conjunto. Essa descrição, por seu turno, é inseparável de dois aspectos de grande relevância: por um lado, o fato de Espinosa considerar a democracia o mais natural dos regimes políticos, e cronologicamente o primeiro, indica que o pacto pressupõe uma transferência do direito natural individual para a coletividade inteira, de maneira “que todos permanecem iguais como antes no estado de Natureza”; por outro lado, Espinosa é enfático ao declarar que os



indivíduos concordam nessa transferência desde que ela não implique a perda da liberdade de pensamento e de palavra – os indivíduos concordaram em agir em comum, mas não em pensar em comum, escreve ele -, e que ninguém fará um pacto pelo qual aceite não mais ser consultado e ficar excluído de toda deliberação no futuro – é, aliás, essa cláusula que explica por que, no *Político*, ao falar da *multitudo* como reunião de direitos ou potências naturais, Espinosa afirma que ela é conduzida *como se fosse* uma única mente, *una veluti mente*, pois se ela se tornasse uma mente única, os indivíduos não teriam simplesmente transferido direitos, mas os teriam alienado inteiramente. Essas cláusulas restritivas indicam que Espinosa recusa o núcleo duro do pacto, aquilo que para a tradição era o pacto político propriamente dito, isto é, o chamado “pacto de sujeição”. CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 165-166.

[15] “A discordância de Espinosa em relação a Hobbes consiste, pois, numa diferente valoração, em sede política, da multidão. O autor do *De Cive*, à semelhança de praticamente toda a tradição ocidental, considera-a por definição incapaz de produzir o direito comum, a segurança e a paz. Espinosa, por seu turno, ao afirmar que o estado civil ou político é a continuação do estado de natureza, está a considerar a multidão – em si mesma, sem a metamorfose contratualista e mantendo na íntegra a sua carga intrinsecamente contraditória de razões e paixões – como capaz de configurar uma comunidade politicamente organizada. Por esta razão, enquanto Hobbes, como vimos, concluía que o rei, ou seja, o estado, é o povo, Espinosa irá concluir que o direito do estado se define pela potência da multidão.” AURÉLIO, Diogo Pires. *Introdução: Potência e Direito*. In: Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. XXXIII.

[16] “O que significa a permanência do direito natural ou a afirmação de que o direito civil é o direito natural da *multitudo*? Em primeiro lugar, que aquele direito não permanece, como em Hobbes, na qualidade de resíduo virtual que se atualiza *in extremis* (quando o soberano ameaça a autoconservação dos súditos ou cidadãos) ou daquilo que é permitido pelo silêncio das leis, mas sim, definindo a potência política, define a atividade política e determina o campo político. O direito natural é medida, guardião e ameaça do direito civil (...) Donde o essencial: operando com conflitos e concordâncias que dependem da lógica das paixões, a Cidade não cessa de institui-se e essa instituição permanente define sua duração ou seu perecimento.” CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 172-173.

[17] BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *A Sociedade e o Estado na Filosofia Política Moderna*. Editora brasiliense. p. 32.

[18] “Tudo começou com uma revolução. Na Europa, entre 1200 e 1600, cobrindo distâncias que só mercadores e exércitos poderiam viajar e que só a invenção da imprensa mais tarde reduziria, algo extraordinário aconteceu. Seres humanos se declararam donos da própria via, produtores de cidades e de história e inventores de céus. Herdaram uma consciência dualista, uma visão hierárquica da sociedade, uma idéia metafísica de ciência; mas passaram adiante, para as gerações futuras, uma idéia experimental de ciência, uma concepção constituinte de história e de cidades, e propuseram o ser como terreno imanente de conhecimento e ação. O pensamento desse período inicial, nascido simultaneamente na política, na ciência, na arte, na filosofia e na teologia, demonstra a radicalidade das forças em ação na modernidade.” HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 8ª edição. Rio de Janeiro: editora Record, 2006. p. 89.

[19] Ibid.p. 92.

[20] Ibid. p. 89.

[21] “Na cena do nascimento da modernidade européia, a humanidade descobriu seu poder no mundo e integrou essa dignidade a uma nova consciência de razão e potencialidade.” Ibid. p. 89.

[22] “Guilherme de Occam, por exemplo, sustentava que a Igreja é a multidão dos fieis – “Ecclesia est multitudo fidelium”- querendo dizer que ela não é superior à comunidade de cristãos e diferente dela, mas imanente a essa comunidade.” Ibid. p. 91.

[23] Ibid. p. 92.

[24] “Filósofos discutiam sobre o lugar onde se situava essa mediação e sobre qual o nível metafísico por ela ocupado, mas era fundamental que, de alguma maneira, ela fosse definida como condição inevitável de toda ação, arte e associação humana. Por conseguinte, à tríade *vis-cupiditas-amor* (força-desejo-amor), que constituía a matriz produtora do pensamento revolucionário do humanismo, opôs-se uma tríade de mediações específicas. Natureza e experiência são irreconhecíveis salvo por intermédio do filtro dos fenômenos; o conhecimento humano não pode ser adquirido exceto por meio da reflexão do intelecto; e o mundo ético é incomunicável a não ser pelo esquematismo da razão. O que está em jogo é uma forma de mediação, ou, mais exatamente, um esmorecimento reflexivo e uma espécie de débil transcendência, que relativiza a experiência e abole todas as instâncias do imediato e do absoluto na vida e na História humana.”Ibid. p. 96.

[25] BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *A Sociedade e o Estado na Filosofia Política Moderna*. Editora brasiliense, p. 23. “O método que une autores

tão diversos é o método racional, ou seja, aquele método que deve permitir a redução do direito e da moral (bem como da política), pela primeira vez na história da reflexão sobre a conduta humana, a uma ciência demonstrativa (...) aquilo que caracteriza o movimento em seu conjunto não é tanto o objeto (a natureza), mas o modo de abordá-lo (a razão), não um princípio ontológico (que pressuporia uma metafísica comum que, de fato, nunca existiu), mas um princípio metodológico”. [25] Ibid. p. 16.

[26] JUSTO, A. Santos. *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 22.

[27] “Tais sistemas consideram-se perfeitos, completos, acabados, ou seja, sem lacunas, porque obra da razão que se afirma perfeita, capaz de tudo resolver. Trata-se, no entanto, de um pensamento ahistórico (a sociedade é regida por leis racionais fixas e imutáveis) que reduz a realidade a esquemas frios e rigorosos, marginalizando a imaginação, a espontaneidade e o dinamismo da vida”. JUSTO, A. Santos. *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 43.

[28] “O direito natural é uma tentativa de dar uma resposta tranqüilizadora às conseqüências corrosivas que os libertinos tinham retirado da crise do universalismo religioso.” Ibid. p. 17.

[29] BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997, p. 147.

[30] “O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 24.

[31] Ibid. p. 169.

[32] LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 23.

[33] Ibid. p. 32.

[34] Ibid. p. 24.

[35] Ibid. p. 25.

[36] “É bem provável que surjam objeções a esta estranha teoria, isto é, que no estado de natureza todo o mundo tem o poder executivo da lei da natureza – que não é razoável que os homens sejam juízes de suas próprias desavenças, que o amor-próprio tornará os homens parciais a seu próprio favor e de seus amigos; e também, que a inclinação para o mal, a paixão e a vingança os induzirão a excessos na punição a outrem, advindo disso tão somente confusão e desordem; e que, por isso, certamente foi Deus quem estabeleceu o governo com o fito de restringir a parcialidade e a violência dos homens. Por fim, concordo que o governo civil seja o remédio correto para os inconvenientes do estado de natureza, que devem certamente ser grandes, se os homens têm de ser juízes em causa própria.” Ibid. p. 28. Pode-se observar nesta passagem duas noções importantes que dizem muito do Teórico: a concepção antropológica bastante próxima da de Hobbes (amor-próprio egoístico fruto do individualismo e da teoria atomística que pode ser contraposto à categoria rousseauiana de *amour de soi*, onde a autopreservação não resvala necessariamente no egoísmo, mas convive com os sentimentos de compaixão e de piedade); a necessidade de instituição de um controle transcendente, através do governo civil, do que identifica como confusão e desordem, que poderia ser identificado com o auto-governo imanente.

[37] “Está pois clara a diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra que, apesar de terem sido confundidos, diferem tanto um do outro como um estado de paz, boa vontade, cooperação mutuo e preservação, e um estado de inimizade, Malícia, violência e destruição recíproca.” Ibid. p. 32.

[38] “No início do capítulo IX[38], quando Locke expões mais uma vez as razões pelas quais o homem se decide pelo abandono do estado da natureza, este é descrito em termos decididamente hobbesianos, como a situação em que o gozo dos direitos é “muito incerto, e exposto continuamente à violação por parte dos outros”. E o que é ainda mais grave: no fim do trabalho, encontramos esta expressão: “Estado da natureza ou da pura anarquia” BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997, p. 177. No segundo tratado, escreve Locke: “As leis não são feitas para si, mas para serem as regras da sociedade por meio da sua execução, com a finalidade de manter todas as partes do corpo político em seu devido lugar e função. Quando estas deixam de ser executadas, o governo também obviamente cessa, e o povo torna-se uma multidão confusa, desconexa e desordenada. Onde não mais ministra justiça para garantir os direitos dos cidadãos, nem vigore qualquer poder na sociedade para direcionar a força que deve prover às necessidades das pessoas, não existe mais governo. Sempre que não se possam executar as leis, é como se estas não existissem; e o governo sem leis é, parece-me, um mistério inconcebível para a mente humana e incompatível com a sociedade dos homens.” LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 147.

[39] Ibid. p. 171.

[40] BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997, p. 186.

[41] “Foi então, no decorrer de uma prolongada luta no parlamento, uma guerra civil, uma série de experiências republicanas, a restauração da monarquia e uma revolução constitucional final que evoluíram todos os princípios que viriam a ser básicos para a democracia liberal (...) tanto na luta prática como nas justificativas Teóricas, foi ingrediente essencial uma nova crença no valor e nos direitos do indivíduo (...) O individualismo, como posição teórica básica, começa, no mínimo, há tanto tempo quanto tem Hobbes. Embora suas conclusões não possam ser chamadas de liberais, seus postulados foram sumamente individualistas. Rejeitando os conceitos tradicionais de sociedade, justiça e lei natural, ele deduziu os direitos e os deveres políticos a partir dos interesses e das vontades dos indivíduos dissociados”[41] MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 13.

[42] “Existem provas bastantes de que a Inglaterra estava muito perto de ser uma sociedade de mercado possessivo no século XVII. Praticamente metade dos homens era de assalariados em tempo integral (...) E, ainda que a relação patrão-empregado não fosse tão completamente impessoal quanto viria a se tornar no século seguinte, já era, como Hobbes sabia, essencialmente uma relação de mercado. A tendência para explorar a terra como capital já estava bem avançada, em detrimento das relações paternalistas entre senhorios e inquilinos, aliás como haviam sobrevivido às mudanças no século XVI.”[42] Ibid. p. 72.

[43] “O fato de ter a sociedade inglesa chegado rapidamente a ser governada por um corpo soberano, sem o poder de se perpetuar, mostra que a receita completa de Hobbes não era necessária para a manutenção de uma sociedade estável. Mostra também que, na medida em que a sociedade inglesa era então uma sociedade de mercado possessivo, a receita de Hobbes não era necessária para uma sociedade de mercado possessivo. Porém, a receita de Hobbes era uma dedução extraída do comportamento inevitável dos indivíduos em seu modelo de sociedade, que já vimos ser essencialmente o mesmo que o modelo da sociedade de mercado possessivo. Onde, então, estava o erro? A origem do erro estava na única deficiência importante do modelo de Hobbes, já assinalada. O modelo não correspondia ao da sociedade de mercado possessivo por não admitir a existência de classes desiguais politicamente significativas. Via a sociedade como tão obrigatoriamente fragmentada pela luta de cada um

pelo poder sobre os demais que igualava todos em insegurança.” Ibid. p. 102.

[44] Ibid. p. 104.

[45] “A limitação do desperdício imposta pela lei natural foi tornada sem efeito respectivamente à acumulação de terras e de capital. Locke justificou a apropriação especificamente capitalista da terra e do dinheiro. E é preciso notar que isso ele justificou como sendo um direito natural, como sendo um direito no estado de natureza. Ibid. p. 220.

[46] “Assim, a limitação de suficiência inicial foi superada. Ou, se se preferir, a limitação de suficiência permanece válida em princípio, mas agora funciona de modo diferente. A norma original, de que ninguém pode se apropriar tanto dos frutos da terra a ponto de não deixar o bastante nem tão bons para os outros, ainda vigora, porque cada homem ainda tem direito à própria conservação, donde, o direito de se apropriar das necessidades vitais. Mas agora esse direito não acarreta um direito a tanta terra e tão boa, que nunca foi mais do que um direito derivado; daí, a regra da suficiência, após as primeiras idades do mundo não exigir que cada apropriação de terra deva deixar terra bastante e tão boa quanto, para os outros. Em resumo, a apropriação de terras, em quantidade tal que não deixe tantas nem tão boas para os outros é justificada, tanto pelo consentimento tácito dado implicitamente às conseqüências da adoção do dinheiro, como pela afirmativa de que os padrões dos que não tem terras, onde estas estão todas apropriadas e utilizadas são mais elevados do que os padrões de quaisquer outros, em qualquer lugar onde a terra não esteja generalizadamente apropriada.” Ibid. p. 225.

[47] Ibid. p. 215.

[48] “Concluo que Locke tomou por subentendido, durante toda a sua justificativa do direito natural à propriedade que o trabalho era naturalmente uma mercadoria, e que a relação salarial que dá o direito de apropriação do produto do trabalho de outrem fazia parte da ordem natural. Daí se conclui que a terceira suposta limitação ao direito natural de apropriação (ou seja, o máximo que alguém possa trabalhar por esforço próprio) nunca foi cogitada por Locke. Não é o caso, portanto, de Locke remover essa limitação...” Ibid. p. 232.

[49] “Com a remoção das duas limitações iniciais, que Locke reconheceu explicitamente, a teoria da propriedade, no todo, é uma justificação do direito natural, não apenas à propriedade desigual, mas a uma apropriação individual ilimitada. A insistência em que o trabalho do indivíduo lhe pertence é a raiz da sua justificação. Pois insistir em que o trabalho do indivíduo lhe pertence, não apenas é dizer que é seu para aliená-lo por contrato de trabalho; é também dizer que seu trabalho, sua

produtividade, são algo pelo qual ele não fica em débito com a sociedade civil (...) A visão tradicional de que a propriedade e o trabalho são funções sociais, e de que posse da propriedade implicava em deveres sociais fica, deste modo, solapada.” Ibid. p. 233.

[50] Ibid. p. 222.

[51] “Isto não é uma aberração no individualismo de Locke, mas sim parte essencial dele. O núcleo do individualismo de Locke é a afirmativa de que todo homem é naturalmente o único proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades – proprietário absoluto, no sentido de que não dever nada à sociedade por isso – e principalmente proprietário absoluto de sua capacidade de trabalho. Todo homem tem, portanto, liberdade para alienar sua própria capacidade de trabalho. O postulado individualista é o postulado pelo qual Locke transforma a massa dos indivíduos iguais (licitamente) em duas classes com direitos muito diferentes, os que têm propriedade e os que não têm (...) A igualdade inicial de direitos naturais, que consistia em indivíduo nenhum ter jurisdição sobre outrem não pode perdurar depois da diferenciação de propriedades. Dito de outro modo, o indivíduo sem nenhuma posse de coisas perde aquela plena condição de propriedade de sua própria pessoa que era a base de sua igualdade de direitos naturais. E Locke insiste em que a diferenciação da propriedade é *natural*, ou seja, que se verifica “fora dos limites da sociedade, e sem pacto”. A sociedade civil é instaurada para proteger posses desiguais, que já deram origem, no estado de natureza, aos direitos desiguais.” Ibid. p. 243.

[52] Segundo Macpherson, Locke reconheceu na sociedade do século XVII uma diferenciação de classes profunda, onde os membros da classe operária viviam “da mão para a boca” e estavam incapacitados para a participação política. Os direitos naturais iguais se diferenciam na elaboração da teoria da propriedade, com a justificação do direito à apropriação ilimitada. Quando a acumulação ilimitada se torna racional, a plena racionalidade só é possível para os que podem desta forma apropriar. Na segunda etapa do estado de natureza, após a introdução do dinheiro, os que ficaram sem terras não podem ser racionais no sentido original, não podem apropriar e melhorar a terra para seu próprio proveito (o trabalho não implica mais em apropriação).

[53] Ibid. p. 247.

[54] “A teoria geral apresentada na abertura do *Tratado*, quer certamente dizer que os homens são naturalmente capazes de se governarem pela lei da natureza, ou razão (...) O estado de natureza é frontalmente contrário ao estado de guerra (...) Mas este é apenas um dos quadros opostos que Locke tem do estado de natureza. Já no capítulo 3 do *Tratado*, apenas uma página depois da diferença entre o estado de

natureza e o estado de guerra, lemos que, onde não existe autoridade nenhuma para decidir entre os contendores “toda a mínima diferença pode acabar” no “Estado de Guerra”, e que “uma grande *razão para que os homens se coloquem em sociedade*, e deixem o Estado de Natureza”, é para “evitar o Estado de Guerra”. A diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra hobbesiano desapareceu virtualmente (...) A contradição entre os dois grupos de afirmativas de Locke sobre o homem natural e fundamental. O estado de natureza ora é contrário ao estado de guerra, ora lhe é idêntico. Essa é a contradição central dentro dos postulados explícitos sobre os quais está edificada a teoria política de Locke.” Ibid. p. 252.

[55] Ibid. p.254-257.

[56] “Sugiro que Locke pôde adotar ambas as posições sobre a natureza humana porque tinha em mente, ao mesmo tempo, duas concepções de sociedade, que se bem que logicamente conflitantes, provinham da mesma origem básica. Uma era a concepção de sociedade como sendo composta de suas classes diferenciadas pelos respectivos níveis de racionalidade – os que eram “laboriosos e racionais” e tinham propriedades, e os que não eram, que pelejavam realmente, mas apenas para sobreviver, não para acumular (...) A concepção tradicional de igualdade moral natural entre os homens, seus iguais direitos aos benefícios da lei natural e sua igual capacidade de reconhecer seus deveres, está naturalmente na vanguarda da proposição de Locke: os homens são “Criaturas de mesma espécie e classe, promiscuamente nascidos para todos os benefícios da natureza e para o uso das mesmas faculdades (...) a suposição de Locke quanto à igualdade natural vai além dessa visão cristã tradicional. A razão pela qual todo governo legítimo deve ser baseado no consentimento é não apenas a de que os homens são criados livres e iguais no sentido de que são por igual criaturas de Deus, e portanto têm direitos naturais iguais. É também, como Locke acentua em sua argumentação contra o paternalismo, que se supõe que os homens são por igual capazes de se arranjar sozinhos no assunto prático de governarem suas vidas (...) Se os homens são, por natureza, igualmente racionais, no sentido de igualmente capazes de cuidar de si próprios, pode-se supor que os que ficarem para trás na corrida às propriedades só podem pôr a culpa em si próprios (...) quando o ser humano em geral é assim concebido, à imagem do burguês racional, a condição racional do ser humano é racional e pacata. Esta, sugiro eu, é a origem das duas primeiras concepções de Locke do estado de natureza (...) Sua outra concepção do estado de natureza está mais diretamente relacionada com uma concepção de sociedade mais acentuadamente burguesa, ou seja, a concepção da sociedade humana que tem inerente uma diferenciação de classes quanto à racionalidade. O observador burguês do século XVII não podia deixar de perceber uma profunda diferença entre a racionalidade dos pobres e a dos que tinham algumas posses. A diferença, na realidade, era



a diferença de capacidade, ou de disposição, entre uns e outros, de regularem suas vidas de acordo com o código moral burguês. Mas para o observador burguês isso parecia ser uma diferença de capacidade entre os seres para regularem suas vidas conforme às leis morais, como tais. Já vimos que essa era a opinião de Locke. Quando essa diferenciação de classes quanto à racionalidade é levada para uma reinterpretação da natureza humana, resulta num estado de natureza inseguro e intranquilo. Pois dizer, como fez Locke, que a maior parte dos homens são incapazes de conduzir suas vidas pela lei da razão sem sanções, é dizer que é necessária uma sociedade civil com sanções legais (e uma igreja, com sanções espirituais); ou seja, em estado de natureza, não poderia haver paz.” Ibid. p. 254-257.

[57] “In Spinoza, and with the democratic republicans generally, in contrast to Hobbes, Man’s natural right always remains intact under the state ‘quod ego naturale Jus semper sartum tectum conservo’ [because I always conserve the natural right safe and sound], as Spinoza explains, in his well-known letter to Jarig Jelles of June 1674 a doctrine very closely tied to Spinoza’s theory of Man, nature and the conatus which pervades all his thought but is most fully developed in his Ethics.” ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 232.

[58] “In reality, neither Spinoza, nor his disciples among whom Mandevile belongs, recommended anything remotely like the Hobbesian state; and while one can boil down the essential difference between Hobbes’s political theory and Spinoza’s to the single clearly divergent point that, in Spinoza, Man’s natural right always remains intact, in civil society just as it was under the state of nature, whereas in Hobbes this natural right is wholly surrendered when the state comes into being, under the terms of the supposed contract which forges the state, this divergence in turn opens up in various directions with wide implications for toleration, censorship, participation, and the political ambition as well as personal liberty.” Ibid. p. 232.

[59] CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 129.

[60] “Deus, segundo Spinoza, apesar de numericamente uno, é qualitativamente múltiplo, na medida em que sua essência é constituída por infinitos atributos. Encontra-se, na origem de todas as coisas, a substância, uma estrutura que envolve o múltiplo. O real não é uniforme, mas uma multiplicidade aberta em permanente processo de constituição. Uma ontologia em que não se pressupõe um entendimento criador e, por conseqüência, em que o finalismo necessariamente se associa à idéia de

multiplicidade. Inexistindo qualquer modelo prévio que configure uma unidade primordial ou não havendo qualquer fim prévio a ser perseguido, torna-se possível a emergência e a afirmação das singularidades e, por conseqüência, da multiplicidade. Vale ressaltar que a multiplicidade e a singularidade não são noções dissonantes, mas, ao contrário, se vinculam necessariamente. O singular envolve aquilo que não se refere a qualquer gênero superior de que seria espécie, recusando-se qualquer possibilidade de unificação dos seres singulares. A recusa da lógica estruturada pelas noções de gênero e espécie se apresenta como o caminho para a fundação de uma concepção de multiplicidade que não guarde qualquer relação com a idéia de unidade. O múltiplo que deriva do uno pode ser representado pelas espécies que derivam do gênero. Já o múltiplo em si exprime a recusa de que o real se configurar por formas ideais expressas nos diversos seres existentes representativos das mesmas.” GUIMARAENS, Francisco de. *Spinoza e o conceito de multidão: reflexões acerca do sujeito constituinte*. In: Direito, Estado e Sociedade. V. 9, n. 29, jul/dez 2006. P. 157-158.

[61] “Após a proposição II, P13, Espinosa enuncia dois novos axiomas: os axiomas II, 1 e II, 2, que apresentam os corpos como entes em movimento e em repouso, podendo mover-se mais ou menos rapidamente e mais ou menos lentamente – movimento, repouso e velocidade são as determinações mais simples de um corpo. Sete lemas e seis postulados, marcando a ruptura espinosana com a física cartesiana, distinguem os corpos não pela sua substância ou pela matéria, nem apenas pelo movimento e pelo repouso, mas por *proporções* de movimento e de repouso. Os corpos são ditos convir (*conveniunt*) sob certos aspectos: 1) porque são modos do mesmo atributo; 2) porque podem mover-se mais ou menos rapidamente e comunicar movimento uns aos outros. São determinados ao movimento ou ao repouso pela ação de outros corpos que também foram assim determinados; constituem um só corpo quando, aplicando-se uns aos outros ou quando, comunicando seus movimentos uns aos outros, formam uma união de corpos (*unio corporum*), que é um indivíduo. CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 133.

[62] SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 105.

[63] GUIMARAENS, Francisco de. *Spinoza e o conceito de multidão: reflexões acerca do sujeito constituinte*. In: Direito, Estado e Sociedade. V. 9, n. 29, jul/dez 2006. P. 159.

[64] “Há indivíduo singular quando os constituintes operam ou agem como causa única de ações. Aquilo que seria meramente extrínseco (uma reunião de componentes) torna-se intrínseco (uma união de constituintes)

quando percebido do ponto de vista da ação conjunta para a produção de um único efeito. Anuncia-se, portanto, a diferença entre mera composição e constituição pela presença do conceito de causa, isto é, de *potentia agendi*". CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 132.

[65] “Esse esforço de autopreservação em seu estado é descrito por Espinosa como sistema de afecções recíprocas entre os constituintes de um corpo e os corpos ambientes, pois o corpo humano é afetado ou movido por eles porque necessita de muitos outros que o regeneram e conservam na existência, podendo, por seu turno, mover ou afetar os demais corpos de inúmeras maneiras. Assim, a individualidade corpórea ou *unio corporum* define o corpo como singularidade complexa e como singularidade em relação contínua com outras. A unidade decorre da comunidade de operação dos constituintes, seja como operação intracorporal – a complexidade das partes de um só e mesmo corpo agindo umas sobre as outras -, seja como operação intercorporal – os constituintes do corpo operando sobre os corpos exteriores e deles recebendo operações. A conservação da forma do indivíduo corporal decorre dessas duas modalidades de operações quando nelas é conservada a proporção de movimento e de repouso do corpo.” Ibid. p. 134.

[66] Ibid. p. 135. E acrescenta: “Desde já podemos perceber por que Espinosa não precisará recorrer ao conceito de contrato para explicar a formação do sujeito político.”

[67] “É a racionalidade moderna adequada à subjetividade que se afirma como poder constituinte, além e contra o moderno? Certamente não pode ser. A racionalidade moderna é, como vimos, uma lógica linear que reconduz a multidão dos sujeitos à unidade e controla sua diversidade através da dialética. A racionalidade moderna é cálculo do indivíduo, dentro de uma transcendência que anula sua essência singular (...) Todos os efeitos dessa racionalidade se fazem sentir quando a teoria bloqueia o processo constituinte e funda as constituições modernas: este bloqueio acontece através da desterritorialização dos sujeitos, da neutralização de sua criatividade, da fixação da temporalidade e, assim, através de uma série de operações de normalização do movimento. O formalismo transcendental é a chave dessa racionalidade; a renúncia à realidade e à multidão, a sua condição; a construção do comando, o seu efeito. Sempre. A teoria do sujeito constituinte nos conduz para além dessas determinações. A sede da nova racionalidade é transferida para a ontologia. É preciso reencontrar as bases da nova racionalidade lá onde flui o trabalho vivo, onde o social encontra a sua respiração vital – no lugar em que formam as seqüências do agir e as pulsações criadoras. A forma da racionalidade, em sede ontológica, torna-se, pois, a relação entre

potência e multidão.” Negri, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 451-452.

[68] Ibid. p. 138-139.

[69] “...esforço, porque a perseverança pode ser freada ou impedida por causas externas; no ser porque persevera como indivíduo singular definido por uma potência interna; tanto quanto está em si, pois seu poder é determinado internamente pelo jogo das forças centrípetas e centrífugas, pela atividade e pela passividade. Seu esforço é a sua duração: atividade – passividade contínua e atual da *potencia existendi* e não sucessão descontínua de atos e virtualidades.” Ibid. p. 139.

[70] Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 47. “Acompanhando a concepção de *conatus* de Hobbes, que acrescentara à mecânica, fundada no princípio da inércia (ou do movimento contínuo), a dinâmica da pressão ambiental e do esforço infinitesimal vital e animal para vencer obstáculos externos e alcançar o estado de equilíbrio, Espinosa diverge de Hobbes sob três aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, porque afirma a indestrutibilidade intrínseca da essência singular, Espinosa formula a conservação ou perseverança no ser como proporcionalidade do *quantum* de movimento e de repouso sem se referir, como Hobbes, à velocidade; o *quantum* da proporção se exprime como *intensidade* atual da força. Em segundo, diferencia entre conservar o seu *estado* (válido apenas para os corpúsculos duros, fluidos e moles que compõe as partes dos corpos propriamente ditos) e perseverar em seu *ser*. Essa diferença, por um lado, reduz o princípio de inércia a um caso particular e subordinado ao *conatus* e, por outro, permite a eliminação de todo vestígio de virtualidade no esforço de autopreservação, pois o *conatus*, essência atual de uma coisa singular, não é “inclinação” ou “tendência” virtual ao movimento ou ao repouso. A distinção entre estado e ser acarreta duas conseqüências políticas decisivas: Espinosa não precisará, como Hobbes precisa, distinguir, no interior do *conatus*, entre *potentia* (o poder de) e o *jus* (a liberdade para), nem precisará, como Hobbes precisa, distinguir entre *potetia* (natural) e *jus civile* (positivo), o que, por sua vez, significa que não precisará introduzir um elemento mediador e legitimador do poder político, isto é, o *auctor* e a *auctoritas*. Finalmente, em terceiro, graças à idéia do indivíduo como integração e diferenciação interna dos constituintes e do princípio de aumento e diminuição da potência ou intensidade da força pelas relações com as potências externas, Espinosa pode conceber a liberdade para além da concepção hobbesiana, isto é, além de defini-la, como Hobbes, pelo não-constrangimento externo e pela vitória sobre os obstáculos externos, define-a primordialmente como causa eficiente interna adequada e, portanto, como força interna de autodeterminação ou como autonomia. Essa concepção de liberdade, deduzida do *conatus*, esclarece por que a democracia é definida por Espinosa como “o mais natural dos

regimes políticos”, enquanto Hobbes precisa considerar a monarquia como mais apta para a instituição da *Artificiall Person*, entendida como imposição de um limite ou de um obstáculo ao direito natural ou ao incessante desejo de mais poder.” Ibid. p. 139-140.

[71] LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 92.

[72] “O homem, com efeito, seja sábio ou ignorante, é parte da natureza e tudo aquilo por que cada um é determinado a agir deve atribuir-se à potência da natureza, na medida em que esta pode definir-se pela natureza deste ou daquele homem. Porque o homem, quer se conduza pela razão ou só pelo desejo, não age senão segundo as leis e as regras da natureza, isto é (...), por direito de natureza.” Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 13.

[73] Ibid. p. 15-18.

[74] SPINOZA, Benedictus de. *Tratado Teológico-Político*. 2ª ed. Lisboa: Martins Fontes, 2008, p. 234-235.

[75] Ibid. p. 237.

[76] Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 20. No mesmo sentido: “... o direito do estado, ou dos poderes soberanos, não é senão o próprio direito de natureza, o qual se determina pela potência, não já de cada um, mas da multidão.” Ibid. p. 25.

[77] “Diz-se livre a coisa que existe exclusivamente pela necessidade de sua natureza e por si só é determinada a agir. E diz-se necessária, ou melhor, coagida, aquela coisa que é determinada por outra a existir e a operar de maneira definida e determinada.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 13 (Definição 7 da parte I). Ainda: “Por virtude e potência compreendo a mesma coisa, isto é (pela pro. 7 da P. 3), a virtude, enquanto referida ao homem, é a sua própria essência ou natureza, à medida que ele tem o poder de realizar coisas que podem ser compreendidas exclusivamente por meio das leis de sua natureza.” Ibid. p. 269 (Definição 8 da parte IV) e “Chamo de servidão a impotência humana para regular e refrear os afetos. Pois o homem submetido aos afetos não está sob seu próprio comando, mas sob o do acaso, a cujo poder está a tal ponto sujeitado que é, muitas vezes, forçado, ainda que perceba o que é melhor para si, a fazer, entretanto, o pior.” Ibid. p. 263 (Prefácio da parte IV). No mesmo sentido, no *Tratado teológico político*: “É, com efeito, evidente que a natureza, considerada em absoluto, tem direito a tudo o que está em seu poder, isto é, o direito da natureza estende-se até onde se estende a sua potencia, pois a potencia da

natureza é a apropriada potência de Deus, o qual tem pleno direito a tudo. Visto, porém, que a potência universal de toda a natureza não é mais do que a potência de todos os indivíduos em conjunto, segue-se que cada indivíduo tem pleno direito a tudo o que está em seu poder, ou seja, o direito de cada um estende-se até onde se estende a sua exata potência (...) Se tivermos, além disso, em conta que os homens, quando não se entremeadam, vivem miseravelmente e que, quando não cultivam a razão, vivem escravos da necessidade, conforme demonstramos no capítulo V, veremos com toda a clareza que, para viver em segurança e o melhor possível, eles tiveram forçosamente de unir-se e fazer assim com que o direito natural que cada um tinha sobre todas as coisas se exercesse coletivamente e fosse determinado, já não pela força e pelo desejo do indivíduo, mas pelo poder e pela vontade de todos em conjunto.” SPINOZA, Benedictus de. *Tratado Teológico-Político*. 2ª ed. Lisboa: Martins Fontes, 2008, p. 234-237.

[78] Segundo Norberto Bobbio, o conceito lockiano é de liberdade negativa como ausência de obrigações, liberdade de dispor de sua propriedade e de sua pessoa dentro dos limites da lei, o que corresponderia ao espaço de liberdade burguesa. Já o conceito de igualdade corresponde à formal igualdade jurídica, uma situação de jurisdição recíproca, onde não há subordinação jurídica de um indivíduo a outro. O ideário liberal burguês está bem representado neste sentido, estando concepções de liberdade enquanto participação política (ativa) e igualdade material de fora do escopo da teoria em questão. Devemos atentar para o fato de que ambos os conceitos são essenciais para a elaboração de uma teoria do estado limitado, que é o escopo de Locke. BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997, p. 180.

[79] A crítica à concepção Lockiana levada a cabo por C. B. Macpherson gira em torno do que o autor identifica como raízes da teoria liberal-democrática, que aponta corresponderem à teoria e prática políticas do século XVII inglês. Ressalta a categoria a que chama individualismo possessivo, o individualismo oriundo do século XVII, cuja qualidade possessiva se encontra na concepção do indivíduo como proprietário de sua pessoa e de suas capacidades, nada devendo à sociedade, o que corresponde precisamente ao conceito de liberdade individual negativa. O individualismo egoístico baseado na concepção atomística de sociedade leva à uma compreensão de liberdade como o exercício da posse e de sociedade como relação de troca entre proprietários. “Foi então, no decorrer de uma prolongada luta no parlamento, uma guerra civil, uma série de experiências republicanas, a restauração da monarquia e uma revolução constitucional final que evoluíram todos os princípios que viriam a ser básicos para a democracia liberal (...) tanto na luta prática como nas justificativas Teóricas, foi ingrediente essencial uma nova crença no valor e nos direitos do indivíduo (...) O individualismo, como posição teórica básica, começa, no mínimo, há tanto tempo quanto tem Hobbes. Embora

suas conclusões não possam ser chamadas de liberais, seus postulados foram sumamente individualistas. Rejeitando os conceitos tradicionais de sociedade, justiça e lei natural, ele deduziu os direitos e os deveres políticos a partir dos interesses e das vontades dos indivíduos dissociados”[79] MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 13.

[80] “Todavia, quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade. E como não podemos supor que um ser racional troque a sua condição para pior, o poder da sociedade ou o legislativo constituído não é tampouco de se supor que se estenda para além do bem comum, ficando na obrigação de garantir a propriedade de cada membro, obstando aos três inconvenientes acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e arriscado.” LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 94.

[81] “Dado que os homens, como dissemos, se conduzem mais pelo afeto que pela razão, segue-se que não é por condução da razão, mas por algum afeto comum que uma multidão se põe naturalmente se acordo e quer ser conduzida como que por uma só mente, ou seja, por uma esperança ou medo comuns, ou pelo desejo de vingar algum dano comum. Como, porém, o medo da solidão existe em todos os homens, porque ninguém na solidão tem forças para poder defender-se e reunir o necessário para a vida, segue-se que os homens desejam por natureza o estado civil, não podendo acontecer que eles alguma vez o dissolvam por completo.” Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 47.

[82] “Ninguém, com efeito, pode alguma vez transferir para outrem o seu poder e, conseqüentemente, o seu direito a ponto de renunciar a ser um homem. Tampouco haverá soberano algum que possa fazer tudo à sua vontade (...) Julgo que a própria experiência ensina isso de forma bastante clara: jamais os homens renunciaram ao seu próprio direito e transferiram para outrem o seu poder em termos de tal maneira definitivos que aqueles que receberam das suas mãos o direito e o poder deixassem de os temer e que o Estado não estivesse mais ameaçado pelos cidadãos, ainda que privados do seu direito, do que pelos inimigos.” SPINOZA, Benedictus de. *Tratado Teológico-Político*. 2ª ed. Lisboa: Martins Fontes, 2008, p. 251.

[83] Contra a tese hobbesiana de um direito supremo a tudo, acima da lei e dos costumes, no qual se concentraria definitivamente, após o contrato, a potência de todos os súditos, Espinosa observa que a potência individual não é transferível por nenhuma espécie de contrato, uma vez

que ela constitui precisamente a essência dos seres vivos, a qual não é senão o *conatus*, o esforço de cada um para resistir tanto quanto possa ao que pode destruir ou reduzir-lhe a liberdade. Considerar, com efeito, a potência como equivalente ao direito implica, em primeiro lugar, deixar de pensar os indivíduos como entidades previamente definidas, com uma razão de ser, um modo justo de atuar e uma finalidade ou destino, para os pensar como singularidades interdependentes que se esforçam por se libertar, tanto quanto Possível, dos laços de dependência. Nesse sentido, Espinosa abandonará o binômio clássico direito-dever para o substituir, conforme observa Étienne Balibar, por um outro binômio de noções correlativas, a independência e a dependência, o estar ou não estar sob jurisdição de si próprio.” AURÉLIO, Diogo Pires. *Introdução: Potência e Direito*. In: Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. XVIII-XIX.

[84] “Direi que quem condena os tumultos entre os nobres e a plebe parece censurar as coisas que foram a causa primeira da liberdade de Roma e considerar mais as assuadas e a grita que de tais tumultos nasciam do que os bons efeitos que eles geravam; e não consideram que em toda república há dois humores diferentes, o do povo, e o dos grandes, e que todas as leis que se fazem em favor da liberdade nascem da desunião deles, como facilmente se pode ver que ocorreu em Roma (...) E não se pode ter razão para chamar de não ordenada uma república dessas, onde há tantos exemplos de *virtú*; porque os bons exemplos nascem da boa educação; a boa educação, das boas leis; e as boas leis, dos tumultos que muitos condenam sem ponderar: porque quem examinar bem o resultado deles não descobrirá que eles deram origem a exílios ou violências em desfavor do bem comum, mas sim a leis e ordenações benéficas à liberdade pública.” MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 21-22.

[85] “E se os tumultos foram razão para a criação dos tribunos, merecem sumos louvores; porque, além de concederem a parte que cabia ao povo na administração, tais tribunos foram constituídos para guardar a liberdade romana...” Ibid. o. 23.

[86] “O desenvolvimento [processo] da república romana demonstra muito bem como é difícil, na ordenação de uma república, prover a todas as leis que a mantenham livre, pois, não obstante muitas leis tivessem sido ordenadas primeiramente por Rômulo e depois por Numa, Tulo Hostílio, Sêrvio e, finalmente, pelos dez cidadãos constituídos para semelhante obra, no governo daquela cidade sempre eram descobertas novas necessidades que determinavam a criação de novas ordenações; foi o que aconteceu quando se constituíram os censores, numa das províncias que ajudaram a manter Roma livre durante o tempo em que ela viveu em liberdade.”Ibid. p. 144. No mesmo sentido Negri: “O movimento do poder



constituente é inesgotável – novamente e sempre, a “*virtú*” enfrentará a “fortuna”, o trabalho da sociedade entrará em confronto com o trabalho morto acumulado pelo poder. É nesta crise contínua, porém, que o poder constituinte vive, em busca de seu próprio devir.” Negri, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 423.

[87] “Espinosa recupera e aprofunda a definição maquiaveliana, transferindo-a para o horizonte da grande metafísica. Aqui, a trama da constituição do político é sustentada pela expansão progressiva e irrefreável da *cupiditas* como força determinante do processo de constituição do social, por sua vez determinada, na formação das instituições políticas, como resultante do entrelaçamento de uma multidão de singularidades. Portanto, ela é superada e sublimada pelo caráter absoluto da síntese democrática, como momento de plena interpenetração entre a vontade de todos e a soberania. Este processo é sempre constituinte, mas também é sempre conflituoso: a potência é ao mesmo tempo irreprimível e aleatória; o processo é sempre recomposto para ser mais uma vez interrompido por uma *cupiditas* que se torne paixão da sociedade e da soberania – e que depois transborda como amor que constitui, na multiplicidade, a própria imagem do deus vivo. *Um deus vivo democrático*.” Ibid. p. 423-424.

[88] CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 170. “Ele, contudo, não habituado ainda ao estado absoluto, não ousou qualquer tentativa e respondeu aos conselheiros que *além de ter aceite o reino dos aragoeses com as condições que eles conheciam e jurado observá-las religiosamente, e além de não ser de homem quebrar a palavra dada, estava intimamente convencido de que o seu reino permaneceria estável enquanto a segurança do rei não fosse maior que a dos súditos, de tal maneira que nem o rei preponderasse sobre os súditos nem, pelo contrario, os súditos sobre o rei. Com efeito, se uma parte ficasse mais potente do que a outra, a parte mais fraca esforçar-se-ia não só por recuperar a igualdade anterior, mas também por retribuir à outra os danos que dela recebera, de onde se seguiria a ruína de uma delas ou de ambas*. Eu jamais poderia, sem dúvida, admirar o bastante tão sábias palavras, se elas tivessem sido pronunciadas por um rei habituado a mandar em escravos e não em homens livres.” Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 84.

[89] “A radicalidade de Spinoza está em nos dizer que, na ausência da adequação entre a vontade do soberano e a da cidade (adequação que é “tão difícil quanto rara” visto que ele próprio reconhece, no início do seu último parágrafo do capítulo VII do *TP*, que nenhum Estado foi instituído segundo as condições de uma paz verdadeira), é bem um regime de guerra, latente ou manifesto, que reina necessariamente no próprio cerne

do mundo considerado comum. Spinoza nos conduz então a uma solução política de afirmação positiva da paz que repousa paradoxalmente sobre o reconhecimento afirmado do direito de guerra da multidão como direito de resistência à dominação. Para que uma adequação entre as duas vontades (a da cidade e a do soberano) possa realmente se afirmar e se manter, isto é, para que o comum do Direito comum do Estado possa afirmar o Direito comum da multidão, é sobre o direito de guerra (o *jus belli*) da própria multidão – ou seja, o desejo de cada um de não ser dirigido por seu igual [e o vivo sentimento de injustiça experimentado se este desejo for desprezado] – que deverá se apoiar o regime de paz verdadeira e uma vida humana”, numa vigilância permanente em face do exercício do poder soberano instituído.” BOVE, Laurent. *Direito de Guerra e Direito Comum na Política Spinozista*. Tradução de Bernardo e Marcelo Barata Ribeiro. In: Revista Conatus – Filosofia de Spinoza – volume 2 – número 4 – dezembro de 2008, p 93-94.

[90] “Um afeto não pode ser refreado nem anulado senão por uma feto contrario e mais forte do que o afeto a ser refreado.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 275 (Proposição 7 da parte IV). Ainda: “É, além disso, certo que cada um prefere governar a ser governado.” Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 66.

[91] “O afeto, ou a *cupiditas*, é a essência atual de um ser humano e, na qualidade de essência, possui causas necessárias determinadas e produz efeitos necessários determinados. Da mesma maneira, a práxis política não transcorre num mundo humano contingente nem nasce da deliberação voluntária e racional sobre um possível, mas funda-se no *conatus* e na potência necessária que define a essência atual de cada singularidade humana e suas operações determinadas na ordem necessária da natureza (...) O discurso político (contrariamente à teologia política) fala de uma “ordem das coisas” que não é transcendente aos agentes e à sua experiência, nem é uma ordem assentada na distinção entre essência Possível e existência fática contingente (como faz a tradição platônico-aristotélica cristianizada), nem é, portanto, a ordem normativa do dever-ser precariamente contraposta à contingência ou ao poder ser ou não ser das ações humanas, mas é “uma experiência ordenada nela mesma” porque nela os acontecimentos e as ações não são a superfície contingente de uma necessidade insondável (destino ou providência, à maneira estóica), nem a necessidade aparente imposta por uma Providência (cristã), que tudo causa contingentemente, e sim uma lógica de forças concordantes e conflitantes que instituem a lógica do poder e o exercício da liberdade. Com efeito, somente a crítica do imaginário da contingência pode alcançar uma política na qual poder e liberdade não se excluem.”. CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 151-152.

[92] “Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme sua própria natureza, isto é agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. Ora, todo poder concedido como encargo para se obter certo objetivo é limitado por esse mesmo objetivo, e sempre que este for desprezado ou claramente contrariado, perde-se necessariamente o direito a este poder, que retorna às mãos que o concederam, que poderão depositá-lo em quem julguem melhor para garantia e segurança próprias. Por isso, a comunidade sempre conserva o poder supremo de se salvaguardar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos (...) Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo.” LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 109.

[93] “Da cidade cujos súditos, trânsitos de medo, não pegam em armas, deve antes dizer-se que está sem guerra do que dizer-se que tem paz. Porque a paz não é a ausência de guerra, mas virtude que nasce da fortaleza de ânimo: a obediência, com efeito, é a vontade constante de executar aquilo que, pelo decreto comum da cidade, deve ser feito. Além disso, aquela cidade cuja paz depende da inércia dos súditos, os quais são conduzidos como ovelhas, para que aprendam só a servir, mais corretamente se pode dizer uma solidão do que uma cidade.” Ibid. p. 44-45. Ainda: “Thus the only way rule of law can be upheld in monarchies, and ‘people can preserve a considerable measure of freedom under a King’, holds Spinoza, here diametrically at odds with Hobbes, is if every conceivable precaution is taken to ensure Royal authority is checked by the people’s Power and armed might. Weapons in the citizens’ hands are as vital for defending the people’s interest in Spinoza as in van den Enden and the brothers de La Court, crucial that is not only against external enemies but also one’s own king (where one is unfortunate enough to have one), as well as oligarchs and usurpers of whatever sort.” ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 237-238.

[94] CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 170.

[95] “Porque os homens não nascem civis, fazem-se (...) Da cidade sujo súditos, transidos de medo, não pegam em armas, deve antes dizer-

se que está sem guerra do que dizer-se que tem paz. Porque a paz não é ausência de guerra, mas virtude que nasce da fortaleza de ânimo: a obediência, com efeito (*pelo art.19, cap. II*), é a vontade constante de executar aquilo que, pelo decreto comum da cidade, deve ser feito. Além disso, aquela cidade cuja paz depende da inércia dos súditos, os quais são conduzidos como ovelhas, para que aprendam só a servir, mais corretamente se pode dizer uma solidão do que uma cidade.” Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 44-45. Ainda: “Mas, se a servidão, a barbárie e o isolamento se devem apelidar de paz, então não há nada mais miserável para os homens do que a paz (...) É, portanto, do interesse da servidão, não da paz, transferir todo o poder para um só: porque a paz, como já dissemos, não consiste na ausência de guerra, mas na união ou concórdia dos ânimos.”Ibid. p. 49.

[96] “A filosofia política moderna não nasce da administração, mas do medo. Sua racionalidade só é instrumento de ordenação se também for instrumento de repressão. A angustia é a causa e a repressão, o efeito da racionalidade instrumental. O moderno é, assim, a negação de toda possibilidade de que a multidão possa se exprimir como subjetividade. Numa primeira definição, o moderno consiste nisso. Portanto, não é estranho, nem pode ser considerado imprevisto, que ao poder constituinte não possa ser concedido espaço algum. Quando ele emerge, deve ser reduzido à extraordinariedade; quando se impõe, deve ser definido como exterioridade; quando triunfa sobre toda interdição, exclusão ou repressão, deve ser neutralizado num “termidor” qualquer. O poder constituído é esta negação.” Negri, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 448.

[97] “A potência da multidão, os diferentes graus de uma *cupiditas* constitutiva, a transformação dessa densidade e dessa complexidade de processos em união e amor são, pois, as determinações que constituem necessariamente o novo ser social. A fenomenologia de Maquiavel se desloca imperceptivelmente no projeto metafísico de Espinosa – e aqui, sem perder as suas características materiais, o poder constituinte se traduz em projeto criativo, em plena dilatação da potência. Justamente ao tomar as contradições e os conflitos entre as paixões como pano de fundo do processo, o poder constituinte se realiza como tendência: ele se reabre sempre, e sempre se redefine como absoluto nesta reabertura. Ele está no real, está a guerra e na crise, e esta é a divindade do mundo.” Ibid. p. 424.

## **IMPORTÂNCIA DO TRÂNSITO NA HISTÓRIA E AS MUDANÇAS IMPLEMENTADAS NO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

**ANA LUIZA RANGEL  
NOGUEIRA:** Advogada formada pela  
Universidade Cândido Mendes.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta as mudanças implementadas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro no que concerne ao crime de embriaguez ao volante, em especial, as modificações referentes à infração administrativa, ao crime de embriaguez ao volante e sua natureza jurídica.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. HISTÓRICO DO TRÂNSITO NO BRASIL 3. RESUMO DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB) 4. MUDANÇAS IMPLEMENTADAS AO CTB PELA LEI 11.705/08 5. MUDANÇAS IMPLEMENTADAS AO CTB PELA LEI 12.971/14 6. CONCLUSÃO 7. REFERÊNCIAS

**Palavras chave:** Lei seca, Código de Trânsito Brasileiro, Embriaguez ao volante.

---

### **1 – INTRODUÇÃO**

Através de uma síntese do histórico do trânsito no Brasil acompanhado da evolução das legislações de trânsito, foram observadas as principais características do Código de Trânsito Brasileiro, bem como as alterações a cerca das mudanças inseridas pela lei 11.705/08 e através da lei 12.971/14.

O tema discutido está tanto na mídia quanto nos tribunais e é de grande importância na sociedade eis que os acidentes de trânsito crescem a cada ano e em sua grande maioria, são por causa da combinação álcool e direção.

Foram juntados os principais pontos do Código Brasileiro de Trânsito que evoluíram e foram mudados, bem como as consequências que a sociedade sofreu por conta dessas mudanças.

### **2 – HISTÓRICO DO TRÂNSITO**

A necessidade da locomoção sempre existiu, sendo imprescindível a existência de um meio de transporte ainda nas civilizações antigas. Os egípcios,

por exemplo, usavam a carreta puxada pelos bois como meio de transporte familiar como pode se ver pelos monumentos da Antiguidade.

Já os romanos tiveram que criar um sistema rodoviário avançado para o deslocamento de suas tropas, e por causa disso, ainda se diz popularmente que todos os caminhos dão em Roma.

Com relação à legislação da época, podia ser percebida a prioridade dada ao trânsito terrestre sobre o marítimo, pois era necessário unir as províncias do Império Romano que se estendiam desde a Península Ibérica até a Síria, bem como a necessidade de deslocamento das suas tropas.

A preocupação com as estradas só veio séculos mais tarde na Espanha que passou a considerar o Caminho para Santiago de Compostella um bem publico, e por consequência, todos poderiam usá-lo e não poderia ser adquirido por meio de usucapião. A partir disso, passou-se a reclamar a proteção a esses e seus usuários, surgindo então “a Paz do Caminho, como forma de paz especial, ou seja, “ao gozar de uma paz especial, [o caminho] é equiparado a instituições medievais tão importantes quanto o próprio Rei, seus funcionários e seu exército (...). Ao proteger-se o lugar, também protegia por extensão as pessoas que por ele transitavam.” Assim, - conclui o autor – “na Idade Média, ao constituir o caminho um centro de vida jurídica, surge o verdadeiro Direito do Caminho” (HONORATO, 2004, p. 3).

No início do século XX, a produção automobilística alcançou seu apogeu, tendo como consequência a crescente construção de estradas e o surgimento de moderna legislação de trânsito na Europa.

Como consequência à importância dada às estradas, ocorreu a supranacionalidade do trânsito, que pode ser vista em estágio avançado na União Europeia que conta com a livre circulação de pessoas e mercadorias, ou mesmo nas Américas, que tem, por exemplo, a Estrada Pan-Americana Washington-Brasília de cerca de 28.000km.

Já no Brasil, com a colonização Portuguesa, e diante do profundo atraso brasileiro, aconteceu o episódio chamado “bifurcação brasileira”, ou seja, “a transplantação do organismo jurídico-político português (sic) para esta região da

América” (HONORATO, 2004, p. 18), eis que os indígenas não vislumbravam nenhum dinamismo ou semente de progresso quando encontrados aqui.

Evidentemente que no Brasil Colônia, devido ao extenso litoral e a vocação marítima aprimorada, predominava o transporte marítimo e fluvial. Sendo o transporte de cargas e pessoas sendo realizado através de trilhas indígenas.

Durante o período colonial, os centros urbanos eram rústicos e simples em relação à ocupação de lotes, residências e traçado das ruas. O principal meio de transporte eram os animais. As casas que definiam as ruas e nem sempre elas eram alinhadas e tinham calçadas como somos acostumados de ver.

Com a chegada da família real portuguesa em 1808, o Brasil sofreu grandes transformações. As cidades, finalmente, começaram a se organizar nos moldes e padrões europeus.

O Rio de Janeiro, por abrigar a família real, sofreu uma série de melhorias, tornando-se o centro político, administrativo, financeiro e social do país.

Apesar da rede rodoviária tem sido o principal fator de integração brasileira, apenas 9.2% das estradas tenham sido pavimentadas até o início do século X. Temos cerca de 1.649.239,20 quilômetros de estradas computadas até tal período, conforme estatística apresentada no Livro 500 anos de trânsito no Brasil. (RODRIGUES, 2000, p. 15).

Ainda que haja um déficit com relação às estradas e rodovias, elas cobrem a maior parte do país e são o meio de locomoção mais eficaz e utilizado aqui.

Tal importância dada às rodovias em detrimento às ferrovias ou hidrovias é totalmente ligada ao forte investimento dado pela indústria automobilística no Brasil, principalmente a partir de 1950.

Foi a indústria automobilística que construiu a base do modelo econômico brasileiro pós-guerra, o que levou ao esquecimento da indústria ferroviária desde 1991.

Com a chegada dos primeiros automotores e mediante a influência de Washington Luis Pereira de Souza, foi construída a Estrada do Vergueiro, em 1917, entre Santos e a capital paulista, completamente asfaltada.

Dentre os textos legais que tratavam de trânsito a época, podemos destacar: a) Postura Municipal do Rio de Janeiro n. 858, de 15 de abril de 1902, que determinava a velocidade máxima de 10km/h na região urbana do então Distrito Federal, 20km/h na região suburbana e 30km/h na região rural; b) Decreto n. 8324, de 27 de outubro de 1910, o qual aprovou o serviço subvencionado de transporte por automóveis; c) Decreto Legislativo n. 4460, de 11 de janeiro de 1922, que autorizou a subvenção ao Distrito Federal e aos estados que construíssem e conservassem estradas de rodagem nos respectivos territórios; d) Decreto Legislativo 5141, de 5 de janeiro de 1927, que criou um fundo especial para construção e conservação de estradas de rodagem federais; e) Decreto n. 18323, de 24 de julho de 1928, que aprovou o regulamento para a circulação internacional de automóveis, no território brasileiro e para sinalização, segurança do trânsito e polícia das estradas de rodagem. (RODRIGUES, 2000, pp. 23 e 24)

Com relação às penalidades impostas, poderiam ser desde multas, as quais seriam cobradas em dobro no caso de reincidência, bem como a apreensão do veículo e animais para que fosse garantido o pagamento destas multas e impostos. Não sendo satisfeita a multa, os bens poderiam ser levados à praça. Também poderia haver a cassação temporária ou definitiva da habilitação nos casos em que ficasse comprovada a incompetência ou falta de idoneidade ou prudência para continuar a exercer a profissão ou conduzir o veículo, ou mesmo, quando suspensa a habilitação, se não respeitada, a mesma poderia ser cassada definitivamente.

Curiosamente no art. 86 do Dec. 18.323/1928, qualquer pessoa poderia levar as infrações ao conhecimento de quem de direito, inclusive tendo o direito a metade do valor da multa.

Com o passar do tempo, assim como as legislações foram evoluindo, as cidades também cresceram sem muito planejamento. No ano de 2000,



(...) transitavam cerca de 165 milhões de pessoas, a grande maioria conduzida pelos mais de 30.939.466 de veículos registrados (ônibus, automóvel, motocicletas, caminhões etc.). E, pelo que leva a crer, as cidades continuaram crescendo, pois segundo projeções do IBGE, daqui a duas décadas, em 2020, o Brasil terá atingido o número de 200.306.300 habitantes e, aproximadamente, de 137 milhões de veículos. (RODRIGUES, 2000, p.75)

A solução para esse problema seria uma rede de transportes públicos eficientes. Porém, seu objetivo que seria satisfazer a todas as classes, com conforto, qualidade, acessibilidade e segurança, não conseguiu ser atingido.

A disponibilidade da rede de ônibus é precária e decadente. As cidades de São Paulo e Rio de Janeiro estão entre as metrópoles que mais perderam passageiros nos últimos anos. São Paulo transportava 10 milhões de passageiros por dia e, hoje, transporta apenas 8,5 milhões. Já no Rio, onde eram transportados 4 milhões de passageiros diariamente, esse número caiu para 2,5 milhões. Tal fato se deve, principalmente, ao aumento das tarifas tornando-as incompatível com o salário mínimo, bem como a prioridade dada pelo governo aos automóveis.

Deveria haver a obrigatoriedade do Poder Público em viabilizar transporte público alternativo adequado. É inviável que à noite cessem os serviços do Metrô, sejam reduzidos os horários de circulação de ônibus, cujos motoristas não são regularmente fiscalizados, sem contar o péssimo estado dos táxis, que cobram bandeira dois e são conduzidos por motoristas cada vez menos preparados.

As pessoas e os veículos conduzidos por elas locomovem-se, diariamente, para garantir o direito de ir e vir do cidadão. Entretanto, muitos não compreendem que o espaço por onde transitam é público, ou seja, pertence a todos, criando assim, uma guerra surda dos egoístas que é um fenômeno característico da atualidade.

Atualmente, o carro acabou sendo mais do que um meio de locomoção, é o meio capaz de inserir o cidadão na sociedade. Com certeza para muitos, ainda não passa de um meio eficaz de locomoção, enquanto que para outros, significa,

também, inclusão. Não há discussão de que o automóvel revolucionou a nossa época.

Diante da crescente importância dada aos automóveis, o Brasil teve que adotar técnicas para evitar os acidentes. Elas foram feitas de uma maneira que mostrasse à população cenas de trânsito estupidamente trágicas. Tais técnicas são denominadas campanhas educativas de trânsito.

Sabemos também que os acidentes de trânsito são comuns em metrópoles, sendo parte considerável deles causado por embriaguez. Então, motoristas embriagados são um problema existente (e recorrente) e que deve ser solucionado para a segurança de todos. O foco do problema está em dois pontos principais: o condutor não beber acima do nível permitido de álcool e a fiscalização apanhar aqueles que ultrapassarem os limites. A Lei 11.705/08 que alterou o CTB, conhecida também como Lei Seca, atinge o primeiro caso.

Sabe-se que:

O álcool foi o responsável por 76.6 mil acidentes de trânsito com vítimas ocorridos no ano passado no Brasil. Significam 30% dos 255 mil acidentes registrados em todo país nesse período. Um total de 25 mil pessoas morreram e outras 321 mil ficaram feridas nesses acidentes. Estima-se que um terço dessas pessoas – 7.6 mortos e 96.3 feridos – tenham sido vítimas de motoristas que dirigiam embriagados. (RODRIGUES, 2000, p. 93)

Por fim, embora a fiscalização tenha melhorado bastante, ainda estamos longe de ser exemplares. Motoristas hoje em dia se utilizam de redes sociais na internet para saber onde está a fiscalização e, com isso, trocam suas rotas para que possam beber e dirigir sem que se preocupem.

É importante ressaltar que a abrangência e aplicabilidade dos códigos de trânsito com o passar do tempo foram sendo aprimoradas.

Em um primeiro momento, no art. 1º do Decreto Lei n. 2.994/41, o qual regeu o primeiro Código Nacional de Trânsito, tinha em seu texto: “A circulação

de veículos automotores de qualquer natureza, nas vias terrestres, abertas à circulação pública, em qualquer ponto do território nacional”.

Diante dessa norma, percebemos três limitações que merecem destaque: 1ª) as vias não abertas à circulação pública como condomínios fechados e vias publicas que não fossem de uso comum, encontravam-se afastadas da aplicabilidade do dispositivo legal; 2ª) deslocamentos a pé, a cavalo, ou por meio de veículo movido a tração animal e propulsão humana também ficavam de fora e 3ª) ao ser empregada a palavra circulação, importantes ações de trânsito como estacionamento e parada também ficavam de fora da regulamentação do Decreto Lei 2.994/41.

Já o segundo CNT, que veio através do Decreto Lei n. 3.651/41, apenas substituiu a palavra circulação por trânsito, tendo como consequência a eliminação da 3ª limitação citada, pois agora o estacionamento e a parada poderiam ser regulamentados.

A Lei n. 5.108/66 veio para ampliar mais ainda a incidência do CNT, pois além de manter afastada a 3ª limitação, com relação ao estacionamento e parada, mas também afastou a 2ª limitação, já que seu texto não havia só relação com os veículos automotores, mas também todos os outros veículos, pessoas e animais que utilizassem vias terrestres abertas a circulação pública.

Por fim, com o atual Código de Trânsito Brasileiro, houve a quebra de todas as limitações impostas pelo então primeiro CNT, tendo por isso a aplicação mais ampla até hoje já vista. Tal fato se materializou por conta do art. 1º da Lei 9.503/97 que diz: “O trânsito de qualquer natureza, rege-se por este Código”, como se pode perceber o limitador público não foi inserido no texto legal.

### **3 – RESUMO DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

O nosso atual Código de Trânsito Brasileiro é criticado por alguns autores que acreditam que seu nome correto deveria ser Código de Trânsito Nacional, já que o trânsito não é brasileiro e sim nacional.

Dentre as inovações trazidas pelo nosso código, uma das principais é norma legal presente no Capítulo XIX, que trata dos Crimes de Trânsito, dividido em parte geral e parte especial.

Diferentemente do que havia sido visto anteriormente, a atual lei de trânsito concentra em um único corpo legislativo as normas de trânsito, tendo em vista que anteriormente a legislação de trânsito era toda retalhada, sendo muito dificultosa sua compreensão.

Os veículos foram criados para transportar as pessoas e transportar as coisas, servindo para cumprir a função vital e o direito adquirido de ir e vir e transitar.

Segundo o atual Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9503 de 23 de setembro de 1997, em seu art. 1º, parágrafo 2º, o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

Porém, vem sendo difícil para o Governo assegurar esse direito. O crescimento populacional, o aumento do volume de veículos, a falta de planejamento urbano e a concentração de automóveis em determinadas regiões das cidades acabam por ser a principal dificuldade a ser enfrentada para a locomoção no espaço público.

Como intuito de garantir o direito ao trânsito em condições seguras, foi editado o atual CTB com novas normas administrativas e penais, as quais visam reduzir o número de acidentes envolvendo veículos automotores.

Dentre as novidades, cabe destacar a criação da multa reparatória e da pena de suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir, bem como da criação de novas figuras penais como o crime de fuga do local do acidente, embriaguez ao volante, excesso de velocidade em alguns locais.

Porém,

O número de acidentes de trânsito em nosso país assume o caráter de verdadeira calamidade

pública. Ao cabo das férias escolares, a cada final de semana prolongado, as estatísticas traçam um perfil aterrorizante da situação nas estradas. São milhares de vítimas da imprudência. Mortos e feridos que engrossam melancólica lista, ceifando vidas inocentes, com prejuízos irreparáveis de ordem emocional e mesmo para o Estado, obrigando muitas vezes – depois – a zelar pela recuperação dos feridos. Dentre tais acidentes, muitos são cometidos, quer nas estradas, quer nas vias urbanas, com o agente em estado de embriaguez. Algo precisava ser feito. Era evidente que o CTB, ao permitir a aplicação dos Juizados especiais criminais aos crimes de embriaguez, racha e lesão corporal culposa (mesmo embriagado o agente), já não mais cumpria qualquer papel repressor. Chegava a ser constrangedor a situação que se estabelecia em uma audiência para fins de transação penal, na qual o agente, após ter sido surpreendido em estado avançado de embriaguez, se aplicava uma pena de cesta básica. Pior quando se tratava de uma lesão corporal culposa, com a vítima presente à audiência. Frustrada a composição civil dos danos, cabia ao Promotor de Justiça encaminhar a esdrúxula proposta, para a surpresa da vítima, espantada com a desproporção entre a lesão que suportou e a resposta estatal. (GOMES e CUNHA, 2010, p. 1065).

Conforme o disposto no art. 292 do CTB, “a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades” Deve ter, ainda, duração de no máximo cinco anos e mínimo de dois meses, nos termos do art. 293.

Tal período é bastante elástico, e cabe ao julgador eleger o tempo de duração da medida que melhor se adegue ao caso, tendo em vista os

antecedentes do acusado, a gravidade do crime, a forma pela qual foi o mesmo perpetrado.

Suspender a possibilidade de pilotar veículo automotor de um motorista profissional, que obtém no exercício da profissão sua forma de subsistência, não será o mesmo, decerto, de impor igual medida a um estudante, que utiliza seu automóvel como mera forma de transporte. (...) A jurisprudência tem sugerido que, aplicada a pena principal no mínimo, seja a pena acessória (de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para condução de veículo automotor), também dosada em seu patamar mínimo. Trata-se, contudo, de regra que não é absoluta, a depender da análise do caso concreto. (GOMES e CUNHA, 2010, pp. 1067 e 1068).

Nos crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas praticados na condução do veículo automotor, direção em estado de embriaguez, violação de suspensão ou proibição e participação em competição não autorizada (racha), a lei prevê não só a aplicação dessas penas juntamente com a pena privativa de liberdade, bem como a pena de multa. No entanto, os demais crimes, ainda que prevejam a pena de suspensão ou proibição da permissão ou habilitação, só poderão ser aplicadas quando o réu for reincidente na prática do crime previsto no CTB.

A suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação está disposta tanto no Código Penal, no art. 47, III, como no Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 292.

Dentre as diferenças entre as citadas normas legais, no Código Penal, só está disposta a suspensão, ou seja, deve-se partir do princípio que apenas quem já é habilitado pode sofrer esse tipo de pena. Ademais, conforme o art. 44, do próprio CP, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, tendo, por isso, a mesma duração da pena privativa de liberdade, primeiramente imposta.

Já em se tratando da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação trazida pelo CTB, também chamada de interdição temporária de direitos, não tem caráter substitutivo, ou seja, não substituem a pena privativa de liberdade fixada pelo mesmo tempo de duração, sendo, cominadas abstratamente, tendo, inclusive, seus limites impostos pela lei. Por tal fato, podem ser aplicadas cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

Por causa do advento dessa nova penalidade prevista no CTB, a pena restritiva de direitos disposta no CP, em seu art. 47, III, não é mais utilizada nos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, eis que foi cominada a nova interdição temporária de direitos.

Não teria sentido, por exemplo, no crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, substituir a pena privativa de liberdade pela suspensão de habilitação prevista no Código Penal e cumulá-la com a suspensão ou proibição da nova Lei. É possível, no entanto, substituir a pena privativa de liberdade concretamente fixada por outra restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, e cumulá-la com a nova interdição de direitos, já que não são incompatíveis ou redundantes. (CAPEZ, 2011, p. 307)

Cabe ressaltar que todos os crimes culposos de trânsito passaram a ser punidos com a interdição temporária de direitos, levando, por isso, a uma revogação tácita do art. 47, III do CP.

Por fim, deve-se dizer que,

Há entendimento jurisprudencial no sentido de se impor ao motorista profissional a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, traduzir-se-ia em verdadeira inconstitucionalidade, na medida em que ele se acharia privado de exercer sua profissão. Prevalece, no entanto, o entendimento de que essa

pena tem expressa previsão legal e, portanto, sua imposição é obrigatória, em atendimento ao mandamento legal. É a posição do Superior Tribunal de Justiça. (GOMES e CUNHA, 2010, p. 1081).

Diferentemente do que era visto há décadas atrás e em decorrência dos avanços da Vitimologia,

(...) rompendo com o modelo processual penal clássico, que inspira nosso processo, prevê a possibilidade de, por meio de uma sentença penal condenatória, ser imposta uma multa reparatória que será revertida em prol do ofendido. Dá-se, assim, uma valorização da vítima, tão ignorada em nosso sistema, mais preocupado com a relação Estado e réu. Nesse passo, o CTB seguiu orientação inaugurada pela Lei 9.099/95 fortemente comprometida com a figura do ofendido, cuja presença é reclamada para fins de transação penal e suspensão condicional do processo. (GOMES e CUNHA, 2010, p. 1072).

O CTB adotou a linha doutrinário-vitimológica atual, em seu art. 297, impondo que:

Art. 297 - A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

Esse instituto só se aplica aos crimes cometidos na direção do veículo automotor e desde que resulte prejuízo material para a vítima, sendo, portanto, restrita aos crimes de homicídio culposo, lesão corporal culposa e omissão de socorro, uma vez que apenas nestes existe a figura do ofendido. Não sendo aplicado nos crimes de perigo, exatamente por não haver um dano material concreto.



Para Fernando Capez, embora o art. 297 fale em penalidade de multa reparatória, a mesma não deve ser entendida como pena, já que,

(...) a condenação criminal transitada em julgado torna certa a obrigação de reparar o dano (CP, art. 91, I). A vítima ou seus familiares não precisarão ingressar com uma demorada ação de conhecimento, pelo rito ordinário, para obter indenização civil. Em poder da certidão da condenação definitiva, basta que promovam a liquidação do valor do dano (ação de liquidação por artigos) para, em seguida, executarem-no no respectivo juízo cível. Trata-se de um efeito genérico, incidente sobre todas as infrações penais, e automático, porque independe de manifestação do juiz na sentença. Sendo assim, não há necessidade de cominação específica no tipo incriminar, já que não se trata de pena. (CAPEZ, 2011, pp. 312 e 313)

Ressalta-se que a multa reparatória nada tem a ver com a pena pecuniária, esta sim, é prevista apenas em alguns delitos como arts. 304 e 312 do CTB.

No Código Penal, em seus arts. 61 e 62 há a previsão de agravantes genéricas que só se aplicam aos crimes dolosos. Por causa disso, o legislador na legislação de trânsito se atentou a este fato para estabelecer agravantes cabíveis aos delitos de trânsito em geral, tanto os dolosos quando os culposos, devendo as mesmas serem aplicadas na fase de fixação da pena.

Dentre as agravantes dispostas no CTB, podemos destacar o art. 298, que são aplicadas quando o motorista do veículo tiver cometido a infração: a) com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros (inciso I); b) utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas (inciso II); c) sem possuir Permissão para dirigir ou Carteira de Habilitação (inciso III); d) com Permissão para dirigir ou Carteira de Habilitação de categoria diferente da do veículo (inciso IV); e) quando a sua profissão ou atividade exigir cuidados especiais com o transporte de passageiros ou de carga (inciso V); f) utilizando veículo em que se tenha sido adulterados equipamentos ou

características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante (inciso VI); g) sobre faixa de trânsito temporária ou permanente destinada a pedestres (inciso VI).

Conforme o disposto no art. 16 do Código Penal, tem sido admitida a aplicação do instituto do arrependimento posterior ao crime de homicídio culposo, permitindo a redução da pena de 1/3 a 2/3 quando os crimes são cometidos sem violência ou grave ameaça. Isso acontece, pois o homicídio culposo é visto como um crime de violência involuntária, e por isso não ficaria afastada essa causa de redução de pena.

Diante disso, há divergência quanto ao critério utilizado para apurar o quantum de redução.

Damásio E. de Jesus, por exemplo, sustentam que deve ser levada em conta a presteza da reparação do dano, ou seja, quando mais rápida a conduta reparadora, maior a diminuição de pena. De outro lado, Heleno Claudio Fragozo entende que a redução deve manter relação de proporcionalidade com o quantum da reparação prestada.

Parece-nos, em verdade, que o melhor critério é o primeiro, uma vez que entendemos incabível a aplicação do instituto quando a reparação não é integral. (CAPEZ, 2011, p. 323)

Ademais, se o texto balizasse o quanto a pena poderia ser agravada, estaríamos diante de uma causa especial de aumento (como ocorre nas hipóteses dos incisos I a IV do art. 302, parágrafo único, do CTB) e não de uma agravante genérica. Tendo como consequência, uma maior necessidade de fundamentação das causas que levaram ao Magistrado a optar pelos valores aplicados. (GOMES e CUNHA, 2012, p. 1075)

Deve-se ressaltar que se a reparação do dano ocorrer antes do oferecimento da denúncia, a vítima perderá o seu direito a representação, ressalvando-se os casos em que os crimes deixam de se sujeitar a ação penal

publica condicionada a representação e tornam-se ação penal pública incondicionada conforme o disposto no §1º do art. 291 do CTB.

Assim, sendo ação penal pública condicionada a representação ou incondicionada, caso haja a reparação do dano antes da sentença de primeira instância, haverá a incidência da atenuante genérica do art. 65, III do Código Penal.

No tocante às causas de aumento de pena, a legislação de trânsito brasileira estabelece algumas hipóteses em que a pena poderá ser aumentada de 1/3 a 1/2. Entretanto, não pode o magistrado reconhecer mais de uma causa de aumento por causa de vedação expressa do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, devendo, portanto, majorar o aumento de acordo com a quantidade de causas de aumento presentes.

Assim, de acordo com o art. 302, §1º, e art. 303, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro, no homicídio culposo ou lesão culposa cometida na direção de veículo automotor, a pena poderá ser aumentada quando: a) o agente não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação, não sendo punido pelo crime autônomo de dirigir veículo na via pública sem permissão ou habilitação; b) quando praticada na faixa de pedestres ou na calçada, entendendo o legislador que o crime culposo nesses casos é mais grave, não havendo distinção entre o condutor perder o controle e adentrar a calçada atingindo os pedestres ou mesmo quando estiver saindo da garagem, bem como, efetuando alguma manobra e em razão da desatenção, acabar atingindo algum pedestre; c) ao deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a vítima do acidente, devendo-se ressaltar que essa causa de aumento é apenas para os crimes culposos, já que nos crimes dolosos, ao deixar de prestar socorro, o condutor estará incurso também no crime de omissão de socorro presente no art. 304 do CTB; d) o agente estiver no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros, destacando-se que o instituto não deixará de ser aplicado ainda que o veículo esteja vazio ou quando está sendo conduzido até a empresa após o término da jornada, portanto, sendo aplicado mesmo que o resultado tenha alcançado pessoa que não esteja dentro do veículo; e) se o condutor estiver sob influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos, ressaltando-se que esta previsão estava no

inciso V do art. 302, mas foi suprimido pela Lei Seca (lei 11.705/08) e mais adiante explicaremos o porquê.

Por fim, cumpre salientar que algumas causas especiais de aumento de pena também são consideradas agravantes genéricas.

Assim, por exemplo, a falta de habilitação para dirigir veículo automotor. Tanto é uma agravante genérica (art. 298, III), como é uma causa especial de aumento de pena (art. 302, parágrafo único, I). Quando se verificar essa hipótese, é evidente que o juiz não poderá considerar as duas situações, majorando duplamente a pena, pois incorreria em indesejável bis in idem. Tratando-se, pois, de homicídio culposo – e também de lesão corporal culposa nos termos do art. 303, parágrafo único, do CTB –, sendo idênticas a agravante genérica e a causa especial de aumento de pena, deve ser observada apenas a última. (GOMES e CUNHA, 2010, p. 1090).

Deve-se ressaltar que o direito penal não deve se preocupar com bagatelas, nem condutas que ainda que contenham tipos incriminadores são incapazes de lesar qualquer bem jurídico. Por isso, são considerados atípicos dependendo do caso concreto.

Não podemos confundir os crimes insignificantes com os de menor potencial ofensivo. Estes são regidos pela lei 9.099/95, e embora tenham uma gravidade menos perceptível socialmente, não são insignificantes.

A jurisprudência e a doutrina vêm aplicando o princípio da insignificância ou bagatela ao delito de lesão corporal no trânsito, sempre que a ofensa à integridade física ou à saúde da vítima for considerada mínima, como esquimoses de absoluta inexpressividade, sendo irrelevante ao direito penal.

#### **4 – MUDANÇAS IMPLEMENTADAS AO CTB PELA LEI 11.705/08**

Diante das pesquisas de que a maioria dos acidentes de trânsito se dá em razão da ingestão de bebida alcoólica ou de substâncias psicoativa, o legislador

mudou a categoria da conduta do crime de embriaguez ao volante de contravenção penal para crime.

Diante disso, em 2008, o legislador ordinário alterou o CTB através da lei 11.705/08 de forma que, tal alteração, foi extremamente criticada tanto pela doutrina como pela jurisprudência, embora na prática tenha acarretado a diminuição dos acidentes de trânsito causados por conta da infeliz combinação de “direção + álcool”.

A principal mudança foi no artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito, para que ficasse com a seguinte redação: “Conduzir veículo automotor na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência constitui o crime conhecido como embriaguez ao volante, sujeitando o infrator as penas de 6 (seis) meses a 3 (três) anos de detenção, multa e suspensão do direito de dirigir veículo automotor.”.

Enquanto que a antiga redação previa a necessidade de que o motorista estivesse dirigindo sob a influência de álcool, o que foi retirado na nova lei com relação ao álcool, porque, como visto acima, o legislador manteve a necessidade de que, no caso de outras substâncias psicoativas que determinem dependência, haja uma efetiva influência no modo de dirigir do agente em decorrência do uso ou da ingestão da substância.

Observa-se, então, que para caracterização deste crime pela legislação comentada era preciso que o condutor tão somente estivesse com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, modificando, assim a natureza do crime e é o que se verá adiante.

Antes do advento da lei 11.705/08, a ocorrência do crime definido pelo art. 306 era de crime de efetiva lesão ao bem jurídico (segurança viária) conforme entendia Capez (2011, p. 339) e Gonçalves (2007, p. 211, apud GOMES e CUNHA, 2011, p.1098), passando a ser de perigo abstrato com advento da Lei 11.705/2008.

O legislador entendeu que conduzir veículo na via pública, encontrando-se o condutor nas condições previstas no art. 306, caput, é por si só, conduta que

gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.

Segundo a visão de Alexandre de Moraes, o crime de perigo concreto para caracterização de crime dessa natureza faz-se necessário que o motorista com seu comportamento tenha exposto a segurança de alguém a perigo efetivo, que deve ser demonstrado caso a caso. Não basta a mera condução anormal do veículo sob efeito de álcool ou substância análoga; deve haver perigo a terceiros. (DE MORAES, 2000, p. 226)

Por entender da mesma maneira, Fernando Capez afirma que o crime de embriaguez ao volante descrito na antiga redação do art. 306 do CTB, não era um crime de perigo abstrato ou concreto, mas crime de efetiva lesão ao bem jurídico, conforme explica adiante:

Em suma, se fosse crime de perigo abstrato, bastaria à acusação a prova da conduta (dirigir em estado de embriaguez), hipótese em que a situação de risco seria presumida; se fosse crime de perigo concreto, seria necessário que se provasse que pessoa certa e determinada fora exposta a situação de risco. Acontece que, no crime de efetiva lesão ao bem jurídico (segurança de trânsito), podia-se concluir que caberia à acusação demonstrar que o agente, por estar sob influência de álcool, dirigiu de forma anormal, ainda que sem expor o risco de determinada pessoa. (CAPEZ, 2011, p. 340)

Porém, com o advento da lei 11.705/08 que mudou a redação do art. 306, não se fazia mais necessária a conduta de que o agente exponha a dano potencial a incolumidade de outrem, bastando que dirigisse embriagado, pois se presume o perigo. Não sendo necessário ainda que a acusação comprove que o agente dirigia de forma anormal, colocando em risco a segurança viária. Basta a prova da embriaguez.

Na visão do professor Luiz Flávio Gomes, o referido artigo não pode ser interpretado como delito de perigo abstrato, que é válido somente no campo

administrativo, ele acredita que é inadmissível no âmbito penal por violar o princípio da ofensividade. (GOMES, 2008, p. 31)

Alguns advogados criminalistas também defendem a tese citada pelo professor e argumentam pela inconstitucionalidade da Lei.

O princípio da ofensividade é aquele, segundo o qual, não se deve incriminar uma atitude interna, nem atitudes que não excedam o âmbito do próprio autor ou ainda condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. (GRECO, 2005, p. 54)

Para Fernando Capez, há uma grande diferença entre o perigo abstrato e o perigo impossível, já que em nenhum lugar da nossa Constituição Federal encontra-se contida qualquer proibição de tutela ao bem jurídico contra condutas potencialmente lesivas ao mesmo. Ademais, afirma ainda que do mesmo jeito que o Poder Público pode recorrer ao Direito Penal para proibir que um sujeito circule pelas vias públicas com uma arma de fogo carregada, sem autorização legal para tanto, pode também vedar o motorista embriagado de assim circular por ruas e avenidas conduzindo um automóvel. Não é necessário em nenhum desses casos demonstrar que alguém ficou efetivamente exposto a uma situação de perigo concreto. É certo que os dois eventos reduzem o nível de segurança da sociedade. Algo bem diferente é o sujeito portar uma arma totalmente inapta a efetuar disparos, comportamento absolutamente inidôneo à criação de qualquer tipo de perigo. Ao contrário de quem dirige um veículo automotor sob efeito de álcool ou qualquer outra droga, o perigo é mais que possível, provável. (CAPEZ, 2011, pp. 340 e 341)

Ainda para reforçar a posição do ilustre doutrinador, conforme pesquisa realizada pela UNICAMP<sup>[1]</sup>, pode ser afirmado que um motorista embriagado, mesmo que se sinta lúcido, terá seus reflexos psicomotores desorganizados, por isso é um suicida e um criminoso em potencial, ainda que involuntário.

É inegável que a conduta descrita no mencionado dispositivo legal realmente constitui crime de perigo abstrato, em que, a partir de dados estatísticos, constatou-se a necessidade de antecipar a barreira de proteção da conduta ali tipificada para fins de serem abarcadas pelo direito penal.

Diante da falta de efetividade das sanções administrativas cominadas, tornou-se imperiosa a intervenção do direito penal.

A posição daqueles que entendem pela inconstitucionalidade da lei, com argumento que não existe crime de perigo abstrato na esfera penal é contrária a decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme alguns dos julgados que reconhece a existência do perigo abstrato.

Dessa forma, não há que se falar da inexistência do crime de perigo abstrato na esfera penal, bem como da inconstitucionalidade da lei sobre esse aspecto.

#### 4.1 – Origem da Lei 11.705/08

Sabemos que existe um problema em relação aos acidentes de trânsito diariamente. Nem sempre as leis conseguem atingir seu objetivo de prevenir os acidentes, que em sua grande maioria acontecem devido a motoristas alcoolizados e pouca eficácia no combate à redução de acidentes.

Com a finalidade de reduzir os índices desses acidentes, no dia 21 de janeiro de 2008 foi entregue ao Presidente da República proposta do projeto de lei, que tinha como objetivo dispor sobre a proibição à comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais e alterar a Lei nº 9.503, 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro. Na exposição de motivos desse projeto constam vários estudos sobre o consumo de bebidas alcoólicas e problemas ocasionados pelo álcool.

O Projeto de medida provisória n. 415/2008 foi aprovado e convertido na Lei n. 11.705 em 16 de junho de 2008, publicada em 19 de junho do mesmo ano, passando a ter vigência a partir dessa data. O objetivo dessa Lei é estabelecer alcoolemia 0 (zero) e impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência de álcool, além de restringir o uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

Ressalte-se que, conforme informação no site da Organização Mundial de Saúde, a mera presença de qualquer concentração de álcool no organismo humano já tem como consequência efeitos como o aumento do ritmo cardíaco e



respiratório, diminuição da atenção e da vigilância e reflexos mais lentos, entre outros.

Considerando-se a amplitude de tais efeitos, não é necessário que o condutor apresente qualquer alteração na forma com a qual dirige seu automóvel, sendo a incidência de qualquer desses efeitos suficientemente apta a colocar em perigo a segurança viária, que é o bem jurídico tutelado pela norma do art. 306 da lei 9503/97.

Ao contrário do que aconteceu nos EUA em 1920 a 1933, que era proibido o consumo e comercialização de bebidas alcoólicas, no Brasil, a lei seca tem um objetivo diferente. Aqui, além da proibição de bebidas alcoólicas ao longo das rodovias federais, seu principal objetivo é impedir o consumo da bebida antes de se dirigir. Tal iniciativa aconteceu devido aos elevados índices de acidentes por embriaguez ao volante que levam a muitas mortes.

As leis mais rigorosas acabam sendo inúteis se não há um poder de fiscalizar as leis já vigentes. O limite não foi definido incorretamente, mas há mortes atrás de mortes por não haver um corpo fiscal capaz de repreender motoristas embriagados e fazer valer a lei.

Por fim, vale ressaltar que no âmbito da lei em questão, sem a prova da materialidade do delito (prova de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue) nem sequer prisão em flagrante poderia haver. De outro lado, sem tal materialidade, não há como comprovar a existência do crime. Havendo prova de que o agente estava bêbado, mas não se comprovando o nível de dosagem alcoólica, punia-se o sujeito pela infração administrativa, mas não há que se falar em delito. Entendimento que era pacífico no STJ.

## **5 – MUDANÇAS IMPLEMENTADAS AO CTB PELA LEI 12.971/2014**

As principais modificações trazidas pela citada Lei Federal nº 12.971/2014, em síntese, são inerentes aos quatro delitos do CTB: o homicídio culposo e a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (arts. 302 e 303), a “embriaguez ao volante” (art. 306) e o “racha” (art. 308).

No art. 302, foi adicionado o §2º, com a intenção de se estabelecer uma qualificadora para o delito do *caput* com a intenção de impor maior rigor quando se tratar de homicídio culposo cometido por motorista embriagado álcool ou outra substância psicoativa, ou nos casos em que o agente participa de “racha”. Assim preceitua:

§ 2º - Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

No entanto, na prática, a inovação fez com que, no máximo, a sanção possa influir no regime de pena a ser cumprida. Isso ainda, devendo-se considerar apenas nos raros casos nos quais não há possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ou suspensão condicional da pena. Isso porque, foi mantida a quantidade de pena e o preceito secundário ora previsto apresentou tão somente uma diferenciação na espécie de pena privativa de liberdade, cominando reclusão no lugar da detenção como previsto para o tipo penal do *caput*.

Com relação à alteração no art. 306, acertadamente e a lei trouxe o teste do bafômetro apenas como mais uma opção de comprovação da embriaguez que também pode ser constatada por sinais que indiquem alteração na capacidade motora e o teste toxicológico, já no §2º do mesmo artigo, disposição estas que não estavam presentes na redação anterior dada pela lei 11.705/2008.

O maior objetivo da dessas alterações no CTB é a preservação da vida humana, direito principal a ser amparado por qualquer ordem jurídica, porque é o pressuposto dos demais direitos.

Após a vigência das alterações, é possível verificar que o índice de acidentes no trânsito com vítimas fatais diminuiu muito.

O fim social desta lei é elevadíssimo, pois busca proteger o bem jurídico de maior importância: a própria vida e, ao protegê-la, cumpre também o princípio fundamental de preservação da dignidade humana (art. 1º, III, CF).

## **6 - CONCLUSÃO**

Diante da grande importância dos meios de transporte para a vida em sociedade, bem como o aumento significativo dos acidentes de trânsito em decorrência da ingestão de bebida alcoólica com o passar dos anos, o legislador brasileiro impôs a partir de 2008 sanções mais graves à conduta de dirigir embriagado.

No ano de 2012, depois de muitas críticas à lei 11.705/12, por definir o crime de embriaguez ao volante através da limitação tão somente à comprovação por teste do bafômetro, alterou o artigo pela lei 12.971/12, a qual definiu mais meios de prova para a comprovação do grave crime em questão.

Embora haja quem ainda defenda que a limitação de dirigir após a ingestão de álcool é inconstitucionalidade, por supostamente violar os princípios como da liberdade, presunção de inocência e ofensividade, o entendimento pelo qual o Supremo Tribunal Federal tende é pela constitucionalidade da lei.

Tal entendimento se confirma a partir do entendimento consolidado pela doutrina e jurisprudência de que tais direitos não são absolutos e podem ser limitados pelo Estado quando estão em conflito com bens da coletividade.

Foi visto que o maior objetivo da lei em questão é proteger o bem supremo: A Vida, pois ela passou a ser ameaçada cada dia mais pelos motoristas embriagados. Por causa disso, o legislador buscou limitar a liberdade daqueles que bebem antes de dirigir, para resguardar o bem comum. Não quis, nem mesmo proibiu ninguém de beber, mas sim limitou essa liberdade impedindo que se ingerisse bebida alcoólica e depois dirigisse. Do mesmo modo, o direito de locomoção foi respeitado pelo legislador que apenas o restringiu em prol da vida.

Em relação às consequências geradas pelas mudanças trazidas, a principal delas pode ser vista na diminuição do número de acidentes no trânsito. É certo que logo que a lei entrou em vigor, essa diminuição foi bem mais significativa, mas hoje em dia ainda podemos notar uma melhora significativa.

Por fim, verifica-se que as alterações trazidas, apesar de toda polêmica gerada em relação à tolerância zero e sobre sua constitucionalidade, é positiva para a sociedade brasileira, tendo em vista significativa diminuição no índice de acidentes de trânsito, a conscientização dos condutores de veículos automotores de não beber se for dirigir.

Seja pela consciência de cada um ou pelo teste do bafômetro, o fato é que com a vigência da lei, o número de mortes e acidentes nas rodovias e estradas brasileiras diminuiu. A sociedade ganhou em vidas e segurança no trânsito.

## **7 – REFERÊNCIAS**

CAPEZ, F., **CURSO DE DIREITO PENAL - V. 4 - Legislação Penal Especial**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

DE JESUS, D., **Direito Penal. Parte Geral**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE MORAES, A., **Coleção Temas Jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GOMES, L. F., **Inexistência de perigo abstrato**. Revista Jurídica Consulex, ano XI, n. 276, 15 jul. 2008.

GOMES, L.F. e CUNHA, R. S., **Legislação criminal especial**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HONORATO, C. M., **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro: Análise das Penalidades e das Medidas Administrativas cominadas na Lei n. 9.503/97**. Edição única. Campinas: Millennium Editora Ltda., 2004.

RODRIGUES, J., **500 anos de trânsito no Brasil – Convite a uma viagem**. Edição única. Brasília: Opta Originais Gráficos e Editora Ltda., 2000.

DA SILVA, J. A., **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

ABICAIR, B., **Abordagem só vale se motorista cometeu infração**. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 29/07/09. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-21/inconcebivel-abordagem-criterio-ver-motorista-bebado>>. Acesso em: 10/07/17.

DE CICCIO, L. H. S., **Saúde e vida online**. Publicado em 30 Set. 2008. Disponível em: <<http://www.saudevidaonline.com.br/alcool.htm>>. Acesso em: 10/07/17.

GOMES, L. F., **Lei seca: já não evita mortes e ainda gera impunidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2194, 04/07/09, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13100/lei-seca-ja-nao-evita-mortes-e-ainda-gera-impunidade>>. Acesso em: 10/07/17.

Nucci, G. S., **A Presunção de Inocência e a "Lei Seca"**, Publicado em: 12/02/09. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a\\_presuncao\\_da\\_inocencia\\_e\\_a\\_lei\\_seca.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a_presuncao_da_inocencia_e_a_lei_seca.pdf)>. Acesso em: 10/07/17.

#### NOTAS:

[1] DE CICCIO, L. H. S., **Saúde e vida online**. Publicado em 30 Set. 2008. Disponível em: <http://www.saudevidaonline.com.br/alcool.htm>. Acesso em: 10/07/17.

## Constitucionalidade da Contribuição do Empregador Rural

**ADAMIR DE AMORIM FIEL:** Advogado e Consultor Jurídico em Brasília e em Alagoas; Procurador do Distrito Federal; Procurador-Chefe do Centro de Apoio Técnico da Procuradoria Geral do Distrito Federal; Membro da Comissão de Assuntos Institucionais do Fórum Nacional de Precatórios - FONAPREC/CNJ; especialista em Direito Público; Especializando MBA em Agronegócio pela ESALQ/USP; pós-graduando MBA LLM em Direito Empresarial pela FGV; especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário da UnB; ex-Procurador da Fazenda Nacional; ex-Procurador Federal. Professor do Instituto de Magistrados do Distrito Federal - IMAG/DF; Professor da Faculdade de Direito da FACITEC; co-autor do livro Direito Constitucional, Ed. Método, São Paulo; co-autor do Livro Estudos Dirigidos: Procuradorias, Ed. Jus Podivm;

**Resumo.** Este trabalho possui a finalidade de estudar a constitucionalidade da contribuição do empregador rural pessoa física (Funrural), a partir da decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) nº 718874, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Utilizando uma metodologia qualitativa de pesquisa, o artigo identifica a origem do problema, explica o caso paradigma e apresenta os principais aspectos colecionados na decisão da corte máxima do país.

**Palavras-Chave.** Funrural. contribuição social. empregador rural. alíquota. Supremo Tribunal Federal.

**Sumário.** 1. Introdução. 2. O que é o Funrural? 3. Qual a origem do problema com o Funrural? 4. O caso paradigma. 5. O julgamento. 6. A decisão. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

Em decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) nº 718874, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da contribuição do empregador rural pessoa física (Funrural).

Com repercussão geral reconhecida, no julgamento do RE interposto pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), o STF reconheceu que “é constitucional, formal e materialmente, a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção”.

## **2. O que é o Funrural?**

O Funrural é uma contribuição social devida pelo produtor rural pessoa física em percentual, definido em lei, sobre o valor total de suas receitas. O tributo substitui a cota patronal do encargo previdenciário, acrescido do percentual dos Riscos Ambientais do Trabalho – RAT.

## **3. Qual a origem do problema com o Funrural?**

As discussões a respeito do Funrural surgiram quando a Constituição Federal de 1988 igualou os trabalhadores rurais aos trabalhadores urbanos em direitos sociais e previdenciários. Para tanto, a legislação da Previdência Social passou a exigir dos empregadores urbanos a incidência de 20% sobre a folha de pagamento.

Ocorre que esta exigência legal sobrecarregaria muito o empregador rural. Desse modo, para melhor adequar o tributo às possibilidades/necessidades agropecuárias brasileiras, criou-se o Funrural, passando-se a tributar o resultado da comercialização da produção, ao invés de onerar a folha de pagamento (artigo 25 da Lei nº 8.212/1991, alterado pelas Leis nºs 8.540/1992 e 9.528/1997).

A partir daí, a contribuição passou a ser objeto de discussões judiciais, inclusive, por ocasião da interposição de dois Recursos Extraordinários perante o Supremo Tribunal Federal (REs 363.852/MG e 596.177/RS). Nesses julgados, reconheceu-se a inconstitucionalidade

formal do tributo, sob o argumento de que a criação de nova fonte de custeio da Previdência Social deveria ser instituída por meio de Lei Complementar.

Até a recente decisão do STF, em dia 30 de abril de 2017, não se tinha um posicionamento definitivo e com repercussão geral sobre a (in)constitucionalidade do Funrural.

#### **4. O caso paradigma**

O processo que culminou com a decisão do STF iniciou-se com ação judicial proposta por produtor rural, na qual se questionava a Contribuição Social do Empregador Rural pessoa física prevista no art. 25 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

O dispositivo da Lei nº 8.212/1991 prescreve:

*Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: [\(Redação dada pela Lei nº 10.256, de 2001\)](#)*

*I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; [\(Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97\)](#).*

A atuação da Suprema Corte se destinou a discutir a constitucionalidade da disposição legal, para permitir ou não a cobrança da contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural.

#### **5. O julgamento**



O Relator, Ministro Edson Fachin, defendeu a necessidade de edição de Lei Complementar para a criação do tributo, sustentando a inconstitucionalidade formal da cobrança. Para Fachin, ainda, dever-se-ia observar o princípio da isonomia no que se refere tanto a empregadores urbanos, quanto a empregadores rurais.

A divergência foi aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, que votou pelo provimento do RE. Para o Ministro, a Lei nº 10.256/2001, que alterou a Lei no 8.212 /1991, é posterior à Emenda Constitucional nº 20/1998, que por sua vez já havia modificado o Regime de Previdência Social. Sendo assim, na interpretação do Ministro Alexandre de Moraes, a lei foi clara ao alterar o art. 25 da Lei nº 8.212/1991, substituindo-se às leis anteriores declaradas inconstitucionais, e, portanto, reestabelecendo a cobrança do Funrural. O Ministro Alexandre de Moraes afirmou em seu voto que os incisos do referido dispositivo são válidos e nunca foram retirados do mundo jurídico, pois não teriam sido alcançados pela exigência formal de lei complementar.

Para o Ministro Toffoli, por sua vez, quando a Lei nº 10.256/2001 deu nova redação ao artigo 25 da Lei nº 8.212/1991, não deixou de respeitar a técnica legislativa. A propósito, o Supremo, em outros Recursos Extraordinários (REs 363.852 e 596.177), não declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos em sua íntegra. Consoante Toffoli, “é possível, portanto, a substituição da redação do referido caput e a utilização dos citados incisos”. O Ministro Toffoli argumentou ainda que “a utilização da receita bruta proveniente da comercialização *da produção como base de cálculo para a contribuição do produtor rural pessoa física, tem respaldo constitucional, e está abrangida pela expressão ‘receita’, constante do artigo 195 (inciso I, alínea ‘b’) da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998.*”

## **6. A decisão**

Por seis votos a cinco, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela constitucionalidade da cobrança da contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - Funrural. A decisão tem repercussão geral e vincula todas as instâncias do Poder Judiciário a tal entendimento.

Votaram a favor da constitucionalidade e, portanto, a favor da cobrança, os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Carmen Lúcia. Votaram contra a cobrança, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Marco Aurélio.

A decisão aplica-se a cerca de 15 mil processos, que aguardavam decisão final do Supremo. Em face disto, produtores rurais e empresas do agronegócio devem recolher o tributo a uma alíquota de 2,1% sobre a receita decorrente da produção. Ressalte-se que o valor que o Governo Federal deixou de arrecadar em razão dos processos judiciais que suspendiam a cobrança pode ultrapassar R\$ 7 bilhões.

## **7. Conclusão**

O Funrural é apenas mais um péssimo exemplo de insegurança jurídica em matéria tributária no Brasil. Não bastassem os riscos e desafios a que submetidos os produtores rurais em razão da própria natureza da atividade agropecuária, incertezas e surpresas dessa natureza, infelizmente, precisam entrar nas contas dos produtores. Mesmo porque, a despeito da decisão “definitiva” do Supremo sobre o caso, ainda fica a dúvida: haverá ou não cobrança retroativa sobre os últimos cinco anos, período durante o qual muitos produtores não recolheram a contribuição com base em decisões judiciais?

## **8. Referências bibliográficas**

ARAÚJO, Massilon J. Fundamentos do agronegócio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

BURANELLO, Renato Macedo. Manual de direito do agronegócio. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVIS, J. H.; GOLDBERG, R. A. A concept of agribusiness. Boston: Harvard University, 1957.

Contribuição de empregador rural pessoa física ao Funrural é constitucional. Migalhas, 31 mar. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes>

/17,MI256661,41046-Contribuicao+de+empregador+rural+pessoa+fisica+ao+

Funrural+e. Acesso em 03 mar. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 18 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília. Congresso Nacional, 24 jun. 1991. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm). Acesso em 18 mai. 2017.

## ANOTAÇÕES À MODALIDADE DE SERVIDÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Inicialmente, ao se analisar o tema colocado em debate, prima anotar que a servidão administrativa se apresenta como direito real público que permite a Administração utilizar a propriedade imóvel para viabilizar a execução de obras e serviços que atendam ao interesse público. Nesta toada, é verificável que, com a substancialização da servidão administrativa, ocorre o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, o qual passa a ser denominado de *dominante*, ou mesmo de uma pessoa, de modo tal que o proprietário não é mais o único a exercer os direitos dominiais sobre a *res*. Os potenciais de energia hidráulica materializam propriedade distinta da do solo para fins de exploração ou aproveitamento e pertencem à União. No mais, consoante ofuscante dicção do artigo 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição de 1988 contém o princípio da competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água, em articulação com os Estados em que se situam os potenciais hidroenergéticos. No que atina ao regimento jurídico de aproveitamento dos potenciais de energia elétrica, incidem as normas encartadas no Decreto-Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934, que decreta o Código de Águas, cuja redação do artigo 151 afixa, para o concessionário de serviços de energia elétrica, determinados privilégios, em especial aqueles da alínea “c”.

**Palavras-chaves:** Intervenção do Estado. Servidão Administrativa. Servidão de Energia Elétrica.

**Sumário:** 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico; 2 Ponderações Introdutórias ao Instituto da Servidão Administrativa; 3 Fundamentos da Servidão Administrativa; 4 Anotações à Modalidade de Servidão de Energia Elétrica

---

### **1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico**

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprindo, via de consequência, as ações individuais. *“Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social”* [1], como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez feire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. *“O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias”* [2], compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a

materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Nº 672.579/RJ, firmou entendimento que *“ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido”*<sup>[3]</sup>. Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. *“Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída”*<sup>[4]</sup>, por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. *“O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais”*<sup>[5]</sup>.

## **2 Ponderações Introdutórias ao Instituto da Servidão Administrativa**

Inicialmente, ao se analisar o tema colocado em debate, prima anotar que a servidão administrativa se apresenta como direito real público que permite a Administração utilizar a propriedade imóvel para viabilizar a execução de obras e serviços que atendam ao interesse público. Nesta toada, é verificável que, com a

substancialização da servidão administrativa, ocorre o exercício paralelo de outro direito real em favor de um prédio, o qual passa a ser denominado de *dominante*, ou mesmo de uma pessoa, de modo tal que o proprietário não é mais o único a exercer os direitos dominiais sobre a *res*. Com realce, insta ponderar que a servidão administrativa estabelecida em favor de prédio materializa a servidão real, ao passo que se beneficiar determinada pessoa constituirá a servidão pessoal. Afora isso, mister se faz sobrelevar que a servidão administrativa, consoante as lições apresentadas pelo festejado José dos Santos Carvalho Filho, consiste no “*direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo*” [6].

Não discrepa de tal entendimento Meirelles que, com o destaque reclamado, coloca em evidência que a “*servidão administrativa ou pública é ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública*” [7]. Ressoando o sedimento doutrinário, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar a Apelação Cível N° 70039145073, já decidiu que a “*servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular*” [8]. É plenamente observável, notadamente a partir do escólio adotado, que as servidões administrativas dão ao a um direito real público, eis que sua instituição decorre da atuação do Ente Estatal, com o fito primevo de atender a fatores de interesse público. Nesta senda, é observável, justamente, que o aspecto caracterizador que difere o instituto em tela da servidão decorrente do direito privado, norteadas pelas disposições albergadas pela Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [9], tendo como participantes da relação jurídica pessoas de iniciativa privada, descansa justamente na presença do Ente Estatal.

Além disso, o núcleo fundamental de ambos os institutos ora mencionados se alicerçam no mesmo paradigma. Neste almiré, em que pese a identidade de núcleos, perceptíveis são os aspectos distintivos da servidão privada e da servidão administrativa, quais sejam: a) a servidão administrativa busca atender a interesse público, ao passo que a servidão privada, respaldada pelo Estatuto Civil, visa satisfazer interesse privado; b) a servidão administrativa sofre o influxo dos ditames e princípios do direito público, ao passo que as servidões

privadas estão sujeitas aos cânones e corolários do direito privado. Constitui verdadeiro ônus real imposto a um imóvel, particular ou público, no interesse de satisfazer o interesse público. Ao lado disso, com efeito, cuida salientar que, em sede de servidão administrativa, o imóvel serviente poderá ser tanto um privado, o que ocorre comumente, ou mesmo o público. Afora isso, em se tratando de limitação singular, a constituição do instituto em tela é passível de indenização ao proprietário.

### 3 Fundamentos da Servidão Administrativa

Ao se analisar a servidão administrativa, mister se faz aludir que o fundamento da instituição da intervenção do Estado na propriedade privada encontra descanso na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tal como a função social da propriedade, claramente delineada no artigo 5º, inciso XXIII[10], e artigo 170, inciso III[11], ambos da Constituição Federal de 1988. Assim, o sacrifício da propriedade cede lugar ao interesse público que inspira e norteia a atuação interventiva do Ente Estatal. Inexiste uma disciplina normativa federal específica acerca das servidões administrativas, sendo comumente utilizada a norma insculpida no artigo 40 do Decreto-Lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941[12], que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *“Com esforço interpretativo, contudo, podemos entender que o titular do poder de instituir as servidões é o Poder Público (que na lei é o expropriante) e que, em alguns casos, será observado o procedimento da mesma lei para a instituição do ônus real”*[13].

São exemplos mais comuns da servidão administrativa a instalação de redes elétricas e a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos. A acepção clássica do instituto em discussão envolve a nomeado servidão de trânsito, isto é, aquela que provoca a utilização do solo, promovendo a redução da área útil do imóvel do proprietário. Farta é a jurisprudência, inclusive, que explicita a natureza de servidões administrativas as hipóteses apresentadas acima, consoante se infere:

**Ementa:** Apelação cível. Servidão de eletroduto. Passagem de linha de transmissão de energia elétrica. Controvérsia quanto ao valor da indenização. - A servidão administrativa enseja ao proprietário do imóvel o direito a



justa e prévia indenização em dinheiro. - Servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular. Sua instituição acarreta indenização dos prejuízos efetivamente sofridos pelo particular, não se indenizando o valor total da propriedade. - Laudo pericial realizado judicialmente que não apresenta irregularidades, devendo ser utilizado para fins de arbitramento da indenização pelos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel serviente. Negaram provimento à apelação. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Terceira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70036651628/ Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia/ Julgado em 02.08.2012) (grifou-se).

**Ementa:** Apelação. Indenização. Desapropriação indireta. Prolongamento de ruas projetado. Canalização de esgoto. Servidão administrativa. No caso, não está em questão apenas a destinação futura da área, mas o uso atual, já efetivado, segundo os apelantes. O uso de imóvel para escoamento do esgoto municipal pode ser considerado como servidão administrativa, pois, nessa hipótese, não se efetiva a transferência da propriedade, configurando-se apenas um ônus especial ao bem. Sendo considerada servidão administrativa, embora os proprietários continuem com o domínio e a posse, cabível indenização se comprovado prejuízo decorrente da restrição de uso da propriedade. Nessas circunstâncias, não há como considerar a parte autora carecedora de ação por falta de interesse processual, pois necessita de tutela de utilidade jurídica. Sentença desconstituída. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70037997202/ Relator: Desembargador Alexandre Mussoi Moreira/ Julgado em 13.06.2012) (destacou-se).

**Ementa:** Apelação cível. Condomínio. Ação de indenização. Corte de grama. Servidão administrativa de passagem. Ônus do proprietário do imóvel. 1. A servidão administrativa constitui-se em restrição ao uso da propriedade, imposta pelo Poder Público ao particular (neste caso) com o objetivo de resguardar interesse da coletividade, regendo-se ou por acordo firmado entre as partes, ou por sentença judicial. 2. No caso dos autos, houve acerto amigável formalizado através de Escritura Pública, da qual se extrai que os proprietários foram indenizados pela PETROBRÁS pelos prejuízos (presentes e futuros) decorrentes da mencionada servidão, ocasião em que outorgaram plena e irrevogável quitação, declarando nada mais ter a reclamar "a qualquer título". 3. Como se não bastasse os termos da quitação outrora outorgada, os proprietários permaneceram utilizando a área para circulação (inclusive para trânsito de veículos), devendo, portanto, suportarem os ônus decorrentes de sua conservação. Apelo desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Décima Nona Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70046929196/ Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto/ Julgado em 27.03.2012) (grifou-se).

*“Algumas vezes as servidões administrativas são suportadas pelos particulares ou pelo Poder Público sem qualquer indenização, dado que sua instituição não lhes causa qualquer dano, nem lhes impede o uso normal da propriedade”[14],* a exemplo do que se verifica na afixação de placa de denominação de rua ou de gancho para sustentar fios de rede energia elétrica dos trólebus em parede de prédio situado em determinados cruzamentos, bem como com a colocação de postes nas calçadas por concessionárias de serviço público. Com efeito, não se verifica nas situações explicitadas acima qualquer interferência, por parte do Ente Estatal, que possa produzir prejuízos ao proprietário particular, não cabendo, portanto, em teoria, verba indenizatória.

#### **4 Anotações à Modalidade de Servidão de Energia Elétrica**

Em sede de ponderações gerais, cuida anotar que os potenciais de energia hidráulica materializam propriedade distinta da do solo para fins de exploração ou aproveitamento e pertencem à União. No mais, consoante ofuscante dicção do artigo 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição de 1988 contém o princípio da competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água, em articulação com os Estados em que se situam os potenciais hidroenergéticos. No que atina ao regimento jurídico de aproveitamento dos potenciais de energia elétrica, incidem as normas encartadas no Decreto-Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934, que decreta o Código de Águas, cuja redação do artigo 151 afixa, para o concessionário de serviços de energia elétrica, determinados privilégios, em especial aqueles da alínea “c”, a saber: *“Art. 151 [omissis] c) estabelecer as servidões permanente ou temporárias exigidas para as obras hidráulica e para o transporte e distribuição da energia elétrica”* [\[15\]](#).

O dispositivo supracitado encontrou regulamentação por meio do Decreto nº 35.851, de 16 de julho de 1954 [\[16\]](#), estabelecendo, além do conteúdo da servidão, o processo de constituição. Assim, de acordo com a redação do artigo 1º do decreto executivo em comento, as concessões para o aproveitamento industrial das quedas d’água, ou, de modo geral, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, conferem aos seus titulares o direito de constituir as servidões administrativas permanentes ou temporárias, exigidas para o estabelecimento das respectivas linhas de transmissão e de distribuição. O processo de constituição da servidão administrativa de energia elétrica se inicia com a expedição do decreto do Poder Executivo reconhecendo a conveniência da servidão e declarando de utilidade pública as áreas destinadas à passagem da linha de transmissão e de distribuição de energia elétrica, conforme preconiza o artigo 2º do decreto executivo em apreço.

O segundo passo, no processo de constituição, implica no estabelecimento da escritura pública em que o concessionário e os proprietários interessados estipulam, nos termos do mesmo decreto, a extensão e os limites dos ônus e os direitos e obrigações de ambas as partes, conforme se extrai do artigo 4º. Havendo ocupação ampliada da área serviente, o entendimento

jurisprudencial remansoso orienta na necessidade de pagamento de verba indenizatória equivalente a área afetada. Neste sentido, transcreve-se:

**Ementa:** Administrativo. Servidão efetivada sobre área superior à pactuada. Complementação devida. Precedentes. [...] 2. Consoante se infere dos autos, incontroverso que os autores, ora recorrentes, firmaram acordo indenizatório com a ELETROSUL com fins de implantação de linha de transmissão de energia elétrica de alta tensão, e a efetivação da restrição administrativa ampliou-se sobre área de terras que não foram objeto do ajuste. 3. "Aferida que a servidão de passagem ocupa área maior do que aquela prevista na escritura pública, deve haver a complementação do valor para que se respeite o princípio do justo preço. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público: REsp 965.303/RS, Rel. Min. José Delgado, DJe 24.4.2008; REsp 954.081/RS, DJe 23.6.2008 e REsp 1.040.864/RS, DJe 28.4.2010, ambos de minha relatoria; e AgRg no REsp 1.070.826/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 21.8.2009" (REsp 1.050.641/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013). Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp nº 1.366.012/RS/ Relator: Ministro Humberto Martins/ Julgado em 28 abr. 2015/ Publicado no DJe em 08 mai. 2015).

**Ementa:** Administrativo. Servidão. Energia elétrica. Área não indenizada. Justo preço. 1. Aferida que a servidão de passagem ocupa área maior do que aquela prevista na escritura pública, deve haver a complementação do valor para que se respeite o princípio do justo preço. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público: REsp 965.303/RS, Rel. Min. José Delgado, DJe 24.4.2008; REsp 954.081/RS, DJe 23.6.2008 e REsp 1.040.864/RS, DJe 28.4.2010, ambos de minha relatoria; e AgRg no REsp

1.070.826/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 21.8.2009.  
2. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.050.641/RS/ Relator: Ministro Castro Meira/ Julgado em 20 ago. 2013/ Publicado no DJe em 30 ago. 2013).

Em havendo, porém, embaraço oposto pelo proprietário, medidas judiciais serão adotadas, com o espeque de reconhecer a servidão ou, ainda, utilização do processo de desapropriação, nos termos contidos no artigo 40 do Decreto-Lei nº 3.365/1941. No que atina ao conteúdo, a servidão compreende o exercício dos seguintes direitos por parte do concessionário: (i) praticar, na área por ela abrangida, todos os atos de construção, manutenção, conservação e inspeção das linhas de transmissão de energia elétricas e das linhas, sendo-lhe assegurado ainda o acesso à área da servidão, através do prédio serviente, desde que não haja outra via praticável, conforme preconiza o §2º do artigo 2º do Decreto nº 35.851, de 16 de julho de 1954<sup>[17]</sup>; (ii) mandar podar ou cortar quaisquer árvores, que, dentro da área da servidão ou na faixa paralela à mesma, ameacem as linhas de transmissão ou distribuição, consoante afixa o §2º do artigo 3º do Decreto supramencionado<sup>[18]</sup>.

Em relação aos proprietários dos prédios servientes, o artigo 5º comina o direito à indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos causados pelo uso público e pelas restrições estabelecidas ao seu gozo. Conquanto a legislação fale sobre servidões permanentes e temporárias, a designação, no segundo caso, é imprópria, eis que o, de fato, ocorre a ocupação temporária, que se caracteriza, de maneira pontual, pela utilização do imóvel de propriedade particular, para fins de interesse público. Neste aspecto, é a transitoriedade que enseja a distinção entre os dois institutos supramencionados.

#### **REFERÊNCIA:**

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 35.851, de 16 de julho de 1954.** Regulamenta o art. 151, alínea “c”, do Código de Águas (Decreto nº 24.463, de 10 de julho de 1934). Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Águas. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225,§1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

#### NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29.05.2012. Publicado em 19 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[4] MEIRELLES, 2012, p. 662.

[5] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade. Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03.03.2011. Publicado em 14mar. 2011. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[6] CARVALHO FILHO, 2011, p. 717.

[7] MEIRELLES, 2012, p. 688.

[8] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N°70039145073. Apelação cível e recurso adesivo. Servidão de eletroduto.

- A apelação interposta contra sentença que não foi alterada no julgamento dos embargos de declaração prescinde de ratificação para ser recebida pelo juízo de primeiro grau. Precedentes desta Corte. Ausência de previsão legal de ratificação da apelação interposta antes do julgamento dos embargos declaratórios. - Recurso adesivo que se apresenta intempestivo e deserto. Não conhecimento. - Servidão administrativa é direito real de uso, estabelecido em favor da Administração Pública ou de seus delegados, incidente sobre a propriedade particular. Sua instituição acarreta indenização dos prejuízos sofridos pelo particular, não se indenizando o valor total da propriedade, mas tão-somente a diminuição do valor do imóvel. - Acolhimento do laudo realizado pelo perito judicial, pois profissional equidistante das partes, observado o contraditório, a ampla defesa, e utilizado o método comparativo. - Atualização do valor depositado para imissão provisória na posse até a data do laudo judicial, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da demandada. - Verba honorária minorada em observância ao disposto no art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação introduzida pela MP nº 1.997-33/99. Rejeitaram a preliminar, não conheceram do recurso adesivo e deram parcial provimento à apelação. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia. Julgado em 03 nov. 2011. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[10] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017: “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social”.

[11] Ibid: “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) **III** - função social da propriedade”.

[12] Idem. **Decreto-Lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017: “**Art. 40.** O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”.

[13] CARVALHO FILHO, 2011, p. 719.

[14] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 891.



[15] BRASIL. **Decreto-Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[16] Idem. **Decreto nº 35.851, de 16 de julho de 1954**. Regulamenta o art. 151, alínea “c”, do Código de Águas (Decreto nº 24.463, de 10 de julho de 1934). Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[17] BRASIL. **Decreto nº 35.851, de 16 de julho de 1954**. Regulamenta o art. 151, alínea “c”, do Código de Águas (Decreto nº 24.463, de 10 de julho de 1934). Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

[18] Ibid.

## **INDENIZAÇÃO A DONOS DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS**

**MARIA CARLA DE AVELAR PACHECO:** Mestranda em Direitos Humanos e Ação Humanitária pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris; Pós-graduanda lato sensu em Direito Constitucional pelo IDP - Brasília; Advogada da União lotada na Consultoria-Geral da União.

**RESUMO:** Desde o advento da Constituição Federal de 1988, as demarcações de terras indígenas enfrentam muita resistência por parte de todos os interessados. Uma das propostas debatidas com o intuito de reduzir a resistência aos processos demarcatórios visa a indenizar, além das benfeitorias resultantes da ocupação de boa-fé, também a terra nua, em que pese existir vedação constitucional nesse sentido (artigo 231, § 6º, CF). O presente trabalho explica o processo de demarcação e estuda a previsão atual de indenização em caso de declaração de terra indígena. Ademais, analisa criticamente as propostas legislativas de viabilizar a indenização pela terra nua nos processos de demarcação, concluindo que o atual ordenamento jurídico não abarca a possibilidade de indenização da terra nua, havendo a necessidade de emenda constitucional para que se concretize esse direito.

**ABSTRACT:** Since the advent of the 1988 Federal Constitution, indigenous lands have faced a lot of resistance from all interested parties. One of the proposals debated in order to reduce resistance to demarcation processes aims to compensate, not only for the improvements resulting from the occupation in good faith, but also bare land, in spite of the existence of a constitutional seal on the matter (article 231, § 6, CF). This paper explains the process of demarcation of the indigenous lands and studies the current prevision of compensation in case of declaration of indigenous land. In addition, it critically analyzes the legislative proposals to make reparation for bare land in the demarcation processes, concluding that the current legal system does not cover the possibility of compensation for bare land, and that it requires a constitutional amendment to achieve it.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terra indígena; demarcação; indenização; terra nua; emenda constitucional.

KEYWORDS: Indigenous land; demarcation; compensation; bare land; constitutional amendment.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – O processo de demarcação das terras indígenas; 3 – A previsão atual de indenização em caso de declaração de terra indígena; 4 – Conclusão: a necessidade de emenda constitucional; 5 – Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

“Nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca”.<sup>[1]</sup> A Constituição Federal de 1988 devotou especial atenção aos índios e dedicou-lhes verdadeiro bloco normativo que concentra nada menos que nove preceitos. Por meio deles, aos índios é garantido o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam e, uma vez reconhecidos, esses territórios passam a observar um regime especial.

Especial porque, ainda que a propriedade dessas terras seja da União (segundo o inciso XI do artigo 20 da Constituição), aos índios são reconhecidos direitos sobre elas, como o de posse permanente e usufrutos exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. À União restam as incumbências de demarcar, proteger e preservá-las.

Há casos, porém, em que a União falhou nesse dever. Especificamente, há casos em que a própria União reconheceu equivocadamente direito de particular sobre a terra que posteriormente veio a ser considerada indígena, apesar de a Constituição expressamente declarar que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Nesses casos, a pretensão estatal de reconhecer e demarcar terras indígenas, no atual marco normativo, doutrinário e jurisprudencial, em que não se indeniza a terra nua, gera profunda insatisfação nos atingidos, especialmente quando são donos de títulos de domínio expedidos pelo Poder Público<sup>[2]</sup>. Consideram-se aqui os títulos adquiridos de boa-fé antes da declaração da terra como indígena.

Em razão da declaração, os até então “donos” deixam de apresentar titularidade. A declaração torna nulos e extintos, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras tradicionalmente ocupadas por índios (§6º do artigo 231 da Constituição). Além disso, a Constituição determina que a nulidade e a extinção desses atos não gerem direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Na ordem social contemporânea, em que conflitos entre populações tradicionais e donos de títulos de propriedade de terras ocupadas por índios são constantemente noticiados pela imprensa, torna-se premente a tentativa de solução para o problema. Nos casos especificamente tratados por este artigo, os donos de títulos de propriedade de terras declaradas indígenas penam sob a injustiça de amargar um dano que a Constituição declara ser irreparável, exceto quanto às benfeitorias realizadas sob a ocupação de boa-fé.

Há, porém, discussão sobre a possibilidade de pagamento de indenização que ultrapasse o valor dessas benfeitorias, pela União, a donos de títulos de propriedade de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Há debate judicial sobre o assunto, apesar de os Tribunais historicamente interpretarem o § 6º do artigo 231 como uma barreira intransponível à indenização pela União da terra nua.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do rumoroso caso da demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, nas palavras do Ministro Ayres Britto, asseverou que

o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal [...] [e] em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre 'quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé', nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição).

Apesar da jurisprudência pacífica sobre o assunto, ela é sempre combatida pelos defensores dos donos de títulos de propriedades, que se sentem injustiçados com a vedação constitucional e argumentam que caberia a responsabilidade do Estado nesses casos, que deveria se sujeitar à responsabilização administrativa por seus atos. Até na imprensa mais abalizada encontra-se opinião nesse sentido:

É inevitável que a ampliação da disponibilidade de terra para os índios atinja propriedades privadas, prejudicando portadores de títulos legítimos, obtidos de boa-fé. A forma de reduzir injustiças é indenizá-los pelas benfeitorias e também pela terra.<sup>[3]</sup>

Há também debate sobre projetos de lei e propostas de emenda à Constituição, os quais têm chances de serem aprovados e alterarem a realidade normativa desse tema.

Nas palavras de Alexandre Jabur<sup>[4]</sup>:

[...] duas são as estratégias de defesa daqueles que se sentem prejudicados pelos processos de demarcação.

A primeira é a via judicial, seja individual ou coletiva, visando impugnar todo e qualquer ato tendente à demarcação de uma terra indígena, mormente com a alegação de que a área em estudo é de domínio privado, resguardada por títulos de domínio definitivos, o que comumente leva à paralisação dos estudos por ordem judicial, até o trânsito em julgado das demandas, postergando a conclusão de um processo de demarcação para além de 20 a 30 anos, diante da complexidade dos casos e da notória morosidade da Justiça.

A segunda é a ofensiva política, liderada pela crescente bancada ruralista que a todo custo - ultrapassada a batalha pela reforma do Código Florestal - vem tentando barrar a ampliação das terras indígenas no Brasil e alterar os marcos legais do processo para, entre outros, incluir em nível constitucional e infraconstitucional a obrigatoriedade da União indenizar também a terra nua, tal qual ocorre em casos de desapropriação e de terras de remanescentes de quilombos.

O presente trabalho pretende discutir a tese sobre a possibilidade de indenização da terra nua pelo Poder Público na medida em que se avalia a responsabilidade do Estado pela concessão de títulos de domínio a não indígenas em áreas tradicionalmente ocupadas e que, posteriormente, venham a ser demarcadas pela União.

Neste artigo, analisar-se-á a inconstitucionalidade da tese descrita e a possibilidade de alteração do ordenamento jurídico atual para comportá-la. Inicialmente, apresentar-se-á o procedimento de demarcação das terras indígenas. Em seguida, discorrer-se-á sobre a previsão atual de indenização em caso de declaração de terra como indígena, discutindo-se tese jurídica que pretende possibilitar a indenização nesses casos com base em artigo constitucional outro que não o 231. Por fim, explicar-se-á como essa tese pode ser acolhida pela Constituição, mediante emenda.

## 2. O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

O processo administrativo de demarcação das terras indígenas encontra fundamento constitucional no artigo 231, o qual reconhece, dentre outros direitos indígenas, o originário sobre as suas terras, e estabelece a competência da União para demarcá-las e protegê-las.

Dentre os princípios que regem o plexo normativo indigenista, encontra-se o do reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam e proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo, previsto no artigo 231 da Constituição, a se reconhecer o caráter declaratório do decreto demarcatório das terras indígenas, que, conforme assentado pelo Supremo por ocasião do julgamento da Petição 3388, são:

12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo

os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).<sup>[5]</sup>

Assim, a demarcação de qualquer terra indígena se faz no bojo de um processo administrativo que tem suas fases disciplinadas a partir da Constituição e passam tanto pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), quanto pelo Decreto 1775, de 8 de janeiro de 1996<sup>[6]</sup>, que apresenta as quatro fases do procedimento demarcatório, a saber: a) identificação e delimitação antropológica da área; b) demarcação propriamente dita, ou seja, assentamento físico dos limites, com a utilização dos pertinentes marcos e placas sinalizadoras; c) homologação mediante decreto presidencial, e; d) registro, a ser realizado no Cartório de Imóveis da comarca de situação da terra e na Secretaria do Patrimônio da União.

A identificação e a delimitação consistem na realização de estudos sobre determinado grupo e no levantamento cartográfico e fundiário da região que habita. Esses estudos são feitos por equipe técnica especializada, designada pela Fundação Nacional do Índio – Funai. A partir do resultado dessa pesquisa, a Funai terá informação suficiente para elaborar uma proposta de reconhecimento da área indígena.

Desde o início do procedimento até noventa dias após a publicação do resumo da proposta da FUNAI no Diário Oficial da União e no da respectiva unidade federada, qualquer interessado pode opor-se ao processo, apresentado provas – como laudos periciais, mapas ou testemunhas – que comprovem vícios.

Uma vez aprovada a proposta pelo Ministério da Justiça e determinada a demarcação propriamente dita, a etapa seguinte consiste na homologação. Por meio dela, o Presidente da República ordena a publicação de decreto em que ratifica formalmente o ato.

Por fim, após o término do processo de demarcação da terra indígena, procede-se à regularização fundiária da região, que consiste na retirada de não-índios das áreas e na resolução de eventuais pendências judiciais envolvendo a terra.

Tanto a Constituição Federal[7] quanto o Estatuto do Índio[8] previram prazos para que o processo de demarcação fosse realizado em todo o território brasileiro. Os prazos, porém, não foram respeitados.

### 3. A PREVISÃO ATUAL DE INDENIZAÇÃO EM CASO DE DECLARAÇÃO DE TERRA INDÍGENA

Com base apenas no ordenamento jurídico atual, há quem defenda a tese de que tal indenização seria possível apesar do teor do artigo constitucional citado. Sustenta-se, com base no artigo 37, §6º, da Constituição, que o ato do agente público que transfere ao particular a titularidade das terras posteriormente reconhecidas como indígenas geraria dano que daria ensejo à reparação.

Com efeito, tal tese foi sustentada por órgão da Advocacia-Geral da União, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, no bojo do Parecer CEP/CGLEG/CONJUR/MJ Nº 136/2010, de autoria de Advogada da União. Esse parecer é, inclusive, citado pela doutrina para fortalecer a tese nele adotada quando defendida academicamente[9].

Defende-se na manifestação que, tendo em vista a natureza declaratória do ato de demarcação, não pode haver responsabilização da União Federal em decorrência da demarcação de terra indígena. No entanto, a responsabilização da União não decorreria da nulidade do ato jurídico em decorrência da demarcação, mas do dano que a União causou a outrem em virtude da emissão de título de legitimação de posse ou pela transferência de propriedade através de escrituras públicas a terceiros de boa-fé.

Por isso, tenta-se justificar a possibilidade de reparação do dano sob a ótica da responsabilidade civil do Estado, que se encontra disciplinada no § 6º, do artigo 37, da Constituição, e preceitua:

Art. 37. [...]

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



O Código Civil de 2002 trata da responsabilidade nos seguintes termos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não se trataria, portanto, de responsabilização decorrente da decretação da nulidade do ato jurídico determinada expressamente pela Constituição Federal. Cuidar-se-ia de verificar a plausibilidade jurídica em se reparar dano causado por ato da União em transferir terras supostamente dominicais para particulares. Esse ato, que provoca evidente dano ao particular, daria ensejo à reparação nos moldes do §6º do artigo 37 da Constituição.

Segundo se pondera, existem três pressupostos para aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado: fato administrativo, dano e o nexo de causalidade.

Nessa situação de título de propriedade de terra indígena, o fato administrativo é a transferência, seja por meio de escritura pública ou por qualquer outro documento idôneo que legitime a posse, pela União de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas a terceiro. O dano é o prejuízo suportado pelo suposto possuidor ou proprietário da terra, uma vez que com a demarcação da terra indígena, o mesmo terá o ato ou negócio jurídico invalidado por aplicação do §6º do artigo 231 da Constituição. O nexo de causalidade é evidente, uma vez que o possuidor ou proprietário restou lesado em virtude de ato administrativo ilegal praticado pela União Federal.

Seguindo essa linha de raciocínio, repise-se, o disposto no §6º do artigo 37 não confrontaria com o disposto no §6º do artigo 231, tendo em vista que o pagamento de indenização pela União em virtude da decretação de nulidade do ato ou negócio jurídico não se confunde com a responsabilização decorrente de ato ilegal praticado pela União. Assim, conclui-se que a União Federal ao praticar ato ou negócio jurídico envolvendo terras tradicionalmente ocupadas pelos índios cometeu ato ilícito causando danos a terceiros e, por isso, seria responsável pela reparação desse dano.

Diz-se reparação porque a Constituição, no §6º do artigo 231, impede a manutenção desse ato administrativo antijurídico, sendo cabível apenas a reparação do dano, nos termos do §6º do artigo 37 da Constituição. O valor neste caso seria arbitrado pelo Poder Público.

Dessa forma, consignou-se no parecer mencionado que seria possível o pagamento da indenização, no valor da terra nua, desde que atendidos os seguintes requisitos: a) a terra supostamente dominical tivesse sido transferida onerosa ou gratuitamente pela União Federal a terceiro, por meio de escritura pública ou outro documento público idôneo que comprovasse a posse plena, justa e de boa-fé, b) a propriedade alienada em momento posterior fosse demarcada e homologada pelo Presidente da República como terra indígena, nos termos da lei.

Em síntese, com essa tese se intenciona permitir indenizar proprietários de terras posteriormente demarcadas como sendo tradicionalmente ocupadas pelos índios com base no disposto no artigo 37, §6º, da Constituição, bem como em normas de direito civil. Nesse sentido, sustenta-se que a responsabilização da União decorreria não da nulidade do ato jurídico de transferência das terras, mas sim de danos supostamente causados a particulares, em virtude da emissão de título de legitimação de posse ou da transferência de propriedade através de escrituras públicas a terceiros de boa-fé.

Esse entendimento, entretanto, encontra alguns óbices, a seguir expostos.

Primeiramente, é preciso atentar ao disposto no artigo 231 da Constituição, que segue transcrito:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no artigo 174, § 3º e § 4º.

A literalidade do artigo 231, §6º, expõe de forma clara a intenção de vedar o reconhecimento de direito à indenização aos ocupantes, possuidores ou titulares de terras posteriormente reconhecidas como indígenas, salvo no que se refere às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

Dessa forma, percebe-se que a demarcação das terras pertencentes tradicionalmente aos índios não representa desrespeito a direitos fundamentais dos atuais ocupantes dos imóveis, mas sim significa o devido cumprimento de disposições constitucionais em favor dos ocupantes originais das terras. De fato, em se tratando de hipótese extraordinária de nulidade de atos de lisura legal e constitucional aparentemente incontestáveis em momento anterior a Constituição de 1988, não se pode ignorar o fato de que o Constituinte optou por indenizar somente as benfeitorias.

Para Alexandre Jabur<sup>[10]</sup>, a irresponsabilidade da União em indenizar tudo o que não for benfeitoria de boa-fé parece ter sido simples opção do legislador constituinte, sem que possua intrínseca relação com o direito fundamental dos indígenas à terra, nem sendo essencial à proteção efetiva dos índios. Mesmo porque, explica o autor, a desapropriação pretendida, que corresponde ao valor da terra nua, importaria na bizarra compra pela União de bem seu (conforme preceitua o inciso XI do artigo 20 da Constituição). Por isso, a opção legislativa parece ter sido consciente e justa.<sup>[11]</sup>

A referida norma consta do texto original da presente Constituição. Trata-se, em verdade, de caso clássico que expõe a força normativa do Poder Constituinte Originário, juridicamente ilimitado, em detrimento do ato jurídico perfeito. E como se trata aqui de Poder ilimitado, não existe direito adquirido contra a Constituição.

Com efeito, sendo os proprietários particulares possuidores de boa-fé da área destinada a demarcação de terra indígena e decorrendo a nulidade de seu título de domínio da opção do Poder Constituinte Originário, limitar-se-iam seus direitos estritamente ao que preconiza o § 6º do artigo 231 da Constituição, ora porque tais atos de demarcação de terras indígenas apresentam caráter

declaratório, ora porque nenhum direito adquirido remanesce frente a nova ordem constitucional.

Na hipótese, vislumbra-se o que Gilmar Ferreira Mendes denomina nulidade superveniente<sup>[12]</sup>. Ao contrário da nulidade ordinária, que inquina o ato desde seu nascedouro, a nulidade superveniente se manifesta apenas em momento posterior, apesar de fulminar todos os seus efeitos. Nesse sentido, observe-se:

Parece isento de dúvida que os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição de 1934 estão abrangidos pela declaração de nulidade que do texto constitucional dimanava. Assim, com a disposição do art. 129, da Constituição, opera-se uma peculiar e rara espécie de nulidade, a chamada nulidade superveniente.

Destaque-se, ainda, trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da Pet 3388, que versou acerca do modelo de demarcação a ser adotado na terra indígena Raposa/Serra do Sol:

Para isso é que servem as regras constitucionais de inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre “quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”, nos precisos termos do comando final do §6º do art. 231 da Constituição).

A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas (“res extra commercium”), proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade

de quaisquer consequência de ordem jurídica, inclusive aquelas que provocam, por efeito de expressa recusa constitucional, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais contra a União federal, ressalvadas unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, §6º).

Mais adiante, citando Dalmo de Abreu Dalari, o ilustre Ministro afirma que “quem adquiriu terra ocupada por índios, adquiriu coisa alguma”. É dizer, é inviável o reconhecimento de qualquer direito a indenização contra a União<sup>[13]</sup> com base no § 6º do artigo 231 da Constituição, salvo no que se refere à exceção expressamente consignada das benfeitorias realizadas de boa-fé.

Isso posto, resta saber se é possível reconhecer, com base no artigo 37, §6º, da Constituição, o pretendido direito à indenização dos particulares de boa-fé cujos títulos foram legitimamente conferidos pela União Federal. Observe-se seu teor, a seguir transcrito:

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

A partir da leitura do referido dispositivo, é de se destacar que, ao se referir aos danos causados por agentes públicos, o Constituinte tratou da responsabilidade extracontratual do Estado.

Esse entendimento, encampado pela doutrina especializada, tem sido reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, observe-se recente manifestação da Ministra Carmen Lúcia, exarada durante o julgamento da ADC 16, em que analisado o teor da Súmula nº 331, do TST:

A Min. Cármen Lúcia afirmou que o julgamento se trata do verbete de súmula 331. Destacou que no incidente de uniformização na Justiça do Trabalho fora afirmado que não se poderia fazer uma exegese gramatical da lei, olvidando os princípios que regem a Administração Pública e os mecanismos de proteção ao trabalhador, fazendo-se referência aos arts. 173 e 195, §3º, da Constituição para se afirmar a responsabilidade da Administração. No que diz com o

argumento de aplicação do art. 37, §6º, da CF, quanto à responsabilidade objetiva da Administração calcada no risco administrativo, a Ministra destacou tratar-se de afirmação rigorosamente, fragorosamente, exemplarmente contrária à Constituição, porque o art. 37, §6º, trata de responsabilidade objetiva extracontratual, e no caso trata-se de responsabilidade contratual.

Dessa forma, inviável utilizar-se o dispositivo constitucional que consagra a responsabilidade objetiva na seara extracontratual para defender-se o direito à indenização do particular que sofre um dano em virtude de contrato firmado com a Administração Pública.

Ainda que se admitisse a aplicação do referido artigo para os casos de responsabilidade contratual do Estado, tal dispositivo consagraria norma genérica, cuja aplicação à hipótese ora discutida deveria ser afastada em virtude da existência de comando constitucional específico, qual seja, o artigo 231, §6º.

De fato, o raciocínio que defende a possibilidade de utilizar-se o artigo 37 de modo a conferir-se indenização complementar àquela prevista no artigo 231 implica, em última análise, em negar-se aplicação ao último dispositivo, na parte em que rejeita a existência de direito dos particulares a indenização (§6º). Conclui-se que a adoção do raciocínio que defende a possibilidade de indenização parcial com base no artigo 231, §6º, e complementar, com fulcro no artigo 37, §6º, implicaria em fraude à Constituição.

Outrossim, na esteira das observações deduzidas pela tese aqui analisada, é prudente alertar que a utilização do artigo 37, §6º, da Constituição, como suporte jurídico para o reconhecimento do direito à indenização, não permite a limitação de tal direito ao valor da terra nua.

Tal dispositivo prevê a indenização integral do dano causado aos particulares pelos agentes públicos. Note-se que, uma vez admitida a incidência das normas de direito civil pertinentes à indenização decorrente da reparação de danos por ato ilícito, não seria possível impor-se qualquer limitação a essa reparação. Bastaria que os danos fossem demonstrados para que fossem indenizados.

Em outras palavras, admitindo-se a aplicabilidade das regras aqui tratadas às situações ora discutidas, não haveria fundamento legal para limitar o valor da indenização (reparação civil) ao da terra nua (terreno). A reparação, ao final, teria que englobar, por exemplo, o custo da desmobilização, os danos emergentes e lucros cessantes e, especialmente, o dano moral causado ao particular, erigido à categoria de garantia fundamental e previsto expressamente no artigo 5º, da Constituição. Percebe-se que tais indenizações não estariam limitadas à terra nua, correspondendo, em última análise, a valores incomensuráveis aprioristicamente.

Pode-se pensar no dever de ajuizamento de ações regressivas em face do agente público que, culposamente, aliena tais terras, como solução para o desequilíbrio financeiro que resultaria da adoção dessa tese. Contudo, não se pode deixar de destacar a inocuidade prática de tal medida para diminuir os prejuízos que seriam causados ao patrimônio público. Como é notório, boa parte das terras afetadas nesses casos possui valor que, na maioria das vezes, é muito superior ao patrimônio dos funcionários públicos envolvidos na transferência dos títulos que a elas se referem.

Dessa forma, diante de todo o exposto, percebe-se que há graves óbices jurídicos à adoção da tese sob estudo, de aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição, para justificar a reparação financeira para o dano causado pelo ato do agente público que transfere ao particular a titularidade das terras que posteriormente sejam reconhecidas como indígenas.

#### 4. CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Caso se pretenda uma solução que divirja daquela estabelecida peremptoriamente pelo Constituinte, uma solução viável seria a aprovação de emenda à Constituição. É certo que a vigente vedação à indenização não configura cláusula pétrea, pois não se subsume a nenhuma das hipóteses prescritas nos incisos do § 4º, do artigo 60 da Constituição, sendo, portanto, juridicamente válida eventual proposta nesse sentido<sup>[14]</sup>.

Nesse contexto, já foram apresentadas várias propostas de emenda à Constituição com esse objetivo<sup>[15]</sup>. A que está em estágio mais próximo da



aprovação é a PEC 132/2015 (PEC 71/2011 no Senado), em cujo último andamento, de 11/05/2016, consta aprovação de parecer pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados<sup>[16]</sup>.

O texto atual dessa PEC garante indenização a todos os proprietários de boa-fé de terras homologadas como área indígena a partir de 5 outubro de 2013. Também prevê indenização pelas benfeitorias efetuadas sobre o terreno em dinheiro ou em títulos da dívida agrária para recompor os danos causados aos detentores de boa-fé de títulos de domínio expedidos pelo Poder Público em razão dos processos de demarcação. De acordo com a PEC, os cálculos serão realizados com base no valor da terra nua e das benfeitorias necessárias e úteis realizadas. Não haverá reparação, no entanto, se a posse atual for irregular.

A intenção do presente trabalho não é avaliar a PEC em si, mas analisar a tese segundo a qual é viável, no atual ordenamento jurídico, a indenização pela terra nua nos processos de demarcação. Conclui-se, pelo exposto acima, que o atual ordenamento jurídico não abarca a possibilidade de indenização da terra nua, havendo a necessidade de emenda constitucional para que se concretize esse direito.

## 5. REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes. Artigos 231 e 232. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, Relator. Julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19/03/2009.

JABUR, Alexandre. Em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc\\_artigos/alexandre-jabur](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur). Acesso em [16/06/2017](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur).

MENDES, Gilmar Ferreira. "O Domínio da União sobre as Terras Indígenas. O Parque Nacional do Xingu". Brasília: Ministério Público Federal, 1988.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009.

NOTAS:

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Trecho do voto do Ministro Ayres Britto, Relator. Julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19/03/2009.

[2] Em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc\\_artigos/alexandre-jabur](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur), p. 22. Acesso em 16/6/2017.

[3] Em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1295493-analise-atraso-no-processo-de-demarcacao-contribui-para-ocupacao-indevida.shtml>. Acesso em 16/6/2017.

[4] Em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc\\_artigos/alexandre-jabur](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur), p. 23. Acesso em 16/6/2017.

[5] Pet 3388, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049.

[6] Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

[7] Assim dispõe o artigo 67 do ADCT: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

[8] Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

[9] Em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc\\_artigos/alexandre-jabur](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur), p. 31. Acesso em 16/6/2017. O autor busca com o artigo acadêmico avaliar todas as opções para contornar a vedação constitucional à indenização pelo valor da terra

nua nesses casos. Conclui, dentre outras coisas, ser prescindível a solução buscada por meio de emenda constitucional, porque, em suas palavras, “mediante simples esforço exegético, a fim de interpretar sistematicamente a Constituição, conjugando os seus artigos 37, § 6º e 231, § 6º, é possível conferir validade jurídica ao pagamento de indenizações além das benfeitorias de boa-fé (...)”.

[10] Em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc\\_artigos/alexandre-jabur](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur), p. 18. Acesso em 16/6/2017.

[11] Também da mesma opinião, VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009. p. 136.

[12] MENDES, Gilmar Ferreira. "O Domínio da União sobre as Terras Indígenas. O Parque Nacional do Xingu". Brasília: Ministério Público Federal, 1988, pp. 70-71.

[13] Registre-se que a Constituição não veda que outros entes federados, diversos da União, sejam responsabilizados para fins de indenização de terra nua após a demarcação de terras indígenas. Com efeito, Estados e Municípios não são mencionados pelo texto constitucional. Por isso, poderiam, em tese, ser demandados judicialmente, por exemplo, caso alienem ou titulem indevidamente terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como se fossem do seu domínio. Compartilhando essa opinião: ANJOS FILHO, Robério Nunes. Artigos 231 e 232. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2425.

[14] Em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc\\_artigos/alexandre-jabur](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur), p. 25. Acesso em 16/6/2017.

[15] PEC 409/2001 (Modifica o § 6º do art. 231 da Constituição Federal para preservar os direitos do pequeno produtor rural que ocupe terras indígenas e que detenha títulos havidos e benfeitorias erigidas em boa fé, através de competente registro); PEC 161/2003 (Modifica o § 6º do art. 231 da Constituição Federal para garantir ao colono que possuir terras em áreas decretadas como de posse permanente dos índios o direito de receber indenização no valor total do bem desapropriado); PEC 3/2004 (Acrescenta ao art. 231 da Constituição o § 8º, que faculta ao poder público desapropriar imóvel para efeito de demarcação em favor da comunidade indígena).

[16] Em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1724712>. Acesso em 23/05/2017.

## **DA POSSIBILIDADE DE SOCIEDADE LIMITADA EMITIR DEBÊNTURE E A CONSEQUENTE ALAVANCAGEM DA ECONOMIA BRASILEIRA COMO REFLEXO**

**KARINA MEDEIROS DE ABREU:** Servidora pública Federal - Analista Judiciária - área judiciária - Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de fomentar a discussão acerca da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures e alguns reflexos positivos que isso pode causar na economia brasileira. A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-teórica e se utilizará da metodologia da revisão bibliográfica de textos e artigos científicos de doutrinadores de direito empresarial e de economia como Professor da FGV e da Fipecafi, Doutor em Direito pela PUC-SP, Edison C. Fernandes, Carvalho Filho e Juliano Lima Pinheiro. Será feita a abordagem de uma operação mercantil típica das sociedades anônimas, a qual, na visão de alguns operadores do direito não seria possível ser realizada pelas sociedades limitadas por ausência de permissão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, há quem defenda que isso seria possível por não existir em nosso ordenamento uma norma expressa e proibitiva que impossibilite que isso ocorra. Fato é que a emissão de debêntures e o seu lançamento no mercado mobiliário podem atuar como ferramentas para alavancar a economia brasileira, considerando o número de sociedades limitadas registradas no país e o crescente número de surgimento de novas sociedades dessa espécie a cada ano.

**PALAVRAS-CHAVE:** DEBÊNTURES. SOCIEDADE LIMITADA. DESENVOLVIMENTO. ECONOMIA.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures; 3 Da emissão de debêntures como ferramentas de expansão do mercado de capitais e consequente alavancagem da economia brasileira; 4 Considerações Finais; Referências bibliográficas.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

Muito se discute, no Brasil, sobre a possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures. Mas o que são as debêntures? São títulos

mobiliários representativos de dívida, que a empresa levanta com o investidor e em troca paga uma rentabilidade por isso. Um dos principais objetivos da emissão do referido título mobiliário é, geralmente, propiciar financiamentos de projetos de investimentos ou alongamento do perfil de dívida. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, norma expressa proibindo esta hipótese. Por outro lado, tampouco se pode dizer que haja autorização também expressa no sentido de sua permissão.

Doutrina e jurisprudência estão longe de serem pacíficos a esse respeito. A título de exemplo, o doutrinador Edwaldo Tavares Borba (2005) discorda da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures, por ser uma atividade que fere a própria natureza jurídica deste tipo societário. Em sentido contrário, o professor e também doutrinador Edison C. Fernandes<sup>[1]</sup>, defende a possibilidade das limitadas realizarem tal operação financeira, com escopo na Instrução 476/2009, da CVM.

A pesquisa proposta se faz necessária diante do problema que aflige não só os operadores do direito, mas toda sociedade, em especial no ambiente empresarial e no mercado de capitais, no que se refere à insegurança jurídica que permeia a operação de emissão de debêntures por uma sociedade limitada. Deve-se atentar, ainda, aos reflexos disso no mercado de capitais e como consequência, no próprio contexto do desenvolvimento econômico.

Os títulos mobiliários são negociados no mercado de capitais. O mercado de capitais é um sistema criado para facilitar a capitalização das empresas, contribuindo para a geração de riqueza à sociedade. Não se pode perder de vista a importância do mercado de capitais para o desenvolvimento econômico do país; ele contribui para o ciclo virtuoso da economia. No Brasil, de acordo com os estudiosos do tema e dados estatísticos, em comparação com o mercado de capitais de sociedades desenvolvidas, como os Estados Unidos, por exemplo, o mercado de capitais ainda tem muito a crescer. O número de empresas registradas nesse mercado ainda é consideravelmente baixo.

Por outro lado, importante lembrar que a sociedade limitada é o tipo societário mais constituído no Brasil, conforme relatórios estatísticos disponibilizados no site do DNRC, bem como do Departamento de Registro Empresarial e Integração, da Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa.

Nesse passo, a presente pesquisa tem por objetivo contribuir para os ramos científicos do direito comercial e econômico, buscando analisar e repensar a questão de a possibilidade de sociedades limitadas distribuírem debêntures. Isso garantir-lhes-ia iguais oportunidades às que são concedidas às companhias, propiciando o seu crescimento e desenvolvimento econômico. Visa, ainda, analisar a importância das debêntures e seu potencial para atuar como instrumento de expansão do mercado de capitais, redundando, como consequência, em benefício para o conjunto da economia brasileira.

De acordo com o entendimento de Carvalho Filho (2001), o nível de capitalização de empresas tem impacto direto no desenvolvimento de um país. Dessa forma, quanto maior a capitalização das empresas, maior seu potencial de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). E conforme entendimento do doutrinador Juliano Lima Pinheiro, o mercado de capitais é um dos agentes responsáveis pelo crescimento econômico do país. (PINHEIRO, 2005)

O caminho metodológico percorrerá a análise de conteúdos doutrinários, bem como pareceres e legislações, buscando assim verificar os pontos positivos, na visão do direito empresarial e sob o enfoque econômico, da possibilidade de uma sociedade limitada emitir debêntures em oferta pública e seus reflexos no mercado de capitais e na economia brasileira.

Apresenta-se como hipótese que não só é possível às sociedades limitadas emitirem debêntures, como também não é mais aceitável a restrição deste tipo societário de participar do mercado de capitais. Considerando o número de sociedade limitadas existentes no Brasil, a possibilidade de emissão de debêntures por esse tipo societário se apresenta como mola propulsora do mercado de capitais e ferramenta de alavancagem da economia, como consequência.

## **2 - Da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures**

Quando uma empresa necessita captar recursos a médio e longo prazo no mercado, destinados, geralmente, a financiamentos de projetos de investimentos ou alongamento do perfil de dívida, uma das suas opções é a emissão de debêntures. É uma dívida que a empresa levanta com o investidor e em troca paga uma rentabilidade por isso.

A colocação de debêntures no mercado pode ser feita por meio de oferta pública, via instituição financeira, ou privada, quando os papéis são colocados diretamente junto aos investidores, sem a intermediação de instituições financeiras. E as debêntures podem ser conversíveis em ações da companhia emissora ou não conversíveis.

A Lei 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas, em seu artigo 52, ao prever a possibilidade de emissão de debêntures, foi expressa ao determinar que o título pode ser emitido pelas “companhias”. Atribuiu-se legitimação expressa para a emissão de debêntures exclusivamente às sociedades anônimas e às sociedades em comandita por ações.

A regra jurídica *mater* dos valores mobiliários é a Lei 6.385/76 – Lei do Mercado de Valores mobiliários. Em seu artigo 2º, I, estão listados os principais instrumentos dessa natureza, sendo que todos estão relacionados apenas a entidades de natureza institucional. No parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal encontram-se listados os títulos da mesma natureza que não estão submetidos à referida lei. E neste ponto, observa-se que não foi feita qualquer referência à possibilidade de debêntures serem emitidas por sociedade limitada.

Desta forma, como regra geral, os valores mobiliários apenas poderiam ser emitidos pelas companhias (sociedade anônima e sociedade de comandita por ações), devido a sua natureza institucional, evidente pela forma de participação que lhes é inerente, qual seja, a ação, que também é um valor mobiliário. Este é o posicionamento de renomado doutrinador José Edwaldo Tavares Borba (2005).

Porém, numa análise mais apurada do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei 6.385/76, que prevê que os emissores de valores mobiliários, seus administradores e controladores estarão sujeitos às normas das companhias abertas, cabe interpretação diversa, mais ampla. Pode-se notar que o legislador deixou explicitado na norma que outros tipos societários, além das sociedades anônimas, podem criar, emitir e colocar valores mobiliários em circulação. Já dizia Carlos Maximiliano que “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente” (Maximiliano, 2000).



Assim, se o entendimento fosse apenas de emissão de valores mobiliários por companhias, não haveria a necessidade de se incluir o referido parágrafo. A norma não contém palavras inúteis, supérfluas e sem efeito. Este é outro válido ensinamento sobre hermenêutica jurídica passado por Maximiliano, “devem-se compreender as palavras [da lei] como tendo alguma eficácia”. (Maximiliano, 2000).

Relevante lembrar, ainda, que uma das diferenças mais evidentes entre as ações e as debêntures é que, esta última, de praxe, não é conversível em ação, de forma que sua emissão não resulta num aumento do quadro societário da empresa. Desta forma, em se tratando de debênture não conversível, perfeitamente possível sua emissão por sociedade limitadas, pois não ferirá sua natureza contratual.

Não se pode dizer, portanto, que os referidos dispositivos legais (art. 52, Lei 6.404/76 e art. 2º, Lei 6.835/76) sejam regras proibitivas em relação à operação de emissão de valores mobiliários pelas sociedades limitadas. Se por um lado não há autorização expressa para que as sociedades limitadas emitam valores mobiliários, por outro, também não há se falar que haja vedação expressa acerca da citada operação por este tipo societário. Vigoraria, ainda, o princípio da liberdade, segundo o qual tudo que não estiver expressamente proibido no ordenamento jurídico, encontrar-se-ia permitido.

Ademais, em sendo adotada pela sociedade limitada, como regra supletiva para sua regulamentação, a Lei das Sociedades Anônimas, estaria suprida, de forma complementar, a necessidade formal de previsão de possibilidade das limitadas (tipo societário contratual) de emitirem títulos previstos, a princípio, somente para sociedade de natureza institucional.

Importante citar, ainda, que em 2009 a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, publicou a Instrução 476, por meio da qual se regulou as ofertas públicas de valores mobiliários realizadas com esforços restritos de venda.

Na opinião<sup>[2]</sup> do Professor da FGV e da Fipecafi, doutor em direito pela PUC-SP, Edison C. Fernandes, a referida Instrução da CVM autorizou expressamente a emissão de debêntures não conversíveis em ações pelas sociedades limitadas, na modalidade de oferta pública distribuída com esforço

restrito. Teria sido dispensado, pela CVM, o registro da oferta perante a autarquia, que também não teria limitado sua abrangência a nenhum tipo societário.

Dentre outras características, a oferta pública de esforço restrito deve ser destinada, exclusivamente, a investidores qualificados a ser intermediada por integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários (instituição financeiras e corretoras de títulos e valores mobiliários), sendo vedada a busca de investidores por meio de lojas, escritórios ou estabelecimentos abertos ao público, ou com a utilização de serviços públicos de comunicação, como a imprensa, o rádio, a televisão e páginas abertas ao público na rede mundial de computadores.

Na oferta pública de esforço restrito, ainda, os fundos de investimento podem ser procurados e serão considerados como um único investidor se as decisões de investimento forem tomadas pelo mesmo gestor. E limitou-se a estrutura dessa operação à procura de, no máximo, 50 (cinquenta) investidores qualificados, e os valores mobiliários ofertados deverão ser subscritos ou adquiridos por, no máximo, 20 (vinte) deste tipo de investidor.

Foi nítida a intenção da CVM, quando da criação da Instrução n. 476, de facilitar o acesso ao mercado de capitais a todos os tipos societários, sem distinção, caso contrário, a própria autarquia teria previsto a restrição para alguns tipos.

Verifica-se, assim, que às sociedades limitadas também teria sido garantida a emissão de debênture como alternativa de captação de recurso públicos, e, ainda, a oferta desse título de dívida poderia ser analisada como opção na estruturação de parceria entre uma empresa limitada e um fundo de investimento, por exemplo.

O mercado de capitais é vasto e oferece oportunidade para todos. Negar às sociedades limitadas o acesso à esse mercado é, por um lado, negar a ela o direito de ser mais competitiva no mercado, e por outro lado, é como taxá-la de empresa de “segunda categoria”.

Há que se mencionar que, no Brasil, a maioria das empresas são constituídas sob a forma de sociedade limitada, sendo que muitas delas são tão

desenvolvidas quanto às sociedades por ações e possuem estruturas e capital suficientes para efetuar a emissão de debêntures. Dessa forma, não prospera o argumento de que a sociedade limitada não preencheria requisitos mínimos e básicos para emitir valores mobiliários e que não teria condições financeiras e econômica de honrar com os títulos.

Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM é responsável por fiscalizar qualquer instituição que realize emissão pública de títulos de dívida, atribuição prevista na própria Lei da S.A., independentemente do tipo societário. Nesse passo, as sociedades limitadas deverão cumprir as regras desse mercado, obrigatoriamente, ao iniciar sua participação nele. Em outras palavras, a CVM deverá sempre afiançar a idoneidade dos títulos negociáveis, garantindo a segurança jurídica necessária, de forma que as pessoas que se interessarem pelos títulos saberão o que estão adquirindo.

Diante desse contexto, indaga-se, seria possível a emissão de valores mobiliário, em especial a debênture, por sociedade limitada, que, por sua própria natureza contratual não possui capital aberto? Ou seria a natureza jurídica deste tipo societário um empecilho legal para realização de tal operação no mercado de capitais? Seria necessária autorização expressa no ordenamento jurídico para que uma sociedade limitada pudesse emitir debêntures? Ou basta que não haja uma vedação expressa neste sentido?

Uma vez possibilitada às sociedades limitadas integrarem o mercado de capitais, além de estas empresas terem acesso facilitado a capital mais barato e abundante, haverá um considerável aumento no volume de emissores e de títulos mobiliários no mercado de valores. Então, surge novo questionamento: seria a possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures no mercado de capital uma forma de propiciar e alavancar o seu crescimento e desenvolvimento econômico, bem como o crescimento do mercado de valores, redundando, como consequência, em benefício para o conjunto da economia brasileira? Seria esta uma razão legítima, plausível e suficientemente forte para justificar e impulsionar o nosso legislador a tomar atitude de modificar o ordenamento jurídico, acrescentando a ele norma expressa que autorize as sociedades limitadas a emitirem debêntures?

Na prática, em que pese os argumentos favoráveis à emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, a doutrina é dissidente e está longe de ser considerada pacífica acerca do assunto, tampouco existe jurisprudência uníssona neste sentido. Assim, não há como negar a insegurança jurídica que permeia o assunto e impede que interessados na emissão dos referidos títulos mobiliários por sociedades limitadas dêem seguimento à operação, pois esta poderia ser questionada. Por isso, continuam optando pela mais conhecida e expressamente permitida no ordenamento jurídico operação de emissão de debênture pelas sociedades anônimas.

Com o objetivo de garantir a segurança jurídica necessária aos investidores na operação de distribuição pública de debêntures por uma sociedade limitada, seria necessário que o ordenamento jurídico previsse de forma expressa essa hipótese. Indene de dúvida que isso facilitaria consideravelmente a vida dos operadores do direito ao lidarem com essa hipótese na prática diária e o cotidiano do próprio poder judiciário ao analisar casos que envolvam essa situação. Evitar-se-ia o surgimento de jurisprudências conflitantes, bem como que os investidores do mercado de capitais acabem por desistir desta operação quando envolver sociedade limitada, diante das incertezas jurídicas que permeiam essa situação, favorecendo, assim, somente as sociedades anônimas.

Mas o legislador pátrio não está dormindo no que se refere à essa discussão. Há Projeto de Lei tramitando na Câmara Federal prevendo a emissão de debêntures por sociedade de responsabilidade limitada, qual seja, Projeto de Lei no. 6.322/2013, de autoria do deputado federal Carlos Bezerra (PMDB/MT). A proposta original visava acrescentar o parágrafo único ao artigo 52 da Lei Federal n. 6.404/76. Posteriormente a proposta recebeu emenda substitutiva, prevendo a inserção, no Código Civil, do artigo 1084-A, com referência expressa quanto à observância dos requisitos estabelecidos na Lei das Sociedades Anônimas, de forma a colocar fim na discussão acerca da legitimidade deste tipo societário emitir valores mobiliários.

Conclui-se que, seja por inexistir regra proibitiva expressa de emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, seja pela adoção do princípio da isonomia, para garantir-lhes iguais oportunidades às que são concedidas às companhias, não há como negar que esse tipo de constituição empresarial não só está permitida de

emitir debêntures, como isso atuará como uma ferramenta de alavancagem da economia brasileira.

Frise-se que o número de sociedades limitadas registradas no Brasil é imenso e cresce cada vez mais. Sua entrada no mercador de capitais como emissor de títulos mobiliários, ampliaria de forma perceptível a base de emissores de títulos, ocasionando a expansão, um verdadeiro *boom* desse mercado, que indubitavelmente resultaria em uma guinada na economia do país. Além disso, chegar-se-ia mais perto de um equilíbrio do mercado, na medida em que se evitaria que apenas as sociedades anônimas se beneficiem das vantagens oferecidas pelo mercado de capitais.

### **3 - Da emissão de debêntures como ferramenta de expansão do mercado de capitais e consequente alavancagem da economia brasileira**

O presente tópico visa analisar a importância das debêntures na atuação como instrumento de expansão do mercado de capitais, ao se considerar a hipótese de se estender a possibilidade de emissão do referido título de valor a outro tipo societário, que não só às companhias, em especial à sociedade limitada, tipo societário mais adotado no Brasil. Diante desse contexto não há como negar o seu grande potencial de desempenhar o papel de ferramenta de alavancagem do desenvolvimento da economia, como reflexo da referida ampliação do mercado de valores.

O mercado de capitais é um sistema criado para facilitar a capitalização das empresas, contribuindo para a geração de riqueza à sociedade. Visa a distribuição de valores mobiliários, proporcionando liquidez aos títulos de emissão de empresas e viabilizando seu processo de capitalização. Também possui como função primordial aproximar os dois principais agentes do mercado: o poupador, que tem excesso de recurso, mas não tem oportunidade de investi-lo em atividades produtivas e o tomador, que está em situação contrária. É constituído pelas bolsas, corretoras e outras instituições financeiras autorizadas. Os principais títulos negociados são os representativos do capital de empresas – as ações – ou de empréstimos tomados, via mercado, por empresas – debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e *comercial papers* - que permitem a circulação de capital para custear o desenvolvimento econômico.

Não se pode perder de vista a importância do mercado de capitais para o desenvolvimento econômico do país. Com mais recursos captados diretamente dos investidores, as empresas podem aumentar sua produção, gerando empregos e colaborando para o progresso do Brasil. Ou seja, o mercado de capitais contribui para o Ciclo Virtuoso da Economia. Segundo Juliano Lima Pinheiro: “a missão do mercado de capitais é oferecer condições financeiras necessárias para retomar e sustentar o crescimento econômico, gerar empregos e democratizar oportunidades e capital.” (PINHEIRO, 2005, p.155)

Assaf Neto (2000, p.102) destaca que:

“O mercado de capitais assume papel dos mais relevantes no processo de desenvolvimento econômico. É o grande municiado de recursos permanentes para a economia, em virtude da ligação que efetua entre os que têm capacidade de poupança, ou seja, os investidores, e aqueles carentes de recursos de longo prazo, ou seja, que apresentam déficit de investimento”.

O mercado de capitais proporciona o aumento da eficiência das empresas e constitui um incentivo à inovação, podendo ser esta considerada uma das maiores fontes de desenvolvimento econômico. O mercado acionário promove a socialização e a democratização do capital, pois difunde a propriedade das empresas entre pequenos poupadores. Seguindo entendimento de Carvalho Filho (2001), o nível de capitalização de empresas tem impacto direto no desenvolvimento de um país. Dessa forma, quanto maior a capitalização das empresas, maior seu potencial de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB).

Historicamente, sociedades economicamente mais avançadas têm apresentado tendência a exibir estruturas financeiras onde o mercado de capitais (desintermediação) cresce continuamente em importância, como canal de circulação de recurso em relação ao mercado de crédito. A significância dessa relação é reforçada pela constatação de que o processo de desenvolvimento financeiro das principais economias capitalistas tem como características a rápida expansão do mercado de títulos. (CARVALHO, 2000).

Nos últimos anos, principalmente a partir da primeira década deste século XXI, os mercados de capitais vêm se transformando, cada vez mais, em instrumento de desenvolvimento tanto financeiro para as empresas quanto econômico social para o país. Em um estudo comparado, pode-se dizer que um dos fatores que explicam o maior período de prosperidade da economia dos Estados Unidos é a existência de um mercado de capitais com vigor e flexibilidade para financiar a nova economia.

De acordo com estudo de Nóbrega, Loyola, Guedes Filho e Basial (BOVESPA, 2000, p.8):

Se incluirmos os títulos de dívida emitidos por empresas, as proporções do mercado brasileiro são ainda menores. Em 1998, o montante desses títulos era de apenas US\$ 20,1 bilhões no Brasil contra US\$ 2,67 trilhões nos EUA e US\$ 1,2 trilhão no Japão. Como proporção do PIB, temos 30,0% nos EUA, 36,5% no Japão e apenas 2,6% no Brasil. (...) O número de empresas presentes nas Bolsas é pequeno, assim como a participação dos investidores institucionais no mercado.

Ainda segundo o referido estudo (BOVESPA, 2000), quanto maior a participação de empresas de capital aberto na economia e quanto mais desenvolvido o mercado de capitais, maior será a quantidade de empresas buscando a maior eficiência possível para seu capital. Já as empresas ineficientes serão punidas, perdendo investidores e capital. Mesmo as empresas que não participem do mercado de capitais serão obrigadas a melhorar sua eficiência pelo efeito da concorrência das demais. A soma desses efeitos microeconômicos traduz-se em maior eficiência do capital em toda a economia.

Com ressalva ao valoroso estudo de Nóbrega, Loyola, Guedes Filho e Basial, apenas no ponto em que cita a espécie de empresas de capital aberto, por defender no presente trabalho que não são apenas as empresas com capital aberto que podem participar do mercado de capitais, o raciocínio dos estudiosos citados corrobora com a defesa apresentada no presente trabalho da participação das sociedades limitadas no mercado de capitais como emissoras de debênture.

Importante mencionar que um dos principais títulos negociáveis no mercado de valores mobiliário atualmente é a debênture. Quando uma empresa necessita captar recursos a médio e longo prazo no mercado, destinados, geralmente, a financiamentos de projetos de investimentos ou alongamento do perfil de dívida, uma das suas opções é a emissão de debêntures. É uma dívida que a empresa levanta com o investidor e em troca paga uma rentabilidade por isso. A emissão de título mobiliário representativo de dívida se apresenta como alternativa mais barata e vantajosa à tomada de empréstimos bancários, capital este titular dos mais altos juros do mercado. É a captação pública de recurso sem implicar a emissão de novas ações da companhia.

Esse título mobiliário vem apresentando crescimento significativo em seus números de emissão e negociação nas últimas duas décadas em especial, conforme dados numéricos das entidades participantes do mercado de capitais. Em alguns anos (2006, 2011 e 2012) superaram até mesmo a emissão de ações, conforme comprovado pelos dados consolidados no Comparativo de Valores Mobiliários, que abarcou o período de 1995 até 2015[3].

De acordo com fontes jornalísticas e dados numéricos disponibilizados pelo SND (Sistema Nacional de Debêntures), CETIP (Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos), Comissão de Valor Econômico (CVM), BM&FBOVESPA, o mercado primário de debêntures está em plena expansão. Somente no final do 2012 o estoque de debêntures ultrapassou o recorde de aproximadamente R\$500 bilhões[4] na CETIP (Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos), em outubro de 2013 o estoque alcançou R\$579 bilhões[5], alta de 8,42% em relação ao mesmo período do ano de 2012, em maio de 2014 atingiu novamente recorde histórico, com R\$626,6 bilhões[6], e em Junho do ano corrente, o volume de debêntures negociadas cresceu 44% em comparação à maio[7].

Esses dados demonstram que os investidores estão buscando cada vez mais este tipo de emissão que, apesar do risco, pode ser mais rentável do que outros tipos de investimentos a médio e longo prazo, principalmente se levadas em consideração as facilidades trazidas pela emissão de debêntures com esforço restrito de colocação.

Como já mencionado, hoje, somente as companhias emitem e negociam o referido título no mercado de capitais, diante da ausência de permissão



expressa no ordenamento jurídico para que as sociedades limitadas o façam. E, mesmo com essa limitação, o mercado das debêntures está em plena expansão. Imaginem se fosse considerado o nicho de mercado das sociedades limitadas como emissoras dos referidos títulos de dívida? Ou seja, se os estoques de debêntures vêm, desde o início dos anos 2000[8], quebrando recordes, e considerando que elas são emitidas apenas pelas sociedades anônimas, o que se pode pensar e dizer, se estivessem sendo emitidas pelas sociedades limitadas, de forma segura e regulamentada?

Acerca das sociedades limitadas, cabe lembrar que este tipo societário é de longe o mais constituído no Brasil, como já dito. Conforme relatório estatístico sobre a constituição de empresas por tipo jurídico no Brasil, de 1985 a 2005, disponibilizado no site do DNRC, bem como relatórios estatísticos mensais nacionais, de Janeiro de 2015 a Setembro de 2015, disponibilizados pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração, da Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa[9].

A correlação entre o aumento da emissão de debêntures e o desenvolvimento econômico foi objeto de estudo elaborado por Renê Coppe Pimentel, Edna Ferreira Peres e Gerlando Augusto Sampaio Franco Lima, em que se verificou aumento das colocações do referido título no mercado durante o período de estabilização da economia brasileira, no chamado Plano Real, e crescimento econômico atrelado à ampliação da oferta deste valor mobiliário. Entretanto, não se analisou a possibilidade de as sociedades limitadas as emitirem e o impacto ainda maior que isto causaria na economia. Alguma dúvida que não?

#### **4 – Considerações Finais**

A doutrina existente acerca da possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures é escassa e a pouca existente é dissidente, de forma que a discussão acerca desse assunto está longe de poder ser considerada pacífica. Tampouco existe jurisprudência uníssona neste sentido. Isso causa grande insegurança jurídica tanto no mundo do direito quanto no da prática das negociações de títulos de valor.

Rachel Sztajn, estudando os custos provocados pelo direito, aponta que segurança é a palavra de ordem. “A insegurança que decisões apressadas e

inconsistentes pode provocar nos agentes econômicos constitui os custos de transação, do que resultará ineficiência alocativa.” (SZTAJN, 1998, p.77).

Dito isso, em atenção ao clamor geral de estabilidade e equilíbrio das categorias do Direito Societário, com o objetivo de se minimizar os riscos e, conseqüentemente, os custos empresariais, bem como garantir a segurança jurídica necessária aos investidores na operação de distribuição pública de debêntures por uma sociedade limitada, é aconselhável que os operadores e estudiosos do direito se debrucem a fundo sobre o assunto. Dessa forma, será possível fornecer ao legislador subsídios suficientes e necessários para que ele modifique o ordenamento jurídico, prevendo de forma expressa a hipótese em questão.

Enquanto isso não se efetiva, pelo bem do equilíbrio do mercado e da expansão da economia, defende-se que a ausência de autorização expressa para as sociedades limitadas emitirem debêntures é uma porta de entrada e uma autorização tácita para que as mesmas o façam. Estamos diante de um nítido caso de silêncio eloquente do legislador. Lembrando que a possibilidade de emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, pode servir de mola propulsora do mercado de capitais, ocasionando a alavancagem da economia brasileira.

Em qualquer lugar do mundo há um consenso acerca da necessidade de crescimento econômico. O crescimento e desenvolvimento da economia resultam em mais empregos, mais renda e maior arrecadação. O crescimento da economia se faz com aumento contínuo da capacidade de produção, assim como ocorre nas empresas. Entretanto, essa expansão depende de novos investimentos que produzam alguns efeitos principais, a saber: acumulação de capital e aumento de sua produtividade.

Do modo como está hoje, apenas as companhias de capital aberto se beneficiam das vantagens e benefícios do mercado de capitais, sendo que este mercado ainda conta com um baixo número de empresas registradas, em comparação com o mercado das economias desenvolvidas, como nos Estados Unidos.

Não se pode olvidar que milhares de empresas constituídas como sociedades limitadas, hoje, possuem uma estrutura organizada e uma saúde

financeira tão sólidas e confiáveis quanto às sociedades por ações, capazes de suportarem de forma segura a emissão e a liquidação de debêntures. O financiamento público captado diretamente do investidor, é alternativa mais barata e menos burocrática, o que facilita a vida econômica e financeira da empresa. Este raciocínio não é diferente quando se trata de sociedade limitada.

O mercado de capitais no Brasil ainda tem muito para crescer. Impedir que as sociedades limitadas tenham acesso a esse mundo das negociações de títulos cambiais, além de representar a denegação a ela do direito de ser mais competitiva, é impedir a expansão do próprio mercado de valores mobiliários e do desenvolvimento da economia como consequência direta desta expansão.

Quanto mais amplo o leque de opções disponíveis nos mercados de capitais, maior a facilidade de transferência de recursos para alternativas de investimentos mais adequadas ao processo de desenvolvimento econômico, o que resultará, nas palavras de Andrea F. Andrezo e Iran Siqueira Lima, em um aumento geral da produtividade, da eficiência e do bem-estar da sociedade (ANDREZO, LIMA, 2007).

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2000).

ANDREZO, Andrea F.; LIMA, Iran Siqueira. *Mercado Financeiro: Aspectos Conceituais e Históricos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Das debêntures*. Rio de Janeiro: Renovar 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Societário*. 14ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Fernando Cardim, et.al. *Economia Monetária e Financeira: teoria e política*. 4ª ed. Rio de Janeiro. 2000.

CARVALHO FILHO, Eleazar de. *A ponte para o futuro. Fatos recentes que têm levado ao desenvolvimento do mercado de capitais*. Revista da CVM, nº 33, janeiro de 2001.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônima*. 1º Vol. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira.

São Paulo: Livraria e Editora Jurídica Senador, 2000.

CASTRO, Marina Grimaldi. *Debêntures: forma de captação de recursos no mercado de capitais brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTRO, Moema Augusta Soares de, GONÇALVES, Fernando et WALD, Arnaldo (Coord.). *Sociedades anônimas e mercado de capitais*. Homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*. V2. São Paulo; Saraiva, 2012.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sociedade Limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

EIZIRIK, Nelson et. al. *Mercado de capitais e regime jurídico*. 2.ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI; o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1999

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado das debêntures*, 1º Vol. Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos, 1944.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Lições de Direito Societário*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Das Sociedades Anônimas*. Comentários à Lei. Vol. I. Rio de Janeiro. Renovar. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica a Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2000.

MELLO, Pedro Carvalho. *Mercado de Capitais e Desenvolvimento Econômico*. (Cap. II). In: CASTRO, Helio Oliveira Portocarrero (Org). *Introdução ao Mercado de Capitais*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: IBEMEC, 1979.

PEREIRA Filho, Valdir C. ; HAENSEL, T.A *Instrução CVM 476 e as ofertas públicas com esforços restritos*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 45, p. 333-343, 2009

\_\_\_\_\_. *Das sociedades anônimas*. Comentários à lei. Vol. I. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

PITTA, André Grunspun. *A possibilidade de Emissão de Debêntures por Sociedade Limitada Regida Supletivamente pela Lei das Sociedades por Ações*. In: Sociedade Limitada Contemporânea, Coleção IDSA. Coord(s): AZEVEDO, Luís André N. de Moura et CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. São Paulo. Quartier Latin do Brasil, 2013.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v.2. São Paulo: Saraiva,

SZTAJN, RACHEL. *Os custos provocados pelo direito*. In: Revista de Direito Mercantil, v.112. São Paulo: Malheiros, 1998.

VEIGA, Marcelo Godke; OIOLI, Erik Frederico. *As Sociedades limitadas e o mercado de capitais*. In: *Sociedade Limitada Contemporânea*, Coleção IDSA. Coord(s): AZEVEDO, Luís André N. de Moura et CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. São Paulo. Quartier Latin do Brasil, 2013.

### ***Teses, Dissertações, artigos e matérias jornalísticas***

AMARAL, José Romeu Garcia do, Título: *Ensaio Sobre o Regime Jurídico das Debêntures*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Orientador: Professor Dr. Erasmo Valadão Azevedo e Novaes França

ANBIMA. *Oferta Pública com Esforços Restritos*. Disponível em [http://www.anbima.com.br/informe\\_legislacao/2014\\_022.asp](http://www.anbima.com.br/informe_legislacao/2014_022.asp) Acesso em [31/10/2015](#).

BORBA, Gustavo Tavares. Parecer da JUCERJA. Proc.: 07-012/232000-0 LOTUS AZUL INCORPORAÇÃO E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA Emissão de debêntures por sociedade limitada. Impossibilidade. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em <https://www.jucerja.rj.gov.br/Instituicao/procuradoria/pdf/0720122320000.pdf> Acesso em 30/10/2015

FERNANDES, A. C., Título: *Debêntures: Distribuição Privada por Sociedade Limitada na Recuperação da Empresa*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011. Orientador Professor Osmar Brina Correa Lima

FERNANDES, Edison Carlos; *Debêntures das limitadas*. Valor Econômico, São Paulo, p. D3 - D3, 06 maio 2010. Disponível em <http://www.debentures.com.br/informacoesaomercado/noticias.asp?mostra=7290&pagina=> Acesso em 31/10/2015.

GUIA DE DEBÊNTURES. Bovespa Fix. Mercado de Títulos de Dívida Corporativa. Atualizado em janeiro de 2006. Disponível em: [www.bmfbovespa.com.br/pt-br/download/bf\\_guiadedebentures.pdf](http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/download/bf_guiadedebentures.pdf) Acesso em 01/11/2015

IBGC. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. Disponível em <http://www.ibc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>.

INFOMONEY. Estoque de debêntures atinge recorde na Cetip. 2013. Disponível em <http://econocmia.uol.com.br/noticias/infomoney/2013/01/11/estoque-de-debentures-atinge-recorde-na-cetip.htm>. Acesso em: 02/11/2015

\_\_\_\_\_ Mercado de debêntures tem grande potencial para crescer, diz LCA. Disponível em <http://www.infomoney.com.br/onde-investir/renda-fixa/noticia/2672357/mercado-debentures-tem-grande-potencial-para-crescer-diz-lca>. Acesso em 11/11/2015

LISBOA, Roberto Senise. *Da Confiança como Valor Fundamental e Princípio Geral do Negócio Jurídico*. Tese para concurso de provimento do cargo de Professor titular do Departamento de Direito Civil da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

NÓBREGA, Maílson da; LOYOLA, Gustavo; GUEDES FILHO, Ernesto Moreira; BASIAL, Denise. *O mercado de capitais, sua importância para o desenvolvimento e o que se defronta no Brasil. Estudos para o desenvolvimento do mercado de capitais*. São Paulo: BOVESPA, 2000. Disponível em: [www.bovespa.com.br](http://www.bovespa.com.br) Acesso em 01/11/2015

RIBEIRO, Andrea Massagão, Título: *O Desenvolvimento do Mercado Brasileiro de Debêntures. Avaliação do Caso Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2002. Orientador Professor. Dr. Cláudio Vilar Furtado.

### **Legislação**

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União de 05.10.1988.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589488>

BRASIL, Lei n. 4. 728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial da União, de 16.7.65 e [retificado em 16.8.1965](#).

BRASIL, Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União de 17.12.1976 (suplemento)

BRASIL, Lei n. 6.835, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, 09 de junho de 1976

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

BRASIL. Instrução CVM 476, de 16 de janeiro de 2009. Dispõe sobre as ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados. Diário Oficial da União de 19.01.09. ALTERADA pelas Instruções [482/10](#), [488/10](#), [500/11](#); [551/14](#) e [554/14](#).

NOTAS:

[1] Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV e da FIPECAFI, Doutor em Direito pela PUC-SP

[2] Posicionamento divulgado em matéria para o Jornal Valor Econômico (São Paulo, 2010):

“(…)

Como opção muitas vezes vantajosa de financiamento, a emissão pública de debêntures pode vir a beneficiar também às sociedades limitadas na sua necessidade de caixa.

(…)

Ocorre que a atual regulamentação normativa do mercado de capitais, no Brasil, autoriza expressamente a emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, é possível, inclusive, - conquanto de viabilidade financeira duvidosa - pelas pequenas e microempresas.

Em conformidade com o disposto no artigo 8º, I da Lei nº 6.385, de 1976 - Lei do Mercado de Capitais -, compete à Comissão de Valores



Mobiliários (CVM) regulamentar as matérias relacionadas ao mercado de valores mobiliários. Considerando que as debêntures enquadram-se no conceito de valores mobiliários - artigo 2º da mesma Lei do Mercado de Capitais -, cabe à CVM disciplinar a emissão pública desse título de dívida. E nas normas atualmente vigentes, por delegação legal, o órgão regulador do mercado de capitais autorizou a emissão de debêntures, não conversíveis em ações, pelas sociedades limitadas na modalidade de oferta pública distribuída com esforço restrito - as sociedades limitadas somente poderão fazer oferta pública irrestrita de notas comerciais (commercial papers).

(...)

Verifica-se, assim, que às sociedades limitadas também é garantida a emissão de debênture como alternativa de captação de recursos públicos, e, ainda, a oferta desse título de dívida pode ser estudada como outra opção na estruturação de parceria entre uma empresa operacional (constituída na forma de sociedade limitada) e um fundo de investimento.

(...)

Em conclusão, o pujante mercado de capitais brasileiros está aberto às sociedades limitadas, desde que elas se comprometam à transparência exigida, até para garantir uma boa avaliação de risco e a consequente redução do custo de capital.”

[3] Tabela que apresenta o volume de emissões primárias e secundárias dos principais valores mobiliários desde 1995, expresso em R\$ Milhões. Acesso em 11.11.2015 no portal: <http://www.debentures.com.br/dadosconsolidado/comparativovaloresmobiliarios>

[4] Informação divulgada no site INFOMONEY Forum: <http://forum.infomoney.com.br/viewtopic.php?f=12&t=12803&start=200> Acesso em 02/11/2015

[5] Informação divulgada no site ISTO É Dinheiro: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/dinheiro-em-acao/20131122/taurus-tiros-queda/141990.shtml> Acesso em 02/11/2015

[6] Informação divulgada no site da CETIP: <https://www.cetip.com.br/noticias/debentures-registradas-na-cetip-batem-recorde-em-maio>. Acesso em 02/11/2015

[7] Informação divulgada no site da ANBIMA: <http://portal.anbima.com.br/a->

[anbima/noticias/Pages/2015/07/Volume-de-debentures-negociadas-cresce-44-em-comparacao-a-maio-.aspx](http://anbima/noticias/Pages/2015/07/Volume-de-debentures-negociadas-cresce-44-em-comparacao-a-maio-.aspx). Acesso em 02/11/2015.

[8] Boletim Técnico do Sistema Nacional de Debênture-SND, de Julho/Agosto de 2006, relatando que o volume captado naquela data já superava o de 2005, atingindo a marca de R\$112 bilhões. Disponível em: [http://www.debentures.com.br/biblioteca/Boletim/bol\\_deb\\_jul\\_ago\\_06.pdf](http://www.debentures.com.br/biblioteca/Boletim/bol_deb_jul_ago_06.pdf) Acesso em 02/11/2015

[9] Tabela representativa da estatística de Constituição de Empresas Por Tipo Jurídico – Brasil – 1985/2005. Acesso em 11.11.2015 no portal: [HTTP://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/caep0101.htm](http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/caep0101.htm) e relatório estatístico mensal-nacional dos meses de 2015, disponível do aite da Presidência da República/Secretaria de Governo/Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa/Departamento de Registro Empresarial e Integração

## REFERENDO REVOGATÓRIO DE MANDATO

**LEONARDO CORRÊA DOS SANTOS:** Analista Judiciário na Justiça Eleitoral há mais de 11 anos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2004). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/Praetorium (2008).

**RESUMO:** O presente artigo estudará um instrumento da democracia participativa ainda não positivado no sistema jurídico brasileiro: o referendo revogatório de mandato. O objetivo é demonstrar o quanto esse instituto é salutar para o fortalecimento da democracia participativa, razão pela qual ele merece ser introduzido no sistema constitucional brasileiro. Ademais, esse estudo se justifica também porque (1) o referendo revogatório enfrenta enormes resistências da classe política – o que é comprovado pelas inúmeras tentativas frustradas de sua introdução no ordenamento pátrio desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e (2) a PEC nº 21/2015, com a redação dada pela Emenda nº 2-CCJ (Substitutivo), pouco acrescentará à democracia participativa brasileira e, na prática, talvez impeça que o instituto seja implementado de forma eficaz. O referendo revogatório de mandato é um instrumento da democracia participativa dentro da democracia semidireta, pelo qual o eleitorado pode revogar o mandato de representante político ou de todos os membros de uma Casa Legislativa, simultaneamente, dissolvendo-se o Parlamento. Sob a perspectiva popular, trata-se de conceder ao povo um direito de revogação dos mandatos eletivos por meio de uma decisão política e não jurídica. O instituto pode ser instrumentalizado de duas formas: (1º) *recall* político e (2º) *abberufungsrecht*. Não existe no sistema constitucional brasileiro qualquer instrumento que seja capaz de desempenhar a mesma função. Entende-se que o instituto deve ser introduzido no sistema de democracia participativa do Brasil e que sua abrangência deverá incidir a todos os mandatos políticos eletivos dos entes federados, em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Quanto a este último Poder, deve incidir tanto na forma de *recall* político, quanto na de *abberufungsrecht*, porque estes 2 (dois) instrumentos têm raio de atuação diverso e cada um deles é ideal para tipos diferentes de crises políticas e institucionais.

**Palavras-chaves:** democracia participativa; referendo revogatório de mandato; *recall* político; *abberufungsrecht*.

**SUMÁRIO:** 1 - INTRODUÇÃO 2 – CONCEITO DE DEMOCRACIA 3 – DEMOCRACIA PARTICIPATIVA 4 – REFERENDO REVOGATÓRIO DE MANDATO 4.1 – Conceito 4.2 – Recall Político 4.3 – Abberufungsrecht 4.4 – Pontos Comuns e Divergências entre Recall Político e Abberufungsrecht 4.5 – Mandato Político Representativo, Mandato Imperativo e Referendo Revogatório de Mandato. 4.6 – Instrumentos Democráticos Correlatos 4.7 – O Referendo Revogatório de Mandatos no Direito Estrangeiro 4.8 – Histórico do Instituto no Direito Pátrio; Situação Atual e Perspectivas de Mudanças 5 – CRÍTICAS À EMENDA Nº 2-CCJ (SUBSTITUTIVO) À PEC Nº 21/2015 E AO PARECER (CCJ/SF) Nº 64/2017 e DEFESA DA IMPLANTAÇÃO DO REFERENDO REVOGATÓRIO NO BRASIL 6 – SUGESTÕES PARA A REGULAMENTAÇÃO DO REFERENDO REVOGATÓRIOS DE MANTADO NO DIREITO BRASILEIRO 7 – CONCLUSÕES BIBLIOGRAFIA

---

## 1 - INTRODUÇÃO

A democracia semidireta ou mista mescla elementos das democracias direta e indireta. Nela, o poder político, apesar de pertencer ao povo, é exercido, em regra, pelos representantes desse povo, que são os ocupantes de cargos políticos representativos democraticamente eleitos. Todavia, em determinadas hipóteses, o povo exerce diretamente o poder, como, por exemplo, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular de lei.

A democracia participativa consiste na participação pessoal e direta do povo nas principais decisões estatais. Seu exercício ocorre por intermédio da utilização de instrumentos de democracia direta dentro da democracia semidireta (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB –, art. 1º, p. único), ocasiões em que o próprio povo, sem qualquer representação, atua politicamente nos negócios estatais.

O presente artigo estudará um instrumento da democracia participativa ainda não positivado no sistema jurídico brasileiro: o referendo revogatório de mandato, nas vertentes *recall* político e *abberufungsrecht*.

O objetivo é demonstrar o quanto esse instituto, em ambas as suas vertentes, é salutar para o fortalecimento da democracia participativa, razão pela qual ele merece ser introduzido no sistema constitucional brasileiro.

Ademais, esse estudo se justifica também porque (1) o referendo revogatório enfrenta enormes resistências da classe política – o que é comprovado pelas inúmeras tentativas frustradas de sua introdução no ordenamento pátrio desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e (2) a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 21/2015, na redação que lhe deu a Emenda nº 2-Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (Substitutivo), pouco acrescentará à democracia participativa brasileira e, na prática, talvez impeça que o instituto seja implementado de forma eficaz.

## 2 – CONCEITO DE DEMOCRACIA

O termo democracia não é unívoco e comporta diversas conceituações de acordo com a teoria – clássica, medieval, moderna – ou sistema político-econômico – liberal, socialista – levados em consideração.

Na verdade, cada corrente ideológica costuma emprestar ao termo a concepção que melhor atende às suas finalidades / interesses. Mesmo os governos ditatoriais – que são indiscutivelmente antidemocráticos – se autodenominam democráticos. Aliás, dificilmente um governo autoritário se classificaria como ditadura, uma tirania ou uma oligarquia.<sup>[1]</sup>

Portanto, essa diversidade de conceitos é ocasionada, em parte, por divergências ideológicas – nos campos político e econômico –; em parte por má-fé daqueles que querem definir os Governos autoritários dos quais fazem parte como democráticos.

Em que pese multiplicidade de conceitos sobre o que venha a ser democracia, qualquer sistema político deve observar algumas características elementares, que são pontos de convergência ideológica entre os que fazem uma análise imparcial do instituto.

Dito isso, sem ter a menor pretensão de exaurir o significado do instituto, externa-se o seguinte conceito: Democracia é um modo de ser de um povo,

caracterizado pela busca da paz, da tolerância, do respeito, da liberdade e da igualdade (formal e material) nos âmbitos público e privado – isto é, nos campos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Para tanto, ela tem como requisitos: (1) que os Poderes social, estatal, político e econômico emanam do povo – e não de um monarca ou de uma parcela desse povo –; (2) que o povo sempre deve exercer esse Poder, de forma direta, por meio de instrumentos de democracia participativa, ou indireta, por meio de cargos políticos eletivos; (3) que a ascensão aos referidos cargos deve se dar de acordo com regras e procedimentos objetivos e pré-estabelecidos na Constituição e nas leis e (4) que as Constituições e os governos constituídos – quando do exercício do Poder – devem reconhecer e ter como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social; do bem-estar de todos os governados – e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais – e do combate a quaisquer formas de opressão.<sup>[2]</sup>

### 3 – DEMOCRACIA PARTICIPATIVA<sup>[3]</sup>

A democracia participativa se manifesta em um tipo de democracia chamada de semidireta.<sup>[4]</sup> Ela mescla elementos das democracias direta e indireta. Na verdade, é uma forma mais evoluída de democracia indireta, pois busca possibilitar ao povo a participação direta na tomada de decisões políticas fundamentais.

Nela, o poder político, apesar de pertencer ao Povo, é exercido, em regra, pelos representantes desse povo, que são ocupantes dos mandatos políticos representativos – Chefes do Poder Executivo e Parlamentares – democraticamente eleitos. Todavia, em determinadas hipóteses, o povo exerce diretamente o poder. Assim, quando o poder é exercido por representantes se dá a democracia indireta ou representativa; quando esse poder é exercido diretamente pelo povo, manifesta-se a democracia direta ou participativa. Por isso o nome “democracia mista”. O Brasil adota esse tipo de democracia (CRFB, arts. 1º, p. único, e 14).

Enquanto a democracia indireta tem como ponto central o mandato político representativo, alcançado mediante eleições; a democracia semidireta, por sua vez, tem seu centro ocupado por dois elementos: (1) o mandato político eletivo

(democracia representativa) e (2) a participação direta e pessoal do povo nas decisões políticas (democracia participativa).

Portanto, a democracia participativa consiste na participação – pessoal e direta – do povo nas principais decisões estatais por intermédio de instrumentos específicos que cada ordenamento jurídico reconhece.

*...qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual da expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo.*

O princípio participativo *caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.*

*(SILVA: 2016, p. 143)*

No mencionado exercício direto do poder (CRFB, art. 1º, p. único), o próprio povo, sem qualquer representação, atua de forma política nos negócios estatais, aceitando ou rejeitando uma norma ou uma política pública; escolhendo qual medida deve ser adotada; levando ao legislativo um projeto de lei de iniciativa popular e assim por diante.

No Brasil, essa decisão pessoal e direta se dá por intermédio dos instrumentos da democracia participativa, dentre os quais estão positivados na Constituição de 1988:

- (1) o plebiscito (art. 14, inc. I)
- (2) o referendo (art. 14, inc. II);
- (3) a iniciativa popular de lei (art. 14, inc. III)

A execução desses três primeiros institutos foi regulamentada na Lei nº 9.709/1988. De acordo com essa norma, “o Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.” Entretanto,

enquanto “o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”; “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”. (Lei nº 9.709/1988, art. 2º, caput, §§ 1º e 2º) (destacou-se).

Quanto à iniciativa popular de lei, como próprio nome indica, consiste na possibilidade de a comunidade dar início ao procedimento legislativo destinado a criar uma norma jurídica. No âmbito da União, ela “...pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (CRFB, art. 61, § 2º).

A Constituição também prevê a existência do instituto em âmbito estadual (art. 25, § 4º), bem como dispõe que os Municípios devem disciplinar, em suas respectivas Leis Orgânicas, “a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico dos Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado” (art. 29, inc. XIII). Assim, de forma implícita, o Distrito Federal também foi autorizado a criar o instituto.<sup>[5]</sup>

(4) a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão para buscar “...anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, inc. LXXIII);

(5) a determinação de que as contas dos Municípios fiquem, “...durante sessenta dias, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei” (art. 31, § 3º);

(6) a “...participação do usuário na administração pública direta e indireta”, especialmente no que diz respeito às “...reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”, ao “...acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos



*de governo” e à “...disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública” (art. 37, § 3º);*

(7) a possibilidade de qualquer cidadão – além de partidos políticos, associações e sindicatos – de ser *“...parte legítima, para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (art. 74, § 2º);*

(8) o princípio da *“gestão democrática do ensino público, na forma da lei” (art. 206, inc. VI);*

(9) comunidade colaborar com o Poder Público na promoção e na proteção do *“...patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (art. 216, § 1º).*

O rol acima reproduz, parcialmente, as hipóteses elencadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 143/145 e 148). Entretanto, o autor faz referências a 03 (três) situações que não foram acima citadas por se entender que elas não dizem respeito à democracia participativa, quais sejam:

(I) a *“participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (art. 10);*<sup>[6]</sup>

(II) caráter democrático e descentralizado da administração a Seguridade Social, *“...mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (art. 194, p. único, inc. VII);*

(III) a eleição de um representante dos empregados, *“nas empresas de mais de duzentos empregados, (...) com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores” (art. 11).*

Na verdade, as três situações mencionadas são formas de representação do cidadão. As duas primeiras tratam de representação perante o Poder Público e a última, perante instituições da iniciativa privada. Cuidam-se, portanto, de

situações que privilegiam a democracia em instituições públicas e privadas, mas a democracia indireta, isto é, representativa.

Existem outros institutos de democracia participativa no direito estrangeiro que não foram adotados por nossa Constituição, dentre os quais se destacará aqui o veto popular, o *referendo revogatório de mandato* e, por fim, o *recall judicial*.

O veto popular “...é a faculdade que permite ao povo manifestar-se contrário a uma medida ou lei, já devidamente elaborada pelos órgãos competentes, e em vias de ser posta em execução” (BONAVIDES: 2016, p. 316). Quando se trata de lei, o direito de os cidadãos exercer o veto sobre a lei já publicada, desde que o façam dentro de determinado prazo. Entretanto, expirado o prazo para requerimento ou provocação da consulta popular “...admite-se que a lei está perfeita, ‘aplicando-se por si mesma’”.<sup>[7]</sup>

O instituto possui semelhanças com o referendo consagrado na legislação brasileira, todavia, no veto popular são os eleitores que requererem a utilização instrumento; no referendo, o CN ou a Casa legislativa estadual, distrital ou municipal.

Quanto ao referendo revogatório de mandato e *recall judicial*, dadas as suas especificidades, esses serão abordados em tópico próprio.

Voltando à situação brasileira, não obstante a existência de um rico sistema de participação popular direta, observa-se que os instrumentos ali tipificados, em regra, pouco são utilizados.

Isso ocorre causa da inação dos ocupantes de cargos eletivos em viabilizar o fortalecimento desses mecanismos de participação direta. Por exemplo: em questões de relevância nacional, cabe ao CN “*autorizar referendo e convocar plebiscito*”(CRFB, art. 49, inc XV). Atuação esta que, em regra, é facultativa – exceto nos casos em que a Constituição de 1988 obriga a realização de plebiscito.

Portanto, notório o descompasso de grande parte de nossa classe política com os objetivos traçados pela Constituição da República, com a democracia e com o povo brasileiro.

É lamentável dizer que, aparentemente, os motivos para essa postura acanhada não são nada republicanos. Ao contrário, trata-se do interesse das oligarquias que pretendem se perpetuar no poder – os coronéis de sempre –, bem como da aversão que os políticos corruptos têm à ideia de se submeterem a um controle popular mais efetivo. Na prática, uma elite minoritária acaba monopolizando o poder político em prejuízo da maioria.

No caso específico da iniciativa popular de lei, o Presidente da Câmara dos Deputados, Excelentíssimo Senhor RODRIGO MAIA, em 20/02/2017, fez uma afirmação curiosa e trágica: a Secretaria-Geral do referido Órgão teria estrutura apenas para fazer “*uma contagem formal*” das mais de 2 (duas) milhões de assinaturas dos cidadãos que apoiam um Projeto de Lei com medidas para combate a corrupção. Assim, não haveria condições de verificar a veracidade dessas assinaturas[8].

Ora, a Constituição vigora a cerca de 30 (trinta) anos e o Órgão competente ainda não tem condições de efetivar, adequadamente, esse instrumento de tamanha magnitude. O Congresso até poderia buscar alternativas para se desincumbir de tal mister, como, por exemplo, fazer parceria com a Justiça Eleitoral, que administra o Cadastro Nacional de Eleitores e tem vasta experiência em conferência de assinaturas para aferir se partido político um em formação possui o apoio mínimo exigido por lei. [9]

DALMO ABREU DALLARI, logo após sustentar a inviabilidade da democracia direta no mundo atual, faz uma interessante ponderação:

*No momento em que os mais avançados recursos técnicos para captação e transmissão de opiniões, como terminais de computadores, forem utilizados para fins políticos será possível a participação direta do povo, mesmo nos grandes Estados. Mas para isso será necessário superar as resistências dos políticos profissionais, que preferem manter o povo dependente de representantes.*

*(DALLARI, 2016, p. 152) (destacou-se)*

Esse raciocínio pode ser utilizado para a defesa de uma maior utilização de institutos de democracia participativa dentro da democracia representativa. Isso porque, com a evolução dos meios de comunicação e das tecnologias da informação, os discursos que se apegam a impossibilidades práticas da participação popular nas decisões políticas tendem a ficar enfraquecidos.

Portanto, cumpre ao povo brasileiro buscar erradicar a essa inaceitável situação de exclusão da democracia participativa no cotidiano político brasileiro. Para tanto, deve exigir a utilização dos instrumentos de participação direta previstos na Constituição de 1988, especialmente quando se deva tomar decisões estatais – administrativas ou legislativas – de grande importância e impacto para o Brasil.

A democracia participativa é, provavelmente, o instrumento de maior impacto social no que diz respeito ao fortalecimento da democracia plena. Isso porque a participação direta do povo nas decisões estatais significa o próprio povo exercendo o governo. Assim, trata-se de um instituto de democracia formal por excelência.

Além disso, ninguém melhor que o próprio povo para tutelar seus direitos e interesses e combater a quaisquer formas de opressão. Portanto, é também um poderoso instrumento para efetivação da democracia substancial.

## 4 – REFERENDO REVOGATÓRIO DE MANDATO

### 4.1 – Conceito

O referendo revogatório de mandato é um instrumento da democracia participativa dentro da democracia semidireta, pelo qual o eleitorado pode revogar o mandato de representante político ou de todos os membros de uma Casa Legislativa, simultaneamente, dissolvendo-se o Parlamento. Sob a perspectiva popular, trata-se de conceder ao povo o direito de revogação dos mandatos eletivos por meio de uma decisão política e não jurídica. O instituto pode ser instrumentalizado de duas formas: (1º) *recall* político e (2º) *abberufungsrecht*.

### 4.2 – *Recall* Político

O *recall* político possibilita a revogação do mandato eletivo de forma individualizada, isto é, inicia-se um procedimento de *recall* para buscar revogar, especificamente, um mandato político eletivo.

As normas que disciplinam este instituto exigem um apoio mínimo bastante expressivo como pré-requisito para essa petição popular: em regra, 10% (dez por cento) do eleitorado envolvido.

*Determinado número de cidadãos, em geral a décima parte do corpo de eleitores, formula, em petição assinada, acusações contra o deputado ou magistrado que decaiu da confiança popular, pedindo sua substituição no lugar que ocupa, ou intimando-o a que se demita do exercício de seu mandato.*

*Decorrido certo prazo, sem que haja a demissão requerida, faz-se votação, à qual, aliás, pode concorrer, ao lado de novos candidatos, a mesma pessoa objeto do procedimento popular. Aprovada a petição, o magistrado ou funcionário tem o seu mandato revogado. Rejeitada, considera-se eleito para novo período.*

*(BONAVIDES: 2016, p. 314)*

Entretanto, se, mesmo diante dessa petição popular altamente representativa do eleitorado, o governante não se demite do cargo, a revogação do mandato é votada pela respectiva circunscrição eleitoral.[\[10\]](#)

Portanto, existem 1 (uma) ou 2 (duas) etapas em que ocorre a participação popular direta: (1ª) parcela do eleitorado reúne o apoio mínimo exigido pela norma para buscar a destituição do governante e, em caso de recalcitrância do governante, (2ª) toda a circunscrição eleitoral envolvida no *recall* pode votar, decidindo pela manutenção ou revogação do mandato. Os eleitores decidem se aprovam ou não o pleito de destituição feito por parte do eleitorado.

Tanto o apoio mínimo, quanto a votação de toda a circunscrição eleitoral envolvida trata-se de atos políticos – e não jurídicos – praticados pelos cidadãos. O voto popular sequer é fundamentado. Quanto à petição popular, as acusações contra o agente público podem ser de “*má conduta (não necessariamente crimes ou ilícitos)*” (GALINDO: 2016, p. 39). Portanto, não se exige prova de que o governante praticou atos como, por exemplo, crimes contra a Administração Pública, crimes de responsabilidade, atos de desonestidade ou corrupção. Pode-se até indicar uma dessas razões. Isso, porém, não é necessário, se a legislação assim o permitir.<sup>[11]</sup> Trata-se de um procedimento em que “*o debate será eleitoral e não judicial; político e não necessariamente jurídico*” (SANTANA: 2004, p. 51).<sup>[12]</sup>

O *recall* político é adequado para abreviar mandatos eletivos exercidos por pessoas que, por um lado, não praticaram atos ilícitos (ou ao menos existem sérias dúvidas se elas realmente praticaram os ilícitos dos quais são acusados); mas, por outro, para grande parte dos cidadãos, (I) traíram a confiança popular (por exemplo: mentiram para ganhar as eleições); (II) são maus gestores (instituem governos ineficientes, incompetentes, dentre outros) ou, (III) por qualquer outro motivo, não possuam mais o respaldo popular. Tudo isso, sem desnaturar o processo democrático, pois a escolha é feita pela maioria dos cidadãos.

#### 4.3 – *Abberufungsrecht*

O *abberufungsrecht* é um instrumento que possibilita a revogar, simultaneamente, os mandatos de todos os membros uma Casa Legislativa, isto é, de todos os Senadores, no caso do Senado Federal; de todos os Deputados Federais, no Caso da Câmara dos Deputados e assim por diante. Logo, trata-se de instrumento de revogação coletiva de mandatos.<sup>[13]</sup>

Quanto ao procedimento, uma vez “*...requerida a dissolução, por determinada parcela do corpo eleitoral, a assembleia só terá findo seu mandato após votação da qual resulte patente pela participação de apreciável percentagem constitucional de eleitores que o corpo legislativo decaiu realmente da confiança popular*”(BONAVIDES: 2016, p. 316).

O *abberufungsrecht* é conveniente quando o povo deseja abreviar legislaturas nas quais os Parlamentares – de forma majoritária – traíram a confiança popular: para serem eleitos prometeram buscar o bem da população; após tomarem posse, desprezam as causas populares e atuam apenas na defesa de proveito próprio ou de interesses ilegítimos do chefe do Poder Executivo, de grupos econômicos poderosos ou até mesmo de Estados imperialistas, dentre outros. Nesses casos, em regra, não existem provas de que essas atitudes desleais decorrem de atos ilícitos (como a venda do voto parlamentar em troca de dinheiro) ou de interesses nada republicanos (como o apoio parlamentar incondicional, inconsequente e, por vezes, irracional em troca da possibilidade de indicar apadrinhados para cargos públicos de livre nomeação).

#### 4.4 – Pontos Comuns e Divergências entre *Recall* Político e *Abberufungsrecht*

O referendo revogatório de mandato talvez seja o mais impactante mecanismo de democracia participativa que se tem conhecimento, pois permite ao povo, na condição de titular da soberania estatal, abreviar mandatos políticos eletivos. Tanto *orecall político* e *abberufungsrecht* conferem ao cidadão o mesmo direito, qual seja: o de revogar mandatos em curso. Portanto, ambos ampliam, e muito, o raio de ação política dos eleitores.

A principal diferença entre essas vertentes refere-se à abrangência: (1) no *recall político*, a revogação abrange um mandato individual e específico, isto é, do mandato do governante submetido ao procedimento: determinado Deputado, por exemplo; (2) no *abberufungsrecht*, revogação estende-se a todos os membros da Casa Legislativa avaliada, de forma simultânea.

Além disso, se no Brasil houvesse referendo revogatório de mandato nas duas modalidades aqui tratada, seria importante atentar para uma especificidade: a circunscrição eleitoral dos Deputados e Senadores é o Estado da federação que o elegeu (Código Eleitoral, art. 86).

Em razão disso, existe outra diferença prática entre os institutos: (1) apenas os eleitores do Estado<sup>[14]</sup> que elegeu o Deputado Federal ou Senador poderiam votar em um eventual *recall político*; (2) se o caso fosse de *abberufungsrecht*, poderiam votar todos os eleitores brasileiros, pois se trata da possibilidade

de revogação coletiva de todos os mandatos da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal[15].

#### 4.5 – Mandato Político Representativo, Mandato Imperativo e Referendo Revogatório de Mandato.

O mandato político representativo é um elemento capital tanto da democracia direta, como da democracia semidireta, “...porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa” (SILVA: 2016, p. 140).

DALMO DE ABREU DALLARI esclarece que “...o mandato político é uma das mais importantes expressões da conjunção do político e do jurídico, o que também influi em suas características mais importantes”, quais sejam:

a) O mandatário, apesar de eleito por uma parte do povo, expressa a vontade de todo o povo, ou, pelo menos, de toda a circunscrição eleitoral onde foi candidato, podendo tomar decisões em nome de todos os cidadãos da circunscrição, ou mesmo de todo o povo do Estado se tiver sido eleitora para um órgão de governo do Estado.

b) Embora o mandato seja obtido mediante um certo número de votos, ele não está vinculado a determinados eleitores, não se podendo dizer qual o mandato conferido por certos cidadãos.

c) O mandatário, não obstante decidir em nome do povo, tem absoluta autonomia e independência, não havendo necessidade de ratificação das decisões, além do que as decisões obrigam mesmo os eleitores que se oponham a elas.[16]

d) O mandato é de caráter geral, conferindo poderes para a prática de todos os



*atos compreendidos na esfera de competência do cargo para o qual alguém foi eleito.*

*e) O mandatário é irresponsável, não sendo obrigado a explicar os motivos pelos quais optou por uma ou por outra orientação.*

*f) Em regra, o mandato é irrevogável, sendo conferido por prazo determinado. A exceção a esse princípio é o recall, que dá possibilidade à revogação do mandato por motivos exclusivamente políticos.*

*(DALLARI, 2016, p. 159).*

JOSÉ AFONSO DA SILVA explica que no mandato político representativo se consubstanciam dois princípios:

(1º) Princípio da representação: este “...significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário”;

(2º) Princípio da autoridade legítima: este expressa “...que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real própria, adquire condições de manifestar-se e decidir”. Assim ocorre, “...porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressa e realizada, ou por outras palavras, o poder se impõe” (SILVA: 2016, p. 140).

Por tudo o que foi explicado, fica claro que o mandato representativo não deve ser confundido com o mandato imperativo, o qual

*...sujeita os atos do mandatário à vontade do mandante; que transforma o eleito em simples depositário da confiança do eleitor e que ‘juridicamente’ equivale a um acordo de vontades ou a um contrato entre o eleito e o eleitor e ‘politicamente’ ao reconhecimento da supremacia permanente do corpo eleitoral, é*

*mais técnica das formas absolutas de poder, quer monárquico, quer democrático, do que em verdade instrumento autêntico do regime representativo.*

*(BONAVIDES: 2016, p. 282)*

*O mandato imperativo vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teriam que seguir nas assembleias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores, antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação. Aí o princípio da revogabilidade do mandato imperativo.*

*(SILVA: 2016, p. 141).[\[17\]](#)*

De fato, o mandato imperativo é uma técnica que não atribui ao governante eleito a autonomia e a independência para exercer seu dever. Tem-se assim, que um mandato sem autonomia funcional vicia o exercício do poder político e, por consequência, a própria democracia.

Portanto, a ideia de mandato imperativo é incompatível com a de mandato representativo. Neste, o representante político eleito possui independência funcional, isto é, exerce as atribuições do mandato com independência para tomar as escolhas políticas que entender ser as mais adequadas à situação concreta, não estando sujeito a qualquer obediência hierárquica quando do exercício das competências constitucionalmente atribuídas ao seu cargo eletivo. Razão pela qual, é dever implícito do governante eleito zelar pela autonomia e pelas prerrogativas constitucionais do cargo que ocupa.

O sistema representativo ainda é o mais eficiente para Estados com grande população e vasta extensão territorial, pois a expressiva quantidade de questões estatais a serem resolvidas torna inviável que todo o povo participe direta e constantemente de todas as soluções políticas.

Além da inviabilidade prática de efetivação – que talvez seja superada com a evolução dos processos de tecnologia da informação –, existe a impossibilidade quanto à disponibilidade de tempo das pessoas: a maioria das pessoas têm que estudar, trabalhar ou exercerem outras atividades – além das atividades políticas. Elas não podem ficar todo o período produtivo ocupadas com a solução de questões estatais.

Adicionalmente, *“não se há de pretender eliminar a representação política para substituí-la por representação orgânica ou profissional antidemocrática, mas se deverá possibilitar a atuação das organizações populares de base na ação política”*(SILVA: 2016, p. 138). Em outras palavras: a atuação política da população de forma indireta, por intermédio de seus representantes políticos, não pode ser substituída por uma elite intelectual ou burocrática. Isso seria a morte da democracia.

Assim, se por um lado, a ideia de mandato imperativo não é defensável; por outro, a representação política é uma realidade necessária, que não contraria a democracia e a ideia de que a maior participação popular, por intermédio de instrumentos da democracia direta, é uma circunstância necessária ao aprimoramento da democracia, pois proporciona concretude ao pensamento corrente de que os Poderes social, estatal, político e econômico pertencem, de fato, ao povo.

*A democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental. Nela, as restrições a essa participação hão de limitar-se tão só às situações de possível influência antidemocrática, como as irreelegibilidades e inelegibilidades por exercício de funções, empregos ou cargos, ou de atividades econômicas, que possam impedir a liberdade do voto, a normalidade e a legitimidade das eleições (art. 14, §§ 5º a 9º). (...) Embora os tempos atuais não permitam, dada a complexidade da organização social, que se*

*retorne ao mandato imperativo, é certo que há mecanismos capazes de dar à representação política certa concreção. Tais mecanismos são a atuação partidária livre, a possibilidade de participação permanente do povo no processo político e na ação governamental por meio dos institutos de democracia direta(...).*

*(SILVA: 2016, p. 138) (destacou-se)*

Logo, a incidência do referendo revogatório sobre os mandatos representativos, como visto, torna esses mandatos revogáveis. Todavia, isso não torna os representantes eleitos hierarquicamente subordinados a quaisquer determinações ou instruções dos eleitores. Por isso, a existência de *recall* ou de *abberufungsrecht* não implica na adoção do instituto do mandato imperativo.

Em suma: o referendo revogatório do mandato possibilita de abreviar mandatos eletivos, mas os seus detentores, enquanto estiverem no exercício do cargo, podem e devem atuar com independência, isto é, não estão sujeitos a qualquer obediência hierárquica em relação aos seus eleitores.

#### 4.6 – Instrumentos Democráticos Correlatos

O *recall* judicial<sup>[18]</sup> – instituto também não positivado no direito brasileiro – é um mecanismo de democracia participativa se assemelha ao referendo revogatório de mandato. Ambos tratam de uma decisão tomada mediante voto popular a respeito de uma questão estatal.

Todavia, o objeto da decisão popular é completamente diverso: enquanto no referendo revogatório se decide se um mandato deve ser revogado; no *recall* judicial, o voto da maioria dos eleitores pode anular decisões de juízes e tribunais – exceto as decisões da Suprema Corte – que negam a aplicação de uma lei, sob o fundamento de que a norma é inconstitucional. Anulada a decisão judicial, “...a lei seria considerada constitucional, devendo ser aplicada” (DALLARI, 2016, p. 154).

PAULO BONAVIDES também chama de *recall judicial* o procedimento de *recall* político voltado para a destituição de magistrados. Afirmo o autor que os

Estados do Oregon e da Califórnia disciplinam este tipo de *recall*.<sup>[19]</sup> Claro que nesta última acepção, *recall político* e *judicial* são, na verdade, sinônimos.

Ademais, no que diz respeito ao instituto do impedimento (impeachment), este pode levar a destituição de ocupantes de elevados cargos públicos. O que o aproxima do referendo revogatório.

Porém, enquanto o referendo revogatório incide sobre ocupantes de cargos eletivos; no Brasil, o impedimento, no âmbito da União, pode incidir sobre o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como sobre os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; sobre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, incs. I e II). Como pode ser observado, de todos esses cargos, apenas os de Presidente e Vice-Presidente da República são eletivos.

Outro fator de diferenciação entre esses mecanismos refere-se à fundamentação para sua incidência, uma vez que no referendo revogatório ela é ampla e, a depender da legislação local, até mesmo facultativa. Entretanto, o processo de impedimento disciplinado pela CRFB exige-se, para a condenação, a prova de crime de responsabilidade. Portanto, o impedimento possui um filtro jurídico mais rigoroso<sup>[20]</sup>.

Por fim, a diferença capital é que o referendo revogatório é peticionado diretamente pelos cidadãos, os quais também tomam a decisão política de manter ou não o mandato representativo. O processo de impedimento é decidido pelo Senado Federal (CRFB, art. 52, incs. I e II e p. único), e, caso se tratar de processo é contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, deve haver prévia autorização da Câmara dos Deputados para sua instauração (CRFB, art. 51, inc. I)

#### 4.7 – O Referendo Revogatório de Mandatos no Direito Estrangeiro

O direito concedido aos cidadãos de revogar mandatos eletivos é consagrado em diversos ordenamentos jurídicos. O *recall* político “...é uma instituição norte-americana” (DALLARI: 2003, p. 154). Nos Estados Unidos da América, doze Estados-membros aplicam tal recurso “...que tem mais voga na esfera municipal do que na estadual. Cerca de mil municípios americanos o adotam.”, todavia, não está positivo no plano federal.<sup>[21]</sup> Logo, não pode ser utilizado, por exemplo, para a revogação do mandato do Presidente da República. <sup>[22]</sup>Ademais, nos Estados da Califórnia, Colorado e Oregon é possível a utilização do *recall* “...até mesmo em relação a juízes diretamente eleitos” (GALINDO: 2016, p. 39).

A Venezuela instituiu o direito revogatório. A Constituição desse país tornou revogáveis todos os mandatos de cargos eletivos, sendo que, “no caso de cargos executivos, a revogação se dá em plebiscito, que somente pode ser convocado por solicitação de no mínimo vinte por cento dos eleitores da circunscrição, após o transcurso de metade do mandato” (SANTANA: 2004, p. 130).

Observa BRUNO GALINDO que

*...são os países presidencialistas do chamado “novo constitucionalismo latino-americano” que adotam o mecanismo para revogação antecipada de mandatos presidenciais sem que seja necessário o cometimento de crimes e outros ilícitos, como exigido no impeachment. Em uma acepção ampla fazem parte desse “novo constitucionalismo” as atuais constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia (BRANDÃO, 2015, p. 15ss.; UPRIMNY, 2011, p. 109). Todas elas preveem impeachment, mas, para além deste, também o referendo revogatório de mandato eletivo, o recall presidencial.*

(GALINDO: 2016, p. 39) (destacou-se)

Além dos mencionados países, na América Latina, também adotam o direito de revogação os seguintes países: Argentina (em nível provincial e local); Panamá (em nível nacional – mas nunca utilizado) e Peru (para alcaides e regidores)[23].

Outros países também apresentam precedentes históricos. Na Alemanha, o art. 71 da Constituição de Weimar instituía o *recall*, dispondo a respeito da “...*destituição do Presidente do Reich, a pedido do Reichstag, através de votação popular*”. Na extinta União Soviética, o art. 142 da Constituição previa o direito de revogação. De acordo, institui-se “...*uma espécie de mandato imperativo dos chamados representantes das classes trabalhadoras*”, de forma que “*os deputados ficavam obrigados a prestar conta aos eleitores de seu trabalho, e podiam ter o mandato revogado a qualquer momento*” (BONAVIDES: 2001, p. 292).

Quanto ao *Abberufungsrecht*, trata-se de um instituto suíço, local onde é adotado nas instituições de “*sete cantões (...) e um semicantão*” (BONAVIDES: 2016, p. 316).

#### 4.8 – Histórico do Instituto no Direito Pátrio; Situação Atual e Perspectivas de Mudanças

O Brasil tem um longo histórico no que diz respeito ao direito de revogação de mandatos.

*O recall foi, pela primeira vez, utilizado no Brasil, em 1822, pelo Decreto de 16 de fevereiro daquele ano, que criou o Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil. Em discurso, falando pela Província de São Paulo, José Bonifácio, tido como idealizador do Conselho, pediu ao Príncipe Pedro que convocasse ‘uma junta comum de Procuradores Gerais ou representantes, legalmente nomeados pelos eleitores de paróquia, para que nesta corte e perante Vossa Alteza Real o aconselhem e advoguem a causa das suas respectivas províncias;*

*podendo ser revogados seus poderes e nomeados outros, se se não comportarem conforme as vistas e desejos das mesmas províncias’.*

*E o Decreto de 16 de fevereiro de 1822 previu a substituição dos procuradores, caso não desempenhassem ‘devidamente suas obrigações’, por dois terços da Câmara, em ‘vereação geral e extraordinária’.*

*Mas o tempo curto de duração do Conselho – sua primeira sessão foi em 2 de junho de 1822 e a última, de que há documentação, em 7 de abril de 1823 – não permitiu de operasse o mecanismo de substituição.*

*(COSTA PORTO. Dicionário do Voto. Apud SANTANA: 2004, p. 88 – nota de rodapé)*

Deve-se observar que, enquanto o motivo se aproximava do referendo revogatório, por ser aberto – comportar-se em desacordo com “*as vistas e desejos*” da província e não desempenhar devidamente as obrigações –; o procedimento era similar de impedimento, em razão da exigência de “*dois terços da Câmara, em ‘vereação geral e extraordinária’*”, inexistindo, portanto, a atuação popular direta em seu processamento.

Além disso, “*no período Republicano, mais especificamente na República Velha, o direito de revogação constou das constituições dos Estados do Rio Grande do Sul, Goiás, Santa Catarina e São Paulo*” (SANTANA: 2004, p. 89).

Na Assembleia Constituinte de 1987, o então Deputado Lysâneas Maciel tentou introduzir a possibilidade de os eleitores revogarem, por voto destituente, os mandatos de representantes eleitos para cargos legislativos e o Deputado Domingos Leonellio buscou proporcionar aos eleitores o poder de destituírem do cargo quem decaísse da confiança coletiva no exercício do mandato<sup>[24]</sup>. Todavia, as iniciativas não prosperaram.



Atualmente, não existe no Brasil o referendo revogatório de mandato. Entretanto, a situação pode ser alterada a qualquer momento, pois, ao menos no Senado Federal o tema vem sendo abordado há muitos anos.

A PEC nº 80/2003[25], de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares e outros, buscou inserir no art. 14 da CRFB “o direito de revogação, de membros dos poderes Executivo e Legislativo, individual e coletivo”, bem como o veto popular. A proposta não regulamentava os institutos, delegando a tarefa ao legislador ordinário.

A PEC nº 82/2003[26], de autoria do falecido Senador Jefferson Péres e outros, tentou introduzir o referendo revogatório para os cargos majoritários – Prefeitos, Governadores e respectivos Vices, Senadores e Presidente da República e Vice-Presidente. Na Proposta, o instituto é denominado plebiscito de confirmação e é regulamentado ricamente.

De acordo com a referida PEC, no âmbito municipal, esse plebiscito ocorreria de forma concomitante com as eleições estaduais, desde que 10% (dez por cento) do eleitorado daquele município subscrevesse uma petição de revogação de mandato. Ademais, junto com o plebiscito, haveria candidaturas para o mandato a ser ou não confirmado, ou seja, na prática, haveria uma eleição em que o Prefeito avaliado seria candidato. Se ele obtivesse mais votos, permaneceria no cargo; caso contrário, o posto seria assumido pelo candidato mais votado, para um mandato tampão de 2 (dois) anos. Nos municípios com mais de duzentos mil eleitores, a maioria absoluta dos eleitores teriam que se posicionar pela revogação do mandato.

O plebiscito referente ao Presidente da República exigiria petição assinada por 10% (dez por cento) do eleitorado nacional. O Presidente somente perderia o cargo se a maioria absoluta do eleitorado votasse nesse sentido, situação em que o mandato do Vice-Presidente também estaria automaticamente revogado. Simultaneamente ao plebiscito, ocorria uma nova eleição, na qual o Presidente avaliado seria um dos candidatos. Ainda que a maioria absoluta decidisse pelo afastamento dele, a eleição que ocorreria junto com o plebiscito seria apenas o primeiro turno da eleição presidencial. Ademais, o novo Presidente teria apenas um mandato de 2 (dois) anos, isto é, seria um mandato tampão. O plebiscito para

Governadores e Vice-Governadores estaria sujeito as mesmas regras do plebiscito presidencial.

No caso dos Senadores, o plebiscito seguiria o mesmo procedimento acima mencionado e ocorreria juntamente com as eleições estaduais subsequentes à da eleição do Senador avaliado, de forma que o Senador que tivesse seu mandato revogado o exerceria por 4 (quatro) – e não mais por 8 (oito) anos.

Além dessas propostas, por intermédio da PEC nº 73/2005<sup>[27]</sup>, o Senador Eduardo Suplicy e outros buscaram implementar o referendo revogatório em relação aos mandatos do Presidente da República e dos Congressistas, seja de forma individual (*recall*), seja por intermédio da dissolução total da Câmara dos Deputados (*abberufungsrecht*), após o transcorrido pelo menos 01 (um) ano do início do mandato. Em relação aos mandatos individuais de Senadores, a decisão seria tomada pelos eleitores do respectivo Estado. Os requerimentos exigiriam assinatura de 2% (dois por cento) do eleitorado nacional ou, conforme o caso, do eleitorado do respectivo Estado. No caso do mandato do Presidente da República, além da iniciativa popular, a convocação também poderia ocorrer mediante requerimento da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Em todas as hipóteses a petição popular ou o requerimento do Congresso seria dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral.

Ademais, a proposta prevê a determinação de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios introduzirem o instituto em suas Constituições ou Leis Orgânicas.

Como se verá adiante, as PECs 82/2003 e 73/2005 possuem muitas virtudes. Todavia, em relação à última, cabe uma crítica: não é adequada a ideia de se permitir ao Congresso Nacional, por autoridade própria, convocar referendo revogatório de mandato em face do Chefe do Poder Executivo Federal. Como visto, o instituto não exige fundamentação jurídica. Razão pela qual, a referida possibilidade abriria espaço para distorção do instituto, porque possibilitaria que ele seja utilizado como instrumento de pressão política indevida de Parlamentares contra o Presidente da República. A crítica que se estende a qualquer tentativa de possibilitar que Poderes ou órgãos públicos possam dar início ao processo em questão.

Essas 3 (três) PECs encontram-se arquivadas. Todavia, a PEC nº 21/2015, também de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares e outros, teve parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça Senado Federal (CCJ/SF) em 21/06/2017, com as alterações trazidas pela a Emenda nº 2-CCJ (Substitutivo)[28], promovidas em razão do Parecer nº 64/2017, de autoria do Senador Antonio Anastasia. Esta última PEC, atualmente, se encontra pronta para deliberação do Plenário da referida Casa Legislativa.[29]

## 5 – CRÍTICAS À EMENDA Nº 2-CCJ (SUBSTITUTIVO) À PEC Nº 21/2015 E AO PARECER (CCJ/SF) Nº 64/2017 e DEFESA DA IMPLANTAÇÃO DO REFERENDO REVOGATÓRIO NO BRASIL

A PEC nº 21/2015, em sua redação original, é semelhante a PEC nº 80/2003, ambas de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares e outros. As duas propõem “*direito de revogação de mandato de membros dos poderes Executivo e Legislativo*” e “*veto popular*”. As mudanças que se observam são: (I) a PEC nº 21/2015 afirma expressamente que a revogação dos mandatos de Presidente da República e Membros do Congresso Nacional somente poderia ocorrer após “*transcorrido dois anos da data da posse nos referidos cargos*”; na PEC n. 80/2003 isso poderia ocorrer após “*transcorrido um ano*”; (II) a PEC nº 21/2015 não se refere à revogação coletiva de mandatos (*abberufungsrecht*); na PEC nº 80/2003, havia referência expressa sobre o instrumento.

O ponto positivo dessa PEC nº 21/2015, foi o fato de ela ter buscado criar mais 2 (dois) institutos de democracia direta no Brasil: o “*direito de revogação de mandato de membros dos poderes Executivo e Legislativo*” e o “*veto popular*”. Todavia, exceto pelo fato de ela prever um prazo mínimo para a utilização do referendo, não foram trazidas diretrizes para introdução desses institutos tão impactantes no sistema jurídico.

A Emenda nº 2-CCJ (Substitutivo) à PEC nº 21/2015 pouco acrescentará para o nosso sistema democrático, porque:

(1) a ausência de qualquer previsão de *abberufungsrecht*[30] empobrece o instituto do referendo revogatório ao não conceder à sociedade a possibilidade de revogar todos os mandatos

de uma Casa Legislativa, mesmo quando essa seja a alternativa adequada para caso concreto – justo no momento em que o Congresso Nacional sofre forte pressão popular e até mesmo institucional para fazer uma verdadeira reforma política;

(2) o fato de o Presidente da República ter mais atribuições e poderes do que os demais mandatários não justifica torná-lo o único representante popular passível de *recall*, conforme prevê a Emenda à PEC. O mesmo raciocínio se amolda ao caso de o referendo puder ser expandido tão somente para os Governadores, se assim o dispuser as respectivas Constituições Estaduais ou Lei Orgânica do Distrito Federal, como cogita o Parecer (CCJ/SF) nº 64/2017;

(3) a Emenda nº 2 dispõe que o apoio popular mínimo para desencadear o processo é de “...um décimo [dos eleitores] que compareceram à última eleição presidencial, distribuídos por pelo menos quatorze Estados, cada um deles com não menos de cinco por cento dos eleitores que votaram no referido pleito”. Quantitativo inviável para a realidade brasileira. A iniciativa popular de lei, que exige bem menos, poucas vezes é exercida. Sabe-se que o quantitativo, por um lado, deve ser grande o suficiente para que não se banalize o instituto; por outro, deve ser sensível à dificuldade de se conseguir apoio popular no Brasil, país que, infelizmente, ainda não está habituado com o exercício dos mecanismos de democracia participativa;

(4) a referida proposta legislativa também submete a petição popular à apreciação das 2 (duas) Casas do Congresso Nacional, que deverá aprovar o pleito pelo “... voto favorável da maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas”. Assim, de acordo com essa sistemática, o Congresso decidiria se o referendo se justifica ou não. Tal intuito, caso existente, não é aceitável, porque: (4.1) a petição popular, pelo simples fato de ter um apoio extremamente expressivo, deve possuir autoridade própria para desencadear a realização do referendo revogatório de mandato; (4.2) o controle deveria ser apenas de ordem formal, isto é, para verificar: (i) se o pedido contém o apoio mínimo necessário e (ii) se a sua apresentação foi na data limite anterior às eleições em que se pretende realizar o referendo – data essa que deve ser imposta por lei;

(4.3) esse o controle formal deveria ser realizado pela Justiça Eleitoral, por não ser um órgão político e por estar melhor aparelhada para execução das tarefas necessárias, pois administra o Cadastro Nacional de Eleitores e verifica uma infinidade de assinaturas para aferir se partidos políticos em formação possuem o apoio mínimo, exigido por lei, à sua criação.<sup>[31]</sup> Ademais, em declaração recente, o atual Presidente da Câmara dos Deputados afirmou que a Casa não tem estrutura para verificar se as assinaturas de uma iniciativa popular de lei – que contém mais de 2 (dois) milhões de apoiantes – são ou não verdadeiras<sup>[32]</sup>. Portanto, da forma como está previsto na PEC, o referendo revogatório, provavelmente, não será viabilizado;

(5) ao prever que “*é vedada proposta de revogação durante o primeiro e o último ano do mandato*”, perdeu-se a oportunidade de incorporar a feliz ideia da PEC nº 82/2003: realizar o referendo, concomitantemente, com as eleições que ocorrem 2 (dois) anos após a eleição do mandatário avaliado. No caso dos Senadores, que possuem mandatos de 8 (oito) anos, seria concomitantemente com as eleições que ocorrem 4 (quatro) anos após essa eleição. Caso o mandato viesse a ser revogado, o mandatário exerceria o mandato até a metade, para dar lugar ao governante eleito para o cargo na mesma votação popular que determinou a troca (PEC nº 82/2003).

Essas propostas da PEC nº 82/2003, no aspecto temporal, portanto, os referendos revogatórios e as eleições para os cargos a serem possivelmente desocupados ocorrem perto do meio dos mandatos: um marco temporal bastante razoável para se evitar julgamentos políticos precipitados do mandatário avaliado.

Além disso, como os referendos revogatórios e as novas eleições ocorrerá na mesma data em que já ocorrem eleições obrigatórias, o que propiciaria significativa redução dos custos operacionais do chamamento popular e das novas eleições. O que contribuirá para que o instituto tenha aplicabilidade prática.<sup>[33]</sup>

Ademais, apesar de não dizer respeito ao tema desse artigo, registra-se que a Emenda excluiu o veto popular anteriormente previsto no texto

original da PEC, o que é lamentável, por se tratar de outro instituto relevante, que muito poderia acrescentar à democracia participativa no Brasil.

O Parecer nº 64/2017, de autoria do Senador Antonio Anastasia, estabeleceu a concepção ideológica da Emenda nº 2-CCJ (Substitutivo) à PEC nº 21/2015, merecendo, portanto, todas as críticas apresentadas acima.

Dentre os apontamentos, abordar-se-á o seguinte item de forma particularizada: ele defende, de forma expressa, que o referendo revogatório não deve incidir sobre uma grande amplitude de cargos, sob pena de o instituto ser fator de instabilidade política e jurídica.

Para tanto, o referido Senador afirma: (1) que a PEC nº 21/2015 acertou “...em trazer a possibilidade de recall apenas para alguns tipos de mandato.<sup>[34]</sup>Se não, poderíamos criar um verdadeiro caos institucional, com revogações de mandatos ocorrendo sem controle em todos os níveis federativos”; (2) que as diversas PECs que tentaram criar o recall e tramitam no Senado Federal não prosperaram porque trataram o tema de maneira “...excessivamente ampla, instituindo-o em todas as esferas federativas e para todos os mandatos, o que poderia gerar grande instabilidade política e jurídica”; (3) que “...ainda que não se possa negar a relevância, no âmbito da União, dos membros do Congresso Nacional na condução política do País”, na ordem constitucional do Brasil os Poderes se concentram no Presidente da República, o que “..Carlos Santiago Nino definiu como ‘hiper-presidencialismo’ (NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992)”; (4) por isso, em um contexto em que o Presidente da República é Chefe de Governo e de Estado e tem “...maiores responsabilidades e poderes que qualquer outro governante ou membro eleito”, o mandato dele – e somente o dele – “...possa ser retirado, por vontade do Legislativo, desde que aprovado pela maioria da população” (ANASTASIA: 2017, p. 3/5).

O Parecer também afirma que a alteração proposta “...representa uma solução de equilíbrio entre a concretização do princípio da soberania popular e a responsabilidade, evitando-se o risco de a revogação ser utilizada como mero instrumento de instabilidade política”. Porém, pondera

o Senador que não visualiza qualquer impedimento “...para que, a partir da aprovação da PEC, nos termos propostos pelo substitutivo, possam vir também os Estados e o Distrito Federal a adotarem, em suas respectivas Constituições e Lei Orgânica, o instituto da revogação de mandato para os Governadores” (ANASTASIA: 2017, p. 4/5).

Entende-se aqui que a tese defendida no parecer é equivocada. A posição que se adota é a de que o referendo revogatório de mandato, na verdade, é instrumento de fortalecimento da democracia participativa, bem como permite solucionar graves crises institucionais.

Não tem como o instituto ser instrumento de instabilidade porque (I) o quórum para sua utilização é muito elevado e (II) a população não votaria pela destituição de um bom mandatário em um país como o Brasil, que é marcado por políticos corruptos e incompetentes.

O máximo que pode ocorrer são breves momentos de incertezas políticas e econômicas momentâneas durante o processo de referendo, porque ele proporciona uma dúvida: ocorrerá ou não a transição de mandatários? Porém, trata-se de incertezas similares às existentes durante as eleições regulares. Não se trata de uma instabilidade do sistema político e/ou jurídico, pois essas situações fazem parte do próprio processo democrático.

De qualquer forma, tais incertezas podem ser atenuadas com medidas simples, como: (I) caso o mandato venha a ser revogado, o mandatário avaliado exercerá o mandato apenas até a metade e candidato eleito na eleição extemporânea assumirá o cargo no dia imediatamente seguinte (proposta da PEC nº 82/2003); (II) o novo exercente do cargo terá apenas um mandato tampão, isto é, só terminaria o mandato do mandatário retirado antes do término de sua gestão (proposta da PEC nº 82/2003); (III) o novo mandatário, em se tratando de cargo de chefia do Poder Executivo, não poder tentar a reeleição.

Quanto à primeira regra, o cargo não ficará vago 1 (um) dia sequer, o que atenua incertezas políticas e econômicas existentes durante o processo de referendo revogatório; quanto às duas últimas regras, o fato

de o mandato tampão ser relativamente curto, e, no caso do Poder Executivo, o novo mandatário não ter possibilidade de buscar a reeleição, ficam enfraquecidos os ânimos daqueles que queiram a realização do referendo revogatório para torná-lo um meio ascender ao exercício de um cargo eletivo tendo como plataforma política apenas o desgaste, junto ao eleitorado, do candidato legitimamente eleito em eleições regulares. Portanto, elas também evita a utilização do instituto como forma de instabilizar uma gestão pública.

A mera positivação do referendo, por si só, pode criar um efeito muito positivo: o fato de os mandatários saberem que os mandatos deixaram de ser irrevogáveis e que o próprio povo passou a ter poder para por termo a mandatos frágeis e debilitados, representa um enorme poder político popular de pressão. Uma pressão positiva, que induz os políticos eleitos a serem mais eficientes e comprometidos com os anseios populares. [35]

Em razão de todo o exposto, entende-se que é recomendável a introdução do instituto no sistema de democracia participativa do Brasil e que sua abrangência deverá incidir a todos os mandatos políticos eletivos dos entes federados, em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Quanto a este último Poder, deve incidir tanto na forma de *recall* político, quanto na de *abberufungsrecht*, porque estes 2 (dois) instrumentos têm raio de atuação diverso e cada um deles é ideal para tipos diferentes de crises políticas e institucionais.

Se for regulamentado de forma adequada, ele será fator de fortalecimento da democracia. Quanto mais forte a democracia, menos vulnerável a crises é o sistema político e jurídico, bem como das instituições públicas. O que o torna fator de enfraquecimento de discursos populistas, extremistas ou antidemocráticos.

## 6 – SUGESTÕES PARA A REGULAMENTAÇÃO DO REFERENDO REVOGATÓRIOS DE MANTADO NO DIREITO BRASILEIRO

As sugestões que se fazem adiante são no sentido de contribuir para que o referendo revogatório de mandato seja não apenas criado no direito brasileiro, mas especialmente para que isso ocorra de forma adequada, de modo a fazer com que o instituto atinja seu propósito de contribuir para o aperfeiçoamento da



democracia participativa, mediante o empoderamento dos eleitores – verdadeiros donos dos mandatos políticos representativos –, que passam a ter legitimidade direta e pessoal para abreviar a gestão de políticos desonestos, incompetentes ou ineficientes.

(1) Faz-se necessário, para o fortalecimento da democracia participativa, possibilitar a revogação de quaisquer mandatos eletivos dos Poderes Executivos e Legislativos por intermédio do instituto do referendo revogatório de mandato;

(2) Quanto ao Poder Legislativo, deve ser possível tanto a revogação de mandatos de forma individual (*recall*); quanto de forma coletiva, no caso, de toda uma Casa Legislativa simultaneamente (*abberufungsrecht*);

(3) No *abberufungsrecht* em nível federal, a votação tem que ser em relação a uma Casa Legislativa especificamente – Câmara dos Deputados ou Senado Federal –, de forma que se a população quiser votar a respeito das 2 (duas) Casas, deverá haver 2 (dois) *abberufungsrecht*, ainda que simultâneos;

(4) Conforme sugerido pela PEC nº 73/2005, o apoio mínimo teria que ser de 2% (dois por cento) do eleitorado nacional ou, conforme o caso, do eleitorado do respectivo Estado ou do Distrito Federal.

(5) Em relação aos Municípios, seguindo a simetria de ser o dobro do apoio exigido para iniciativa popular de lei, o quórum deve ser de 10% (dez por cento) do eleitorado da municipalidade (analogia com inc. VII do art. 29 da CRFB);

(6) A petição de convocação do referendo revogatório deve ser de iniciativa popular, jamais do Poder Público;

(7) A proposta deve ser dirigida à Justiça Eleitoral conforme a seguinte regra de competência: (I) Tribunal Superior Eleitoral, no caso de *recall* em relação ao cargo de Presidente da República e de *abberufungsrecht* em relação à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal; (II) Tribunal Regional Eleitoral (TRE) respectivo, no caso de *recall* para Governadores,

Deputados Estaduais e Deputados Distritais, bem como de *abberufungsrecht* em relação às Assembleias Legislativas estaduais ou Câmara Legislativa do Distrito Federal e (III) o Juízo Eleitoral respectivo, no caso de *recall* para Prefeitos e Vereadores ou *abberufungsrecht* em relação às Câmaras Municipais. Essa forma é a que mais se adequa ao sistema de repartição de competências para realização das eleições de acordo com a circunscrição eleitoral: Código Eleitoral, art. 86.

Observa-se que as PEC nº 73/2005 e PEC nº 82/2003 afirmam que a petição deverá ser encaminhada à Justiça Eleitoral, sendo que a última afirma que, quando se tratar de cargo de Presidente da República, Deputados Federais e Senadores, a competência seria do TSE;

(8) O órgão competente da Justiça Eleitoral avaliará somente os seguintes requisitos formais: (I) se o pedido contém o quantitativo de apoio mínimo necessário e (II) se apresentação foi no prazo a ser legalmente estipulado;

(9) Quando a petição popular atingir o apoio mínimo, com a antecedência das eleições a ser exigida por lei, o referendo revogatório requerido deve ocorrer compulsoriamente – jamais devendo estar sujeito à aprovação de qualquer órgão público no que diz respeito ao seu mérito político;

(10) o referendo revogatório ocorrerá concomitantemente com as eleições seguintes, que ocorrem 2 (dois) anos após a eleição regular do mandatário avaliado. Exceção seria o caso dos Senadores, que possuem mandatos de 8 (oito) anos, razão pela qual, em relação a eles, o referendo ocorrerá concomitantemente com as eleições que ocorrem 4 (quatro) anos após essa eleição regular (proposta da PEC nº 82/2003);

(11) a eleição para o cargo submetido ao referendo será realizada concomitantemente com esse referendo, sendo o mandatário avaliado um dos candidatos (proposta da PEC nº 82/2003);

(12) caso o mandato venha a ser revogado, o mandatário avaliado exercerá o mandato apenas até a metade e candidato eleito na eleição

extemporânea assumirá o cargo no dia imediatamente seguinte (proposta da PEC nº 82/2003).

Com essa regra, o cargo não ficará vago 1 (um) dia sequer, o que atenua incertezas políticas e econômicas existentes durante o processo de referendo revogatório, que são similares às existentes durante as eleições regulares;

(13) O novo exercente do cargo terá apenas uma mandato tampão, isto é, só terminaria o mandato do mandatário retirado antes do término de sua gestão (proposta da PEC nº 82/2003);

(14) O novo mandatário, em se tratando cargo de chefia do Poder Executivo, não poder tentar a reeleição.

Quanto às duas últimas regras, o fato de o mandato tampão ser relativamente curto, e, no caso do Poder Executivo, o novo mandatário não ter possibilidade de buscar a reeleição, ficam enfraquecidos os ânimos daqueles que queiram a realização do referendo revogatório para torná-lo um meio ascender ao exercício de um cargo eletivo tendo como plataforma política apenas o desgaste, junto ao eleitorado, do candidato legitimamente eleito em eleições regulares. Portanto, elas também evita a utilização do referendo revogatório como forma de instabilizar uma gestão pública.

## 7 – CONCLUSÕES

O referendo revogatório de mandato é um instrumento da democracia participativa dentro da democracia semidireta, pelo qual o eleitorado pode revogar o mandato de representante político ou de todos os membros de uma Casa Legislativa, simultaneamente, dissolvendo-se o Parlamento. Sob a perspectiva popular, trata-se de conceder ao povo um direito de revogação dos mandatos eletivos por meio de uma decisão política e não jurídica. O instituto pode ser instrumentalizado de duas formas: (1º) *recall* político e (2º) *abberufungsrecht*.

A principal diferença entre essas vertentes refere-se à abrangência: (1) no *recall* político, a revogação abrange um mandato individual e específico, isto é,

do mandato do governante submetido ao procedimento: determinado Deputado, por exemplo; (2) no *abberufungsrecht*, revogação estende-se a todos os membros da Casa Legislativa avaliada, de forma simultânea.

O referendo revogatório é um instrumento de empoderamento dos eleitores, que passa a ter legitimidade direta e pessoal para abreviar a gestão de políticos desonestos, incompetentes ou ineficientes ou que, por qualquer outro motivo, não possuam mais respaldo popular para governarem.

A mera positivação do referendo, por si só, pode criar um efeito muito positivo: o fato de os mandatários saberem que os mandatos deixaram de ser irrevogáveis e que o próprio povo passou a ter poder para por termo a mandatos frágeis e debilitados, representa um enorme poder político popular de pressão. Uma pressão positiva, que induz os políticos eleitos a serem mais eficientes e comprometidos com os anseios populares.

Não existe no sistema constitucional brasileiro qualquer instrumento que seja capaz de desempenhar a mesma função. O processo de impedimento (*impeachment*), por exemplo, não é decidido diretamente pelo povo – como ocorre no referendo revogatório – e exige, para a condenação, a prova de crime de responsabilidade. Portanto, o impedimento possui um filtro jurídico mais rigoroso, já que fundamentação para incidência do referendo é ampla e, a depender da legislação local, até mesmo facultativa.

Introdução do instituto no sistema de democracia participativa do Brasil e que sua abrangência deverá incidir a todos os mandatos políticos eletivos dos entes federados, em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Quanto a este último Poder, deve incidir tanto na forma de *recall* político, quanto na de *abberufungsrecht*, porque estes 2 (dois) instrumentos têm raio de atuação diverso e cada um deles é ideal para tipos diferentes de crises políticas e institucionais.

A PEC nº 21/2015, na redação que lhe deu a Emenda nº 2-CCJ (Substitutivo), pouco acrescentará para o nosso sistema democrático, porque: (1) a ausência de qualquer previsão de *abberufungsrecht* empobrece o instituto ao não conceder à sociedade a

possibilidade de revogar todos os mandatos de uma Casa Legislativa, mesmo quando essa seja a alternativa adequada para caso concreto; (2) o fato de o Presidente da República ter mais atribuições e poderes do que os demais mandatários não justifica torná-lo o único representante popular passível de *recall*, conforme prevê a Emenda à PEC. O mesmo raciocínio se amolda ao caso de o referendo puder ser expandido tão somente para os Governadores, se assim o dispuser as respectivas Constituições Estaduais ou Lei Orgânica do Distrito Federal, como cogita o Parecer (CCJ/SF) nº 64/2017; (3) o quantitativo de apoio popular exigido para desencadear o processo é inviável para a realidade brasileira; (4) a referida proposta legislativa também submete a petição popular à apreciação das 2 (duas) Casas do Congresso Nacional, o que não é aceitável, porque: (4.1) a petição popular, pelo simples fato de ter um apoio bastante expressivo, deve possuir autoridade própria para desencadear a realização do referendo revogatório de mandato; (4.2) o controle deveria ser apenas de ordem formal, isto é, para verificar se o pedido contém o apoio mínimo necessário e se a apresentação foi dentro do prazo a ser previsto em lei; (4.3) esse o controle formal deveria ser realizado pela Justiça Eleitoral, por não ser um órgão político e por estar melhor aparelhada para execução das tarefas necessárias; (5) perdeu-se a oportunidade de incorporar a ideia da PEC nº 82/2003: realizar o referendo, concomitantemente, com as eleições que ocorrem 2 (dois) anos após a eleição do mandatário avaliado. No caso dos Senadores, que possuem mandatos de 8 (oito) anos, seria concomitantemente com as eleições que ocorrem 4 (quatro) anos após essa eleição.

## BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA, Antonio. **Parecer (CCJ/SF) nº 64/2017**. Senado Federal: Brasília, 21/06/2016. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, et ai.; coord. Trad. João Ferreira; rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 4ª reimpressão, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2016. 23ª rev. e atual.

CALGARO, Fernanda. **Câmara apenas contará assinaturas em projeto de pacote anticorrupção, diz Maia**: Casa não tem estrutura para checar se assinaturas são verdadeiras; após checagem, tramitação será retomada do ponto onde parou, afirmou o presidente da Câmara. G1, Brasília, em 20/02/2017. Atualizado em: 15/03/2017. Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia>. Acesso: em 16/06/2017.

CÓDIGO ELEITORAL (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 07/04/2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1.988. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 22/06/2017.

CÓVIS, Pansani. **Pequeno dicionário de sociologia**. Campinas, SP: Autores Associados, p. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016, 33 ed.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O Poder Judiciário e a democracia Substancial**. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15514/14070>. V. 20 n. 38 (1999). p. 107/123. Acesso em: 25/04/2017.

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 02/06/2017.

<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 24/06/2016.

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Iniciativa\\_popular#Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Iniciativa_popular#Brasil). Acesso em: 24/06/2017.

Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm). Acesso em: 28/06/2017.

LEI nº 9.504/1997 (Lei das Eleições). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm). Acesso em: 22/06/2017.

Lei nº 9.709/1988 (Regulamenta a Execução do Plebiscito, do Referendo e da Iniciativa Popular de Lei). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm). Acesso em: 28/06/2017.

LINCOLN, Abraham. **Discurso de Gettysburg**. Data: em 19 de novembro de 1863. Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso\\_de\\_Gettysburg](https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Gettysburg). Acesso: em 17/06/2017.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 31ª ed., 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 212, abril/junho de 1998, p. 57-70. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47166/45635>. Acesso em: 25/04/2017.

PEREZ, Jefferson e outros. **Proposta de Emenda à Constituição n. 82/2003**. Senado Federal: Brasília, 2003. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

Resolução TSE nº 23.465/2015. Fonte: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>. Acesso em: 28/06/2016.

SANTANA, Alexandre. **O Direito de Revogação do Mandato Político Representativo**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: 2004. Fonte: <http://books.googleusercontent.com/books/>. Acesso em 05/04/2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 39 ed. rev. e atual.

SUPLICY, Eduardo e outros. **Proposta de Emenda à Constituição n. 73/2005**. Senado Federal: Brasília, 2005. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

VALADARES, Antonio Carlos e outros. **Proposta de Emenda à Constituição n. 80/2003**. Senado Federal: Brasília, 2003. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

VALADARES, Antonio Carlos e outros. **Proposta de Emenda à Constituição n. 21/2015**. Senado Federal: Brasília, 2015. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

#### NOTAS:

[1] DALMO DE ABREU DALLARI, afirma que *“consolidou-se a ideia de Estado Democrático como o ideal supremo, chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos”* (DALLARI: 2016, p. 149).

Essa afirmação ocorreu após o autor afirmar que as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa foram os *“três grandes movimentos político-sociais”* que transpuseram, do plano teórico para o prático, *“...os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático”*; analisa detidamente tais revoluções e concluir que *“foram esses movimentos e essas ideias, expressões dos ideais preponderantes na Europa do século XVIII, que determinaram as diretrizes na organização do Estado a partir de então”* (DALLARI: 2016, p. 149).

[2] Inspirado especialmente em conceitos e/ou explicações de ABRAHAM LINCOLN (LINCOLN: 1863); NORBERTO BOBBIO (BOBBIO: 2010, p. 326/329); JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 128 e 135); SAHID MALUF (MALUF: 2013, p. 313/315) e LUIZ VERGILIO DALLA-



ROSA (DALLA-ROSA: 1999, p. 107/119) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO: 1998, p. 57/62).

[3] O autor deste trabalho possui um artigo intitulado “DEMOCRACIA PARTICIPATIVA”, no qual aborda, com maior riqueza de detalhes, os temas desse tópico, além de outros ligados a essa face tão importante da democracia.

*[4] A forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia (...)*

*Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.*

*Democracia indireta, chamada de democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.*

*Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa.”*

(SILVA: 2016, p. 138)

[5] O Distrito Federal possui todas as prerrogativas, competências e atribuições dos Estados e dos Municípios, exceto aquelas que lhe foram expressamente retiradas pela Constituição (CRFB, arts. 21, inc. XIII e XIV, e 22, inc. XVII, 23, 24, 32, § 1º, 147, dentre outros).

[6] Todavia, o próprio autor ressalva que “a participação de trabalhadores e empregadores na administração, (...), na verdade, vai caracterizar-se como uma forma de participação por representação, já que certamente vai ser eleito algum trabalhador ou empregador para representar as respectivas categorias, e, se assim é, não se dá a participação direta, mas por via representativa”. (SILVA: 2016, p. 148).

**[7] BONAVIDES: 2016, P. 316.**

[8] CALGARO, G1: 20/02/2017. Atualizado em: 15/03/2017.

[9] Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos):

“Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

“§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não

filiação a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.”

Apesar de a competência para decisão ser do TSE, existem atribuições que são da responsabilidade dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Juízes Eleitorais de 1º grau neste processo, conforme pode ser observado na Resolução TSE nº 23.465/2015. Aliás, quem recebe as fichas de apoio e confere as assinaturas são os Cartórios Eleitorais (art. 14 da referida resolução). Dessa forma, esse serviço é inicialmente administrativo. Porém, Se houver impugnações às listas ou formulários de apoio apresentados, cabe ao Juízo Eleitoral de 1º grau decidir a questão (art. 15).

[10] Código Eleitoral: “Art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição serão País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo município.”

[11] “Para a revogação, podem-se apresentar os mais diversos motivos, dentre os quais pode estar a ilegitimidade do mandato, ou outros motivos (ineficiência, prática de um crime de responsabilidade, desonestidade, corrupção, etc).

“Ou, ainda, pode-se não apresentar nenhum motivo: apenas a manifestação popular (nas urnas) da vontade de pôr fim ao mandato do representante. É como o administrador público demitir um funcionário ocupante de cargo em comissão: apenas demite, não é necessário fornecer motivos.”  
(SANTANA: 2004, p. 51)

[12] Posição semelhante é a de BRUNO GALINDO, que, após abordar *Abberufungsrecht* na Suíça e o *Recall* nos Estados Unidos da América (EUA) e em diversos países da América Latina, afirma que

*“...nenhuma dessas previsões revogatórias de mandato se confunde com o impeachment, pois, se nesse normalmente se exige o cometimento de delitos para ser acionado, nas diversas formas de recall referidas, isso é desnecessário, sendo essencialmente um mecanismo revogatório de mandato eletivo antes de seu término, em princípio por razões de natureza estritamente política”.*

(GALINDO: 2016, p. 43) (destacou-se)

[13] Na Suíça, esse instituto “...só admite a destituição de todo o colegiado, sendo uma revogação antecipada coletiva” (GALINDO: 2016, p. 39).

[14] Ou do Distrito Federal, se for o caso.

[15] Em relação ao *abberufungsrecht* – instituto que promove um processo eleitoral sem similitude com os atualmente existentes no Brasil – fez-se o enquadramento utilizando-se da lógica: não tem sentido um TRE, por exemplo, receber a petição popular para um *abberufungsrecht* que pode levar a revogação de todos os mandatos da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

[16] “Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual.” (SILVA: 2016, p. 141)

[17] Relata PAULO BONAVIDES que, na extinta União Soviética, o art. 142 da Constituição previa o direito de revogação. Nesse artigo se instituiu “...uma espécie de mandato imperativo dos chamados representantes das classes trabalhadoras”, de forma que “os deputados ficavam obrigados a prestar conta aos eleitores de seu trabalho, e podiam ter o mandato revogado a qualquer momento” (BONAVIDES: 2016, p. 314).

[18] Esse instituto foi defendido por THEODORE ROOSEVELT, em 1912, e foi adotado por inúmeros estados os EUA, com o objetivo de permitir a superação de “...obstáculos à aplicação de leis sociais, opostos pela magistratura eletiva precionada pelos grupos econômicos que decidiam as eleições” (DALLARI, 2016, p. 154).

[19] BONAVIDES: 2016, p. 314/315.

[20] Tanto é assim, que, juridicamente, a doutrina entende que o Senado, no processo de impedimento, converte-se em um tribunal jurídico.

[21] BONAVIDES: 2016, p. 314.

[22] GALINDO: 2016, p. 39.

[23] SANTANA: 2004, p. 5-6 – nota de rodapé. Esse autor afirma ter obtido a informação em ZOVATTO G., **D. Las instituciones de democracia directa a nivel nacional em América Latina un balance comparado: 1978 – 2002.** Disponível em <http://www.observatorioelectoral.org/biblioteca/?bookID=28>. Acesso em: 26 jul. 2004.

[24] SANTANA: 2004, p. 94.

[25] Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

[26] Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

[27] Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

[28] Na decisão da CCJ/SF de 21/06/2017 consta: “A comissão aprova o relatório, que passa a constituir o parecer da CCJ, favorável à proposta nos termos da Emenda nº 2-CCJ (Substitutivo)” (Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017).

[29] <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

[30] Este é o único aspecto negativo aqui destacado, no qual a Emenda apenas repete o texto original da PEC nº 21/2015, que também não faz referência expressa à revogação coletiva de mandatos.

[31] Lei nº 9.096/1995 (que dispõe sobre os partidos políticos):

“Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

“§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.”

Apesar de a competência para decisão ser do TSE, existem atribuições que são da responsabilidade dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Juízes Eleitorais de 1º grau neste processo, conforme pode ser observado na Resolução TSE nº 23.465/2015. Aliás, quem recebe as fichas de apoiantes e confere as assinaturas são os Cartórios Eleitorais (art. 14 da referida resolução). Dessa forma, esse serviço é, inicialmente, administrativo. Porém, Se houver impugnações às listas ou formulários de apoiantes apresentados, cabe ao Juízo Eleitoral de 1º grau decidir a questão (art. 15).

[32] CALGARO: em 20/02/2017. Atualizado em: 15/03/2017. Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia>. Acesso: em 16/06/2017).

[33] A Justiça Eleitoral já vem caminhando nesse sentido, no que diz respeito ao plebiscito institucionalizado no art. 14, inc. I da CRFB, de forma que os 2 (dois) últimos plebiscitos se deram de forma concomitantemente com às eleições municipais. Tratam-se (I) da consulta plebiscitária realizada junto a 02 (dois) municípios do Estado do Amazonas (Senador La Rocque e João Lisboa): sobre a possibilidade de desmembramento de territórios do Município de João Lisboa para serem anexados ao Município de Senador La Rocque e (II) da consulta plebiscitária Município de Rosana/SP: sobre a possibilidade de criação do Distrito de Primavera na cidade de Rosana (<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>).

[34] Observa-se que houve um equívoco no Parecer, na parte em que afirma que a PEC trouxe “...a possibilidade de recall apenas para alguns tipos de mandato”. Isso porque a PEC n. 21/2015, em seu texto original, previa o “direito de revogação de mandato de membros dos poderes Executivo e Legislativo”, expressão ser genérica o suficiente para abranger todos os mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo, em todos os entes federados, ao menos na modalidade *recall*.

[35] No Brasil existe um péssimo costume de os chefes do Poder Executivo se programarem para inaugurar obras e entregarem todos os resultados de suas gestões apenas próximo das eleições seguintes, visando benefícios eleitorais. Parecem ignorar que o povo precisa de um bom governo todos os dias, em todos os anos.

## A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO ESTADUAL NOS MUNICÍPIOS DIANTE DO INADIMPLEMENTO DE PRECATÓRIOS

**ANDRÉ DIEGO DE LIMA LEITE:** Advogado. Graduado pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

**Resumo:** *O presente trabalho tem como foco analisar a possibilidade de intervenção estadual nos municípios, analisando a previsão na Constituição Federal de 1988, bem como a situação do inadimplemento dos precatórios, e se a mesma seria apta a ensejar a referida intervenção. Para tanto, será detalhado o modelo de federalismo brasileiro, que permite que haja a intervenção, bem como as hipóteses de intervenção federal e estadual e a situação do inadimplemento dos precatórios, analisando onde a mesma se encaixa. Por fim, veremos a possibilidade de intervenção do Estado nos Municípios diante da inobservância do dever de pagar os precatórios, bem como a jurisprudência da Suprema Corte. Para tanto, foi feito um estudo da legislação vigente bem como da doutrina constitucional, o que resultou em conclusões sobre a possibilidade de intervenção estadual nos Municípios que não arquem com o pagamento de precatórios, necessitando que o inadimplemento seja voluntário e intencional.*

**Palavras-chave:** Intervenção. Federalismo. Precatório.

**Abstract:** *The present study aims to analyze the possibility of state intervention in the municipalities, analyzing the prediction in the Federal Constitution of 1988, as well as the situation of default of the Precatories, and whether it would be apt to trigger said intervention. In order to do so, it will be detailed the Brazilian federalism model, which allows the intervention, as well as the hypotheses of federal and state intervention and the situation of default of the precatories, analyzing where it fits. Finally, we will see the possibility of State intervention in the Municipalities in the face of the nonobservance of the duty to pay the Precatories, as well as the jurisprudence of the Supreme Court. In order to do so, a study was made of the current legislation as well as of the constitutional doctrine, which resulted in conclusions about the possibility of state intervention in the Municipalities that do not settle with the payment of Precatories, necessitating that the default is voluntary and intentional.*

**Keywords:** Intervention. Federalism.. Precatory

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Federalismo brasileiro. 3 A intervenção Federal nos Estados; 4. A intervenção Estadual nos Municípios. 5. A intervenção devido ao inadimplemento de precatórios. 6. Conclusão. 7. Referências

---

## **1. Introdução**

O presente trabalho tem como foco avaliar a possibilidade de intervenção estadual nos Municípios diante no inadimplemento de precatórios.

O artigo foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, será abordado de forma sucinta o surgimento do federalismo e a sua aplicação no direito brasileiro. No segundo capítulo, será abordada a possibilidade de intervenção federal nos Estados, mencionando dispositivos da Constituição Federal bem como temas doutrinários. No terceiro capítulo será esmiuçada a possibilidade de intervenção estadual nos municípios, mencionando, para tanto, dispositivos da Constituição Federal que tratam sobre o tema, bem como a possibilidade de intervenção pelo não pagamento da dívida fundada. Por fim, no quarto capítulo, trataremos acerca da intervenção dos Estados nos Municípios diante da inobservância do dever de arcar com o pagamento dos precatórios.

## **2. O Federalismo brasileiro**

O direito brasileiro vive em um federalismo. O federalismo significa, basicamente, a descentralização do poder político, o que não ocorre no Estado Unitário. Podemos ver tal previsão acerca do federalismo na própria Constituição Federal, onde, em seu artigo primeiro, menciona:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Diante do artigo supracitado, resta claro que a República Federativa do Brasil adota o princípio federativo em sua concepção. Nesse sentido, Nathália Masson (2016, p.493) menciona que “Encontra se definida em nossa Carta Constitucional (are. 1º, CF/88), inequivocamente, a adoção do princípio federativo como critério ordenador da organização político-administrativa do Estado.”

O Estado Federal se difere do Estado Unitário. Entre as diferenças de tais formas de Estado, a que mais se acentua é justamente a descentralização do Poder Político. Nathália Masson (2016, p. 494) menciona:

É a forma de Estado na qual existe descentralização no exercício do poder político, estando este pulverizado em mais de uma entidade política, todas funcionando como centros emanadores de comandos normativos e decisórios. Segundo Georg Jellink, federalismo é a "unidade na pluralidade", pois embora tenhamos mais de um ente dotado de capacidade política, não se pode perder de vista a unidade necessária para a manutenção do Estado Federal.

Sobre o tema, Pedro Lenza (2016), cita importantes características:

Apesar de cada Estado federativo apresentar características peculiares, inerentes às suas realidades locais, encontramos alguns pontos em comum que podem assim ser sistematizados: ? **descentralização política**: a própria Constituição prevê núcleos de poder político, concedendo autonomia para os referidos entes; ? **repartição de competência**: garante a autonomia entre os entes federativos e, assim, o equilíbrio da federação; ? **Constituição rígida como base jurídica**: fundamental a existência de uma Constituição rígida no sentido de garantir a distribuição de competências entre os entes autônomos, surgindo, então, uma verdadeira **estabilidade institucional**; ? **inexistência do direito de secessão**: não se



permite, uma vez criado o pacto federativo, o direito de separação, de retirada. Tanto é que, só a título de exemplo, no Brasil, a CF/88 estabeleceu em seu art. 34, I, que a tentativa de retirada ensejará a decretação da intervenção federal no Estado “rebelante”. Eis o **princípio da indissolubilidade do vínculo federativo**, lembrando, inclusive, que a forma federativa de Estado é um dos limites materiais ao poder de emenda, na medida em que, de acordo com o art. 60, § 4.º, I, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a **forma federativa de Estado**; ? **soberania do Estado federal**: a partir do momento que os Estados ingressam na federação perdem soberania, passando a ser

autônomos. Os entes federativos são, portanto, autônomos entre si, de acordo com as regras constitucionalmente previstas, nos limites de sua competência; a **soberania**, por seu turno, é característica do todo, do “país”, do Estado federal, no caso do Brasil, tanto é que aparece como o **fundamento da República Federativa do Brasil** (art. 1.º, I, da CF/88). Conforme alertamos no *item 4.7*, dentro do conceito de **supranacionalidade**, hoje se fala em **flexibilização** da ideia clássica de soberania; ? **intervenção**: diante de situações de crise, o processo interventivo surge como instrumento para assegurar o equilíbrio federativo e, assim, a manutenção da Federação; ? **auto-organização dos Estados-Membros**: através da elaboração das Constituições Estaduais (*vide* art. 25 da CF/88); ? **órgão representativo dos Estados-Membros**: no Brasil, de acordo com o art. 46, a representação dá-se através do Senado Federal; ? **guardião da Constituição**: no Brasil, o STF; ? **repartição de receitas**: assegura o equilíbrio entre os entes federativos (arts. 157 a 159).

Diante disso, podemos notar claramente que a intervenção é uma das características do Estado federal, pois visa assegurar o equilíbrio federativo, mantendo, assim, a Federação.

Ademais, o federalismo brasileiro se caracteriza por ser um federalismo de segregação, ou seja, que surgiu de dentro para fora, sendo, na verdade, uma mudança de um Estado unitário para um Estado federal. Sobre o tema, Pedro Lenza explica (2016, p. 535):

Por sua vez, no **federalismo por desagregação** (*segregação*), a Federação surge a partir de determinado Estado unitário que resolve descentralizar-se, “em obediência a imperativos políticos (salvaguarda das liberdades) e de eficiência”.<sup>8</sup> O **Brasil** é exemplo de federalismo por desagregação, que surgiu a partir da proclamação da República, materializando-se, o novo modelo, na Constituição de 1891.

Nesse mesmo sentido, Nathália Masson (2016, p.500):

Noutro giro, é possível que a federação tenha surgido em decorrência de um movimento de poder centrífugo, em que o deslocamento de poder se dá do centro para a periferia. É o caso da federação brasileira, que se formou a partir da descentralização de um poder que escava compactado no centro, já que o Estado era unitário, e foi partilhado com as entidades periféricas. Segundo Rui Barbosa, "Não somos uma federação de povos até ontem separados e reunidos de ontem para hoje. Pelo contrário, é da União que partimos. Na União nascemos".

Atualmente, vemos a descentralização do poder político no Brasil. O poder político não está concentrado nas mãos da União. Há, na verdade, uma divisão espacial de poder, sendo o mesmo dividido com a União, os Estados e os Municípios.

É interessante a inclusão, pelo direito brasileiro, dos Municípios como entes partícipes da federação, pois, no modelo pelo qual o direito brasileiro se inspirou,

qual seja o modelo norte-americano, os Municípios não fazem parte da Federação, a qual abarca apenas União e Estados. Nesse sentido, surge o conceito de federalismo de segundo grau e de terceiro grau. Nathália Masson trabalha bem tal tópico (2016, p. 502, 503), ao mencionar que:

O primeiro, de segundo grau (ou bidimensional), é típico nessa forma de Estado que, para se constituir, somente precisa de uma ordem jurídica central (primeiro grau) e das ordens jurídicas regionais (segundo grau). Criado nos Estados Unidos da América, pátria do conceito de federação, é adotado na maioria das federações mundo afora. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, os Municípios foram alçados à categoria de entes federados, o que fez com que fosse somada às duas ordens já existentes {central - representada pela União; e regional - representada pelos Estados-membros) uma terceira: a local, instituída pelos Municípios, recém integrados à estrutura federativa. Nesse contexto, nosso federalismo é de terceiro grau (ou atípico ou tridimensional)".

Não resta dúvidas de que o modelo adotado pelo Brasil é o tridimensional, uma vez que abarca os Municípios como entes participantes da federação, além de preverem diversas competências municipais ao longo da carta constitucional.

Tendo em vista o princípio federativo, é possível a intervenção federal nos Estados e Municípios para manter o equilíbrio da federação. Tal intervenção deve ser vista como medida excepcional, haja vista que a autonomia dos entes deve sempre ser levada em consideração. Conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 785), "A intervenção federal é mecanismo drástico e excepcional, destinado a manter a integridade dos princípios basilares da Constituição, enumerados taxativamente no art. 34 da CF."

### **3. A Intervenção da União nos Estados**

A União pode intervir nos Estados, sendo necessário ressaltar que tal medida deve ser vista de maneira excepcional. A Constituição Federal, ao tratar

sobre o tema, enumera hipóteses taxativas nas quais é possível a intervenção federal nos Estados. Vejamos:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Conforme visto, é possível à União intervir nos Estados visando sempre a manutenção da unidade da federação. O objetivo maior da intervenção federal é justamente a proteção da unidade da federação. Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016, p. 307):

Porém, a Constituição brasileira admite o excepcional afastamento dessa autonomia política, por meio da intervenção de uma entidade política sobre outra, diante do interesse maior de preservação da própria unidade da Federação. Por isso, o processo de intervenção atua como

antítese da autonomia, haja vista que, por meio dele, afasta-se temporariamente a atuação autônoma do estado, Distrito Federal ou município que a tenha sofrido.

Conforme a doutrina, a intervenção federal pode se dar de forma espontânea ou provocada. A diferença entre as duas formas de intervenção se dá pelo fato de que, na primeira, o Chefe do Executivo pode agir de ofício, a partir de um juízo discricionário do Presidente. As hipóteses de intervenção espontânea são, conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016, p. 308), “ a) para a defesa da unidade nacional (CF, art. 34, I e li); b) para a defesa da ordem pública (CF, art. 34, III); c) para a defesa das finanças públicas (CF, art. 34, V).

De outro modo, na intervenção provocada não é possível a ação de ofício pelo Chefe do Executivo, sendo necessária, na verdade, a sua provocação. A provocação do chefe do executivo, que poderá ser mediante solicitação ou requisição. A doutrina costuma diferenciar as hipóteses de provocação em solicitação e requisição, haja vista que na solicitação, o Chefe do Executivo não estaria obrigado a realizar a intervenção, diferente da requisição, na qual a sua atuação seria obrigatória. Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016, p. 309):

A provocação mediante requisição está prescrita nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 34, IV (requisição do STF), art. 34, VI (requisição do STF, STJ ou TSE), e art. 34, VII (requisição do STF). A provocação mediante solicitação está prevista no art. 34, IV, na defesa dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Entre as hipóteses de intervenção federal nos Estados está o não pagamento, por mais de dois anos consecutivos, da dívida fundada. Acerca da dívida fundada, conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 786):

O inciso V do art. 34 cuida da intervenção federal por desorganização administrativa, que leva o Estado ou o Distrito Federal, sem motivo de força maior, a não pagar a sua dívida fundada por mais de dois anos consecutivos. A Lei n. 4320/64 refere-se a dívidas fundadas como sendo as

relativas a compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos em função de desequilíbrio orçamentário ou financeiro de obras e serviços públicos. O inciso também cuida do caso da não entrega oportuna das receitas tributárias dos municípios.

Nesse sentido, os precatórios podem ser aqui incluídos. Logo, é plenamente possível que haja intervenção federal pelo não pagamento de precatórios. Contudo, não é todo e qualquer inadimplemento de precatório que ensejará a intervenção federal, conforme será visto posteriormente.

#### **4. A Intervenção dos Estados nos Municípios**

A CRFB disciplina também a possibilidade dos Estados intervirem nos Municípios. Tal previsão está consagrada no artigo 35 da CRFB (online), que dispõe:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

É necessário ressaltar que, pela leitura do *caput* dos artigos que tratam da intervenção federal nos Estados, bem como da intervenção estadual nos Municípios, não há previsão para que a União, diretamente, intervenha em Municípios de Estados. Somente quem pode intervir nos Municípios localizados em Estados-membros é o próprio Estado. Nesse sentido, Nathália Masson (2016, p. 587):

Nos Municípios localizados em Estados-membros a União não pode intervir, haja vista não ser o ente federado imediatamente superior. A intervenção, neste caso, ficará a critério do Estado-membro, que deverá observar escritamente o regramento constitucional a seguir detalhado.

Ademais, conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016, p. 315):

Ressalvada a hipótese de intervenção federal em município localizado em Território Federal, todas as intervenções em município serão decretadas e executadas pelos estados. Em nenhuma hipótese haverá intervenção da União em município localizado em Estado-membro

Portanto, quatro são as hipóteses previstas na CRFB que permitem ao Estado intervir no Município, bem como da União intervir nos Municípios localizados em Territórios. Entre tais hipóteses, está o não pagamento da dívida fundada por dois anos consecutivos. Aqui podemos notar uma distinção entre a intervenção da União nos Estados, haja vista que, neste, a União só poderá intervir se o não pagamento da dívida fundada for superior a dois anos, e não exatos dois anos como menciona o artigo trinta e cinco da Constituição.

Como vimos anteriormente, o Precatório se enquadra no conceito de dívida fundada. Contudo, não é todo inadimplemento de Precatório que enseja a intervenção, conforme veremos no próximo capítulo.

#### **4. A intervenção devido ao inadimplemento de precatórios**

O precatório é uma requisição de pagamento devido pela Fazenda Pública quando há uma sentença transitada em julgado contra ela. Nesse caso, quando a Fazenda Pública é condenada em uma obrigação de pagar quantia, ela não pode simplesmente pagar aquele valor no prazo ordenado pela lei. Nesse caso, para que haja qualquer pagamento pela Fazenda Pública, a Constituição Federal exige que tal pagamento se dê mediante precatório. Conforme Leonardo Cunha (2016, p. 352, 353):

Conforme já se acentuou, a execução contra a Fazenda Pública pode fundar-se em título judicial ou em título extrajudicial. Quando o título for judicial, há cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 534 e 535). Sendo extrajudicial, propõe-se a execução disciplinada no art. 910 do CPC. Tanto numa como noutra, é necessário observar o regime de precatórios ou de requisição de pequeno valor - RPV -, previsto no art. 100 da Constituição Federal.

Portanto, para que a Fazenda Pública arque com os valores, é necessário que a sentença esteja transitada em julgado para que seja expedido precatório. O artigo 100 da CRFB dispõe:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Diante disso, e diante do fato de que a dívida fundada abarca o precatório, questiona-se se seria possível a intervenção estadual nos Municípios que não observassem o pagamento de seus requisitórios. Nesse caso, a doutrina majoritária entende que é possível a intervenção, contudo, o não pagamento do precatório deve ser voluntário e intencional. Conforme Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2013, p. 787):

Não se configura situação em que atraia a intervenção federal o não pagamento de precatório, quando os recursos do Estado são limitados e há outras obrigações a cumprir de idêntica hierarquia, como a continuidade da prestação de serviços básicos. Na lição do Min. Gilmar Mendes, no precedente em que se fixou tal orientação, “a intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. A insuficiência de recursos



financeiros tem sido justificativa acolhida em outros precedentes para se indeferir pleito de intervenção federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar sobre o tema, entende que o descumprimento do pagamento do requisitório, para ensejar intervenção, deve, de fato, ser voluntário e intencional. Vejamos:

INTERVENÇÃO FEDERAL. Pagamento de precatório judicial. Descumprimento voluntário e intencional. Não ocorrência. Inadimplemento devido a insuficiência transitória de recursos financeiros. Necessidade de manutenção de serviços públicos essenciais, garantidos por outras normas constitucionais. Precedentes. Não se justifica decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros. (STF - IF: 5101 RS, Relator: Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Data de Julgamento: 28/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 05-09-2012 PUBLIC 06-09-2012)

Logo, é possível a intervenção federal nos Estados, bem como a intervenção dos Estados nos Municípios, desde que inobservado, de forma voluntária a intencional, o não pagamento dos precatórios.

## **5. Conclusão**

Pelo exposto, percebe-se que a intervenção é um mecanismo de preservação da federação, no qual os entes abrem mão de sua soberania, conservando, contudo, a sua autonomia.

Ademais, foi analisado no presente trabalho que a federação brasileira é uma federação de segregação e de terceiro grau, pois abarca os Municípios como entes componentes da federação, conforme se pode extrair da CRFB.

Foi analisado, ademais, a possibilidade de intervenção federal nos Estados, e, entre as hipóteses, se encontra o não pagamento, por mais de dois anos consecutivos da dívida fundada, a qual abarca o precatório. Verificamos, ao decorrer do trabalho, que em nenhuma hipótese a União pode intervir nos Municípios localizados em Estados-membros, haja vista expressa vedação constitucional nesse sentido.

Ao tratarmos sobre a intervenção estadual nos Municípios, analisamos que somente os Estados tem tal papel, não podendo a União exercer tal múnus. Ademais, entre as hipóteses de intervenção estadual nos Municípios, conforme o artigo 35 da CRFB, está no não pagamento da dívida fundada por dois anos consecutivos, a qual abarca o precatório.

Por fim, analisamos a possibilidade de intervenção diante do inadimplemento de precatórios, no qual foi ressaltada a posição da doutrina majoritária e da Suprema Corte brasileira, que entende que somente se o inadimplemento for voluntário e intencional é possível tal intervenção.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário IF: 5101 RS** Brasília, 2012. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869961/intervencao-federal-if-5101-rs-stf> >. Acesso em: 07 jul. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathália. *Manual de direito constitucional*. 4ª Ed. rev e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VICENTE Paulo, ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**- 15. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forer.se; São Paulo: MÉTODO: 2016.

## SEGURO RURAL: ENTENDA OS PRINCIPAIS ASPECTOS

**ADAMIR DE AMORIM FIEL:** Advogado e Consultor Jurídico em Brasília e em Alagoas; Procurador do Distrito Federal; Procurador-Chefe do Centro de Apoio Técnico da Procuradoria Geral do Distrito Federal; Membro da Comissão de Assuntos Institucionais do Fórum Nacional de Precatórios - FONAPREC/CNJ; especialista em Direito Público; Especializando MBA em Agronegócio pela ESALQ/USP; pós-graduando MBA LLM em Direito Empresarial pela FGV; especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário da UnB; ex-Procurador da Fazenda Nacional; ex-Procurador Federal. Professor do Instituto de Magistrados do Distrito Federal - IMAG/DF; Professor da Faculdade de Direito da FACITEC; co-autor do livro Direito Constitucional, Ed. Método, São Paulo; co-autor do Livro Estudos Dirigidos: Procuradorias, Ed. Jus Podivm;

**Resumo.** Este artigo pretende subsidiar ao leitor no entendimento dos principais aspectos do Seguro Rural. Utilizando uma metodologia qualitativa, o trabalho conceitua este instrumento, apresentando sua estruturação e as modalidades do Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural (PSR). Esta pesquisa ainda explica como se dá o acesso do produtor rural ao PSR e indica circunstâncias atuais que envolvem outro auxílio relacionado ao Seguro Rural: o Fundo Catástrofe.

**Palavras-Chave.** Seguro Rural. Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural – PSR. Proagro. Proagro Mais. Fundo de Estabilidade do Seguro Rural – FERS

**Sumário.** 1.Introdução. 2. Seguro Rural. 3.Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural – PSR. 4. Risco agrícola. 5. Estrutura do Seguro Rural. 6. Modalidades do PSR. 7- Acesso do Produtor ao PSR. 8. Outro auxílio relacionado ao Seguro Rural. 9- Dados comparativos. 10. Conclusão. 11. Referências bibliográficas.

## **1. Introdução**

No mês passado, a imprensa oficial noticiou os dados do Plano Trienal do Seguro Rural que previu a disponibilidade de R\$ 400 milhões, no ano que vem, para cobrir perdas de projetos agrícolas, pecuários, florestais e aquícolas. Isso, significou uma redução de 30,72% em relação à execução deste ano, R\$ 577,4 milhões. O valor para 2017 será de R\$ 425 milhões e de R\$ 455 milhões para 2018.

Na ocasião, a Resolução do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento estabeleceu que o seguro Rural cobrirá de 30% a 45% das perdas de cada projeto, o que representa uma significativa redução da cobertura atual, que é de 40% e 70%. Com a edição das novas regras, passarão a vigorar os seguintes valores máximos por cada beneficiário: R\$ 72 mil por ano para a agricultura e R\$ 24 mil para as outras atividades rurais.

Com isso, o Governo espera um apoio médio de aproximadamente 45% sobre o valor do prêmio, estimando atender 100 mil apólices.

Não havendo uma expectativa mais positiva, o assunto tem trazido reiteradas dúvidas entre os gestores do Agronegócio. Entenda os principais aspectos do Seguro Rural e do Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural – PSR.

## **2. Seguro Rural**

O Seguro Rural é um instrumento que permite o produtor proteger-se contra perdas advindas, principalmente, de ocorrências climáticas. A modalidade cobre a atividade agrícola e pecuária, sua produção, o patrimônio do produtor rural, o crédito de comercialização dos produtos e o seguro de vida dos profissionais.

O objetivo principal do seguro é proteger o investimento realizado pelo produtor no plantio, manutenção e colheita da lavoura, reduzindo os riscos da produção agrícola.

## **3. Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural - PSR**

O programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural – PSR é um programa do Governo Federal que oferece a possibilidade do agricultor assegurar a sua produção com custo reduzido por meio de auxílio financeiro do Poder Público.

Desde 2005, a concessão da subvenção, que é realizada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, proporciona redução de 30% a 70% do custo do seguro para o Produtor Rural.

Alguns Estados mantêm seus próprios programas de subvenção, que podem cumular com o programa do governo federal, desde que o segurado não possua restrição nos Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) e/ou nos estaduais.

#### **4. Risco agrícola**

O Governo Federal oferece alguns programas de gestão de risco agrícola. Dentre eles, destacam-se o *Proagro* e o *Proagro Mais*.

O Programa de Garantia da Atividade Agropecuária - *Proagro* atende os pequenos e médios produtores que, em precaução por eventual inadimplência decorrente de prejuízos advindos de fenômenos climáticos e de pragas e doenças na produção rural, mantém contrato de financiamento do crédito agrícola para custeio.

O *Proagro* foi instituído pela Lei 5.969/1973 e é regido pela Lei Agrícola 8.171/1991, ambas regulamentadas pelo Decreto 175/1991. Suas regras são aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.

O *Proagro Mais* foi criado em 2004 e se destina aos pequenos produtores vinculados ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), que passou a cobrir o custeio rural financiado ou proveniente de recursos próprios.

O governo ainda mantém a Política de Garantia de Preços Mínimos – PGPM com o objetivo de estabelecer diretrizes que garantam a segurança alimentar e a comercialização de produtos agropecuários.

#### **5. Estrutura do Seguro Rural**

O Seguro Rural se estrutura basicamente em três pilares: as seguradoras, que firmam os contratos com os produtores rurais, ficando com o menor risco do negócio (geralmente, inferior a 10%); as resseguradoras, que assumem a maior parte dos riscos, pois apóiam as seguradoras; e o Governo Federal, que oferece o Programa de Subvenção do Prêmio do Seguro Rural (PSR), concedendo auxílio financeiro aos produtores para pagamento de parte do seguro contratado por eles.

## **6. Modalidades do PSR**

Os riscos financeiros nas diversas áreas do agronegócio fizeram com que o Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural fosse instituído em várias modalidades: *agrícola, pecuário, florestal e aquícola*.

## **7. Acesso do Produtor ao PSR**

O auxílio pode ser pleiteado por qualquer pessoa física ou jurídica que cultive as espécies previstas no Programa de Subvenção do Prêmio do Seguro Rural. Para contratar o Seguro Rural, o produtor deverá procurar uma seguradora cadastrada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Caso seja beneficiário dos programas governamentais *Proagro* ou *Proagro Mais*, não poderá usufruir do PSR na mesma área. Para ter direito ao benefício, o profissional também não deve apresentar qualquer impedimento, como dívidas com a União ou com umas das entidades da Administração Pública Indireta.

## **8. Outro auxílio relacionado ao seguro rural**

Em 2010, o Governo Federal instituiu o Fundo de Catástrofe. Sua criação foi motivada por reivindicações do setor agropecuário para proteger as operações do Seguro Rural, nos casos em que a produção seja prejudicada pela incidência de fenômenos climáticos como geadas, secas, enchentes, doenças e pragas.

Na ocasião de sua criação, ficou estabelecido que o fundo seria gerido por meio das parcerias público-privadas, com a participação das seguradoras e outras entidades do agronegócio. Quando de sua instituição, estimava-se que o fundo beneficiará mais de 300 mil produtores em todo país. O Fundo Catástrofe, contudo, que substituirá o atual Fundo de Estabilidade do Seguro Rural – FERS, ainda aguarda regulamentação.

## **9. Dados comparativos**

O Seguro Rural no Brasil apresenta pouquíssimo crescimento. Em comparação com os Estados Unidos, este importante instrumento ainda engatinha. De acordo com dados do Departamento de Agricultura, 86% da área produtiva americana, ou seja, cerca de 149 milhões de hectares, estão assegurados, com valores garantidos de até US\$ 102 bilhões. Os Estados Unidos possuem 110 bilhões de seguradoras. No Brasil, apenas 15% da área produtiva é protegida de perdas advindas de ocorrências climáticas ou de pragas, o que representa 9,96 milhões de hectares e um total de R\$ 18,5 bilhões. Compare os números na tabela:

	<b>BRASIL</b>	<b>ESTADOS UNIDOS</b>
<b>Área produtiva assegurada</b>	15%	86%
<b>Hectares assegurados</b>	149 milhões	9,96 milhões de hectares
<b>Valores garantidos</b>	US\$ 102 bilhões	R\$ 18,5 bilhões.

## **10. Conclusão**

As variações climáticas são as principais causas de prejuízo para o produtor rural. Ao contratar o seguro rural os produtores podem proteger o investimento realizado na lavoura. O subsídio pode ser pleiteado por qualquer pessoa física ou jurídica cuja a produção contemple as espécies previstas no Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural (PSR).

Atualmente, a resolução do problema com a distribuição irregular dos recursos para o Seguro Rural é um dos mais relevantes aspectos tratados pelos especialistas. É necessário dar estabilidade orçamentária para o gerenciamento eficaz dos programas de risco agropecuário. Para que o Seguro Rural seja o pilar da política agrícola de um país, torna-se imprescindível que medidas de aprimoramento e modernização sejam adotadas, de forma a aumentar o seu alcance, com coberturas menos limitadas e custos mais acessíveis ao produtor.

## **11. Referências bibliográficas**

ARAÚJO, Massilon J. Fundamentos do agronegócio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.



BURANELLO, Renato Macedo. Manual de direito do agronegócio. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVIS, J. H.; GOLDBERG, R. A. A concept of agribusiness. Boston: Harvard University, 1957.

Seguro Rural. Ministério da Agricultura, pecuária e Abastecimento. 1 jan. 2016. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/riscos-seguro/seguro-rural/seguro-rural>. Acesso em 2 de fevereiro. 2017.

## DA CRITICÁVEL FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS CONSUMERISTAS NO USO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO

**NAIRA RAVENA ANDRADE ARAUJO:** Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

**RESUMO:** O presente artigo trata, à luz da inegável vulnerabilidade do consumidor, da acentuada flexibilização que os direitos consumeristas vêm sofrendo no que concerne ao uso de serviços de transporte aéreo, analisando-se a recente resolução nº 400/2016 da ANAC, bem como as recentes decisões do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 636331 e no RE com Agravo (ARE) nº 766618.

**Palavras-chave:** Consumidor; transporte aéreo; vulnerabilidade; CDC; ANAC; STF; Convenção de Varsóvia; Convenção de Montreal.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Do Código de Defesa do Consumidor e da flexibilização das normas consumeristas no âmbito do transporte aéreo. 2. Da venda de assentos de emergência por preço diferenciado. 3. Da resolução nº 400/2016 da ANAC e da tese da captura. 4. Das decisões do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 636331 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 7666183. Conclusão.

---

### Introdução

O objetivo do presente trabalho é tratar, à luz da inegável vulnerabilidade do consumidor, da acentuada flexibilização que os direitos consumeristas vêm sofrendo no que concerne ao uso de serviços de transporte aéreo, analisando-se a recente resolução nº 400/2016 da ANAC, bem como as recentes decisões do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 636331 e no RE com Agravo (ARE) nº 766618.

Inicialmente, serão abordadas, de forma breve, noções acerca do Código de Defesa do Consumidor, expondo de forma introdutória a flexibilização das normas consumeristas no âmbito do transporte aéreo.

Em seguida, será discutida a (i)legalidade da venda de assentos de emergência por preço diferenciado.

Ademais, será analisada a resolução nº 400/2016 da ANAC, abordando-se a tese da captura de agências reguladoras.

Posteriormente, de forma crítica, serão destacadas as decisões do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 636331 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 7666183.

### **1. Do Código de Defesa do Consumidor e da flexibilização das normas consumeristas no âmbito do transporte aéreo.**

A Constituição Federal, em seus art. 5º, XXXII; art. 24, VIII; e art. 170, V, destinou especial proteção à defesa do consumidor. De igual modo, por força do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou-se a criação de código específico, voltado para os direitos consumeristas.

Em 1990, finalmente, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo que o consumidor possui vulnerabilidade que lhe é inerente dentro do mercado (art. 4º, I, CDC), sendo, frente ao fornecedor, certamente, a parte mais frágil da relação, merecendo, portanto, defesa especial, a fim de garantir a eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

Nota-se que o CDC buscou ser o mais abrangente possível. Neste sentido, cabe observar, por exemplo, o conceito de consumidor, que já fora ampliado pelo STJ ao adotar a teoria finalista mitigada (arts. 2º, 17 e 19 do CDC) e de fornecedor (art. 3º do CDC).

Não há dúvidas de que, a priori, o transporte aéreo se enquadra com perfeição como serviço disponibilizado em relação de consumo. Assim sendo, a ele, deveriam ser aplicadas todas as normas protetivas do CDC.

Contudo, nota-se que, ao arripio da doutrina, vem ocorrendo criticável flexibilização dos direitos consumeristas quanto aos serviços de transporte aéreo, tanto por parte das empresas fornecedoras, quanto por parte da ANAC e ainda do próprio STF.

### **2. Da venda de assentos de emergência por preço diferenciado.**

Há algum tempo, certas companhias aéreas brasileiras (a exemplo da Gol e da TAM<sup>[1]</sup>) passaram a vender assentos “especiais” por preços mais elevados.

Inicialmente, ofereceram apenas assentos dianteiros, com um espaço um pouco maior entre as poltronas por um valor mais alto.

Posteriormente, ainda mais sedentas por lucro, as companhias aéreas passaram a comercializar também a marcação de assentos das fileiras referentes às saídas de emergência. Supostamente, tais assentos trariam um diferencial no que se refere ao conforto, seriam mais espaçosas e, por isso mesmo, haveria razão para serem vendidas nas categorias “Gol + Conforto”<sup>[2]</sup> ou “TAM Espaço +”<sup>[3]</sup>.

Malgrado a argumentação de tais fornecedores do serviço aéreo, a imposição de preço elevado com relação aos assentos dispostos junto às saídas de emergência configura prática abusiva, nos termos do art. 39, X do CDC. Vejamos:

*“ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*

*X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.*

Afinal, a ocupação de assento próximo à saída de emergência não expressa a utilização de qualquer serviço especialmente prestado ao consumidor. Na realidade, a existência de um espaço maior entre as poltronas nesta área não se trata de uma opção do fornecedor em busca do conforto do consumidor, mas sim de uma obrigação regulamentar e, como o próprio nome já indica, uma questão relativa à segurança de todos os passageiros e tripulantes dos voos operados naquela aeronave.

Assim, não há justa causa para a elevação do valor de marcação do assento da saída de emergência em relação aos demais assentos do avião, que, até o momento, têm sido disponibilizados de forma gratuita.

Note-se que a própria ocupação das poltronas mais próximas às saídas de emergência exige que os passageiros ali acomodados estejam aptos a operá-las, não podendo tratar-se, por exemplo, de pessoas menores de 15 anos ou maiores de 60. A disposição de tais assentos não se trata de um serviço voltado ao conforto, não é um “plus” dado ao consumidor, mas uma exigência legal, um

dever relacionado à segurança não apenas do passageiro ali sentado, mas de todos os que ocupam a aeronave.

Deste modo, se a distância entre aquelas poltronas já é a regulamentar para fins de eventuais emergências, então, o que se está vendendo? A chance de sair primeiro de uma aeronave em caso de risco? Resta claro, portanto, tratar-se de prática ilegal e abusiva, além de imoral e reprovável.

### **3. Da resolução nº 400/2016 da ANAC e a tese da captura.**

A ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) foi criada em 2005, por meio da lei nº 11.182, com o objetivo de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Como a sua própria lei instituidora determina, a ANAC tem natureza jurídica de agência reguladora, ou seja, se trata de autarquia federal especial, dotada de prerrogativas próprias, com poder de polícia, e caracterizada por sua desvinculação em relação não somente aos particulares, mas inclusive ao Poder Público. Daí porque apresenta autonomia independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes. Apesar disto, questiona-se se teria a ANAC se deixado capturar.

O fenômeno da captura das agências reguladoras traduz exatamente a situação em que a agência deixa de cumprir seu papel legal e passa a servir de instrumento para viabilizar e legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados (no caso em análise, mais especificamente, das empresas prestadoras de serviços de aviação civil).

A discussão acerca da captura da ANAC tornou-se ainda mais acalorada após a edição da Resolução nº 400/2016. Tal instrumento normativo fora apresentado como alternativa para possibilitar a redução do valor das passagens aéreas e a maior garantia dos direitos do consumidor.

Mas, na prática, até o momento, apesar de as principais companhias aéreas brasileiras já terem alterado sua política de serviços, cobrando pela bagagem despachada, ainda não houve significativa redução do valor dos bilhetes aéreos.

Ademais, malgrado a ANAC tenha enfatizado a norma que possibilita que o consumidor desista de sua compra em até 24 horas e desde que com pelo menos 7 dias de antecedência da viagem, é certo que esta tampouco traduz grande avanço em favor do consumidor, posto que a possibilidade de desistência dentro das primeiras 24 horas (no caso da Gol Linhas Aéreas, por exemplo) ou dentro do mesmo dia-calendário (no caso da Tam, por exemplo) já era prática comum e bem aceita.

No caso da Avianca, por exemplo, antes da resolução em questão, já se adotava o direito de desistência dentro do prazo de 7 dias após a compra, sem nenhum ônus ao consumidor, ou seja, em modelo mais benéfico que o regulamentado pela ANAC, homenageando-se o direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC. Assim, em suma, a resolução da ANAC trouxe, na verdade, nítido retrocesso.

#### **4. Das decisões do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 636331 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 7666183.**

Recentemente, julgando o (RE) nº 636331 e o (ARE) nº 7666183, o STF decidiu que os conflitos que envolvem extravios de bagagem e a consequente indenização, bem como os prazos prescricionais, desde que em transporte aéreo internacional de passageiros, devem ser resolvidos pelas regras estabelecidas pelas convenções internacionais sobre a matéria.

De um lado, com relação ao extravio de bagagem e sua consequente indenização, a Convenção de Montreal, sucessora da Convenção de Varsóvia firma o valor máximo de 1.200 (mil e duzentos) euros por mala despachada, enquanto do CDC e do CC/02 extrai-se que a indenização deve ser medida pela extensão do dano.

De outro, com relação à questão da prescrição, note-se que as supracitadas convenções internacionais estabelecem que o prazo prescricional referente à prestação de serviços aéreos é de apenas dois anos, enquanto o CDC afirma tratar-se de prazo quinquenal.

A posição do Supremo, que é notoriamente desfavorável ao consumidor, teve por base o artigo 178 da Constituição Federal, que preceitua que *“a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à*

*ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.*

Contudo, tal decisão merece críticas, visto que, conforme argumentaram os ministros vencidos, Marco Aurélio e Celso de Mello, o tema envolve empresas de transporte aéreo internacional de passageiros, que realizam atividades qualificadas como prestação de serviços, havendo, de um lado, fornecedores e, de outro, consumidores vulneráveis, devendo-se, portanto, ser aplicado o CDC, norma especial e lei superveniente às Convenções de Varsóvia e Montreal.

Ademais, devemos acrescentar que, malgrado o STF tenha levantado a questão da supralegalidade de tais convenções, é a própria Constituição Federal, hierarquicamente superior, quem determina expressamente, através do art. 5º, XXXII; art. 24, VIII; e art. 170, V, que deve ser dada especial proteção aos direitos do consumidor.

Por fim, na esfera principiológica, salienta-se que a imposição de valor máximo de indenização por mala extraviada fere o dever do “restitutio ad integrum”, prejudicando o consumidor que sofreu o dano e beneficiando, indevidamente, o fornecedor que não arca com os riscos do seu negócio, nem assume suas responsabilidades.

Diante do exposto, verifica-se, também por parte da jurisprudência, a ocorrência de grave flexibilização dos direitos consumeristas no uso de serviços de transporte aéreo.

### **Conclusão**

Apesar de as conclusões acerca do presente estudo já terem sido extraídas da leitura de cada um dos capítulos que compõem esse artigo, merecido se faz, neste momento, trazê-las à baila, de forma mais sucinta.

A Constituição Federal, em seus art. 5º, XXXII; art. 24, VIII; e art. 170, V, destinou especial proteção à defesa do consumidor. Analisando-se os conceitos de consumidor (arts. 2º, 17 e 19 do CDC) e de fornecedor (art. 3º do CDC), à luz da teoria finalista mitigada, não há dúvidas de que, a priori, o transporte aéreo se enquadra com perfeição como serviço disponibilizado em relação de consumo. Assim sendo, a ele, deveriam ser aplicadas todas as normas protetivas do CDC.

Contudo, nota-se que, ao arripio da doutrina, vem ocorrendo criticável flexibilização dos direitos consumeristas quanto aos serviços de transporte aéreo, tanto por parte das empresas fornecedoras, quanto por parte da ANAC e ainda do próprio STF.

Observada a venda de assentos de emergência por preço diferenciado, verificou-se tratar-se de prática abusiva, violadora do art. 39, X do CDC.

Analisados os pontos de maior relevância da resolução nº 400/2016 da ANAC, foi possível perceber que tal norma não representou qualquer avanço em favor dos direitos consumeristas. De um lado, foi permitida a cobrança de bagagens despachadas, não tendo ainda sido evidenciada redução significativa no preço dos bilhetes aéreos. De outro, regularizou-se direito de desistência em prazo de até 24 horas após a compra da passagem aérea, o que já era, na prática, observado pela grande maioria das empresas brasileiras. Assim, questionou-se eventual captura de tal agência regulamentadora.

Por fim, discutida a recente posição adotada pelo STF no julgamento do (RE) nº 636331 e do (ARE) nº 7666183, diante da adoção de tratados internacionais antigos em detrimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, restou evidente a ocorrência de grave flexibilização dos direitos consumeristas no uso de serviços de transporte aéreo.

#### REFERÊNCIAS

[http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2016-0400.pdf](http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400.pdf)

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm)



ANTÔNIO H.V. BENJAMIN, CLAUDIA L. MARQUES, LEONARDO R. BESSA; **“Manual de direito do consumidor”**, 3ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAUJO, Edmir Netto de. A Aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo. Dialética, 2009.

LIMA, Ana Carolina de Alexandria Fernandes. **Agências Reguladoras**. 2a. ed. Bahia: Juspodivm, 2011

MARQUES, Claudia Lima – **“Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais”**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno – **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Rizzatto Nunes – **Curso de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Wellington Vieira da. **Código de defesa do consumidor e responsabilidade civil no serviço de transporte aéreo**. Revista Universitas/jus. Brasília: Coleção Uniceub, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOTAS:

[1] Atualmente, a companhia denomina-se LATAM.

[2] <https://www.voegol.com.br/pt/servicos/assento-gol-conforto>

[3] [https://www.latam.com/pt\\_br/planeje-e-compre/inclua-mais-servicos/espaco/](https://www.latam.com/pt_br/planeje-e-compre/inclua-mais-servicos/espaco/)

## **Execução provisória da pena: a nova decisão do STF no HC 126.292.**

**STÉPHANIE**

**ALMEIDA**

**ARAÚJO:** Advogada, formada pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

**RESUMO:** O princípio da presunção de não culpabilidade foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5<sup>a</sup>, inciso LVII, aduzindo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse preceito constitucional divide-se em duas regras fundamentais, uma probatória e a outra de tratamento. Em suma, a primeira preceitua que o ônus da prova da culpabilidade é da acusação e a segunda que ninguém poderá ser tratado como culpado até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença, confundindo-se com o princípio do in dubio pro reo. Por anos, com fundamento no referido princípio, a jurisprudência do STF foi uníssona ao negar a execução provisória da pena, defendendo que essa só poderia se dar quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória na última instância de recursos, qual seja o STJ e STF. Recentemente, com o julgamento do HC 126.292, o STF reconsiderou sua decisão, fundamentando que os recursos excepcionais (Recurso Especial e Recurso Extraordinário) não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, vez que não possuem efeito suspensivo e sua devolutividade não é ampla, com cognição apenas das matérias jurídicas, e não fáticas e probatórias. O presente trabalho visa analisar o aspecto e os fundamentos da nova decisão do STF, considerando o princípio da presunção de não culpabilidade e os seus desdobramentos como duplo grau de jurisdição, devido processo legal, ampla defesa, contraditório; bem como as condições atuais do Poder Judiciário e a sua finalidade de manutenção da harmonia e da efetividade do ordenamento jurídico, principalmente no tocante a nossa Constituição. Indaga-se se a execução provisória da pena estaria ferindo o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, ao assegurar que após a sentença condenatória proferida por órgão colegiado esta já poderia ser executada sem maiores prejuízos ao acusado, tendo em vista que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo e não se relacionam ao duplo grau de jurisdição. Objetiva-se também buscar uma ponderação entre os dois preceitos constitucionais, de forma que o garantismo exagerado ao acusado não ponha em dúvida a efetividade do sistema

jurisdicional, como mecanismo de justificação de recursos manifestamente protelatórios com o fim de alcançar a prescrição da pretensão punitiva e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade por parte do Estado. Deste modo, o presente trabalho analisou a decisão proferida pelo STF em sede do HC 126.292 e os seus fundamentos, entendendo que teve fundamental importância para resgatar o equilíbrio entre o princípio da presunção da não culpabilidade e o jus puniendi estatal.

**Palavras chave:** Presunção de inocência. Presunção de não culpabilidade. Princípio constitucional. Garantias constitucionais. Execução provisória da pena. HC 126.292. STF. Efetividade da função jurisdicional. Duplo grau de jurisdição.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Princípio da Presunção de Inocência. 2.1 Conceito, Origem e Desdobramentos. 2.2 Princípio da Presunção de Inocência e Princípio da Presunção de não culpabilidade. 3 Mudança de jurisprudência do STF – HC 126.292. 3.1 Principais Fundamentos da decisão do STF. 3.1.1 Duplo Grau de Jurisdição. 3.1.2 Recurso Especial e Recurso Extraordinário: Não cabimento de exame de matéria de fato. 3.1.3 Lei da Ficha Limpa. 3.1.4 Efetividade da função jurisdicional. 4 Considerações Finais. 5 Referências Bibliográficas.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de não culpabilidade, abrangido pelo artigo 5<sup>a</sup> da Constituição Federal, prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse foi o argumento utilizado por anos pelo Supremo Tribunal Federal para vedar a execução provisória da pena, até o julgamento do HC 126.292/SP.

A execução provisória da pena é tema complexo que envolve a reflexão sobre o alcance do princípio da presunção de inocência e o equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender não somente as garantias conferidas ao acusado, mas também aos anseios da sociedade.

O presente trabalho visa analisar a decisão proferida pelo STF que alterou completamente a jurisprudência consagrada por este tribunal, explicitando os seus argumentos e atribuindo diferente olhar ao princípio da não culpabilidade,

distinguindo-o do princípio da presunção de inocência. Este que, pelo texto constitucional, não é positivado no nosso ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo será trazido o conceito e os desdobramentos do princípio da presunção de não culpabilidade, considerando-o não só um preceito constitucional, mas, sem dúvida, um postulado universal do devido processo legal. Isso porque tal princípio foi consagrado também pelo Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1988 define que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, adotando um sistema garantista de processo penal após forte período de repressão e supressão dessas garantias durante a ditadura militar.

Dois regras podem ser extraídas desse princípio. A regra probatória incumbe à acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, ou seja, não cabe a este provar sua inocência, mas a acusação demonstrar os fatos e as provas que justifiquem e comprovem sua culpabilidade. A segunda regra, de tratamento, dispõe que ninguém pode ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado, devem ser-lhe asseguradas todas as garantias constitucionais. Nesse ínterim, confunde-se com o *in dubio pro reo*, que preleciona que na dúvida o réu deve ser considerado inocente.

Além disso, esse capítulo objetiva diferenciar o princípio da não culpabilidade do princípio da presunção de inocência. Uma pessoa presumidamente não culpada não é inocente. O termo presunção significa incerteza e é justamente isso que justifica a investigação, medidas cautelares e outras medidas restritivas. Uma pessoa inocente não poderia ter qualquer direito restringido.

O segundo capítulo expõe a problemática das prisões cautelares. As prisões processuais são medidas cautelares de caráter excepcional que devem ser utilizadas para assegurar a efetividade da investigação e do processo penal e a garantia da ordem pública, de forma a proteger a sociedade.

Em suma, temos três modalidades de prisões cautelares. A primeira é a prisão em flagrante, que é efetuada no momento da conduta delitiva e objetiva cessar essa atuação ou minimizar os seus efeitos. A prisão temporária é uma modalidade mais restrita e menos usual, vez que só pode ser utilizada na fase da investigação, com prazo certo e tem suas hipóteses taxativamente previstas pela Lei 7.960/89. E, por fim, a prisão preventiva que pode ser decretada durante toda a persecução penal e não prevê prazo certo para o cárcere, perdurando a medida enquanto necessária para a efetividade do processo penal, desde que preenchidos os requisitos trazidos pelos artigos 312 e 313 do CPP.

Em virtude de sua excepcionalidade, não se pode escusar essas medidas em face do princípio da presunção de inocência. Eles podem ser compatíveis desde que as medidas sejam lastreadas na ponderação e na estrita necessidade.

No terceiro capítulo será exposta a nova decisão do STF em sede do HC 126.292, que modificou a jurisprudência anteriormente consagrada, e os seus fundamentos. O Supremo decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Ou seja, a decisão proferida por órgão colegiado em sede de apelação não obsta a execução da pena.

Justificando sua decisão, a Suprema Corte alegou que o duplo grau de jurisdição se exaure no juízo de apelação. A Convenção Americana de Direitos Humanos, que consagra o referido preceito, aduz que a presunção de inocência se dá até a comprovação legal da culpa, sem se referir ao trânsito em julgado.

Ademais, os recursos excepcionais (RE e REsp) não constituem desdobramentos do duplo grau de jurisdição, pois não analisam matéria fática e probatória. Além disso, não possuem efeito suspensivo.

Como exemplo, citou o precedente da Lei da Ficha Limpa, julgada constitucional pelo STF, que trouxe novas hipóteses de inelegibilidade, dentre elas a sentença penal condenatória proferida por órgão colegiado.

E, ainda, questionou a efetividade da prestação jurisdicional e a necessidade de equilibrá-la com as garantias previstas pela Constituição Federal, de forma que a sociedade não fique desamparada.

Diante ao exposto, o presente trabalho buscará analisar o princípio da presunção de não culpabilidade e decisão da Suprema Corte proferida no HC 126.292, observando os seus fundamentos e as garantias asseguradas pela Carta Magna, de modo que a função jurisdicional seja efetivamente desempenhada pelo Poder Judiciário, permitindo que as garantias conferidas aos cidadãos não seja argumento de obstáculo do cumprimento de suas decisões.

Para isso, adotaremos como método de abordagem dedutivo, já que utilizaremos como ponto de partida a existência da Constituição Federal do Brasil que traz os preceitos gerais a serem analisados durante o processo penal, como devido processo legal, ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, assegurados a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Também será utilizado o método indutivo, vez que analisaremos especificamente a decisão do HC126.292 para demonstrar a abrangência dessa problemática.

Como método de procedimento, trabalharemos com o histórico para analisarmos o conceito da presunção de não culpabilidade, sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro e os desdobramentos de sua interpretação nas decisões proferidas pelo STF.

## **2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

### **2.1. Conceito, Origem e Desdobramentos.**

A Constituição da República de 1988 preceitua, em seu artigo 5<sup>a</sup>, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando o princípio da não culpabilidade.

Em verdade, o princípio da presunção de inocência constitui resultado de longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com precedentes na Carta Magna de 1215. Vale ressaltar, porém, que alguns autores defendem que esse direito foi consagrado apenas na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776.

Como postulado universal de direito, foi previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo art. 11.1 estabelece: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

O princípio ganhou força após as atrocidades cometidas pelos regimes nazistas durante a segunda guerra mundial, como tentativa de impedir julgamentos arbitrários, sem ampla defesa e contraditório, positivando expressamente que todos são presumidamente inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Em contexto semelhante de forte repressão política e supressão de direitos fundamentais no período ditatorial, é que a nossa constituição de 1988, marco da redemocratização no Brasil, preocupou-se em afirmar diversas garantias individuais, surgindo vários princípios garantistas para repaginar o contexto brasileiro pós-ditadura, buscando reestruturar o sistema processual até então vigente. Dentre tais garantias consagra-se, então, o princípio da presunção de inocência como o direito de ser considerado inocente até o término do devido processo legal com a sentença condenatória transitada em julgado.

Do princípio da presunção de inocência extrai-se duas regras fundamentais, uma probatória e outra de tratamento. Em relação à regra probatória, tem-se que, pelo princípio da presunção de inocência, a parte acusadora tem o ônus probatório de demonstrar a culpabilidade do acusado, além de comprovar a existência de todos os fatos a ele imputados,

conforme o devido processo legal. Ademais, pode-se atribuir também a esse postulado a regra que garante ao acusado o direito ao silêncio, vedando qualquer colaboração compulsória.

Já quanto à regra de tratamento entende-se que o princípio da presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*, vez que caso haja qualquer dúvida sobre os fatos questionados em juízo deve-se absolver o réu. Isso porque, pela proporcionalidade e razoabilidade, é menos grave a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente.

Não obstante, outra manifestação desse princípio como regra de tratamento é a vedação de prisões automáticas. A privação cautelar da liberdade deve ser sempre excepcional, em hipóteses taxativamente elencadas pela legislação.

Portanto, esse postulado fundamental teve reflexos importantes nas normas processuais penais do nosso ordenamento jurídico, implementando um modelo garantista e democrático no processo penal brasileiro, com o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, vedação de provas ilícitas, não auto-incriminação, direito ao silêncio e outros.

## **2.2. Princípio da Presunção de Inocência X Princípio da Presunção de não culpabilidade**

A discussão a respeito da diferença entre as expressões presunção de não culpabilidade e presunção de inocência deu-se em virtude dos termos terem sido empregados de forma distinta pela Constituição Federal e pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos preconiza que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. Além de utilizar a expressão inocência, a norma não exige o trânsito em julgado, de forma que se presume inocente a pessoa até a comprovação legal de sua culpa. Assim, entende-se que essa presunção se dá até o exercício do duplo grau de jurisdição. Como se observa, são normas diversas, com limites temporais diversos.

Para muitos doutrinadores, como Renato Brasileiro e Nestor Távora, princípio da presunção de inocência e princípio da presunção de não culpabilidade são expressões sinônimas, sem maiores distinções práticas.

Para Gabriel Habib, o sistema jurídico brasileiro trabalha com a presunção de não culpa, pois se a pessoa é presumidamente não culpada ela não é inocente, ainda há análise judicial sobre a questão. Já se a pessoa é inocente não pode haver nenhuma restrição de seus direitos. Um bom exemplo é a suspensão condicional do processo, em que se o indivíduo já está sendo processado não cabe o sursis processual, o que não poderia ocorrer se fosse presumidamente inocente.



Em verdade, se analisarmos o artigo 5<sup>a</sup>, inciso LVII da CF/88, perceberemos que nosso ordenamento jurídico consagrou o princípio da presunção de não culpabilidade. [1] Cumpre salientar que assegurar que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é bem diferente do que considerá-lo inocente. O termo presunção indica que determinada pessoa provavelmente seja inocente e é essa incerteza sobre o fato que justifica a investigação e medidas cautelares, não podendo descartar de imediato a sua culpabilidade. Assim, garantir que o acusado não seja tratado como culpado não se confunde com a afirmação peremptória de sua inocência sem qualquer juízo de certeza sobre os fatos.

### **3. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA DO STF – HC 126.292**

Como aludido em capítulo anterior, inicialmente a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecia no STF, mesmo decretada em sentença proferida por acórdão recorrível. De modo que a presunção de inocência não ensejava a espera até o trânsito em julgado na última instância, isso porque após a sentença de segundo grau os recursos possíveis, ao STJ e ao STF, não tem o condão de analisar os fatos e provas, mas tão somente questões de direitos e, ainda, não possuem efeito suspensivo.

Em 2009, com o julgamento do HC 84.078, de relatoria do ministro Eros Grau e do HC 83.868, do ministro Marco Aurélio, concluiu-se que a execução provisória da pena, sem trânsito em julgado da sentença penal condenatória, feria o princípio da não culpabilidade consagrado no texto constitucional de 1988.

Além disso, entendeu-se que os preceitos da Lei de Execução Penal sobrepõem-se temporal e materialmente ao artigo 637 do Código de Processo Penal que orienta que o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não tem efeito suspensivo. Afirmou-se que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória só poderia ser decretada a título cautelar, vez que a ampla defesa e o devido processo legal contemplariam todas as fases do processo, de modo que não é constitucional a execução provisória da pena mesmo que esses recursos não tenham o condão de suspender a sentença condenatória.

Por muito tempo, essa foi a jurisprudência preponderante dos tribunais superiores. Assim, se o acusado recorresse ao STJ e ao STF era preciso aguardar o trânsito em julgado na última instância para iniciar a execução da pena.

Muitos advogados, respaldados nesse entendimento do STF, utilizavam-se da má-fé para recorrer até a última instância, postergando o julgamento do feito, o que muitas vezes levava a prescrição do delito e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade. Evidentemente essa espera era ineficiente e trazia muitos transtornos ao processo e irresignação da vítima e da sociedade.

Em 2016, no HC 126.292, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF, modificando orientação anteriormente firmada, entendeu que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Plenário do STF considerou que após a apreciação do recurso pela segunda instância o réu já teve plena oportunidade de se defender por meio do devido processo legal desde a primeira instância. Isso porque mantida a sentença condenatória pela segunda instância não há mais apreciação de fatos e provas que fundamentaram a decisão condenatória. E, como sabido, no processo penal o réu se defende dos fatos, não se admitindo, portanto, que o princípio da presunção de inocência seja utilizado como óbice da execução penal após decisão condenatória de segunda instância.

Após a prolação da sentença de segundo grau exaure-se o princípio da não culpabilidade. Nesse sentido manifestou o ministro Teori Zavascki:

“Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”.<sup>[2]</sup>

Obviamente que a condenação proferida por órgão colegiado confirmando a sentença emanada de juiz de primeiro grau representa um juízo de culpabilidade, fundamentado nos fatos e provas que instruíram a ação penal. Além disso, não se pode olvidar que toda a instrução foi lastreada no contraditório e ampla defesa, o devido processo legal foi devidamente cumprido. Nessa fase, o réu já se manifestou sobre os fatos, teve a oportunidade de contraditar as provas trazidas

pela acusação e apresentar os seus próprios meios de provas. Não há qualquer antecipação de juízo de culpa.

Ressalta-se que é no juízo de apelação, no Tribunal, que fica definitivamente exaurido o exame dos fatos e provas da causa. É nessa fase que se concretiza o duplo grau de jurisdição.

### **3.1. Principais fundamentos da decisão do STF**

#### **3.1.1. Duplo grau de jurisdição**

Inicialmente cumpre esclarecer que o duplo grau de jurisdição consiste em um princípio e, assim sendo, norteia a aplicação de diversas regras e leis no ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”<sup>[3]</sup>

Muito de indaga na doutrina a respeito da natureza do princípio do duplo grau de jurisdição, vez que não é trazido pela Constituição Federal de 1988, a despeito de ser expressamente elencado no Pacto de São José da Costa Rica, contemplado pelo Brasil.

Essa discussão não é objeto do nosso debate, mas acreditamos tratar de um princípio constitucional implícito, que apesar de não introduzido formalmente na nossa atual Carta Fundamental trata-se de um princípio fundamental não menos importante do que os elencados em seu texto. Não obstante, a fidelização no Brasil ao Pacto de São José da costa Rica nos impõe a observância dessa garantia durante o devido processo legal.

Além disso, não se pode negar que o princípio do duplo grau de jurisdição está diretamente relacionado à ideia de Estado Democrático de Direito, razão pela qual não se pode afastar o seu caráter constitucional.

O duplo grau de jurisdição versa sobre a possibilidade de reexame da matéria fática e probatória da sentença proferida pelo juiz de primeiro grau

por órgão de jurisdição diverso. Para Nelson Nery Junior, não é necessário que a reapreciação da decisão seja feita por órgão de jurisdição distinto do que proferiu a sentença anterior, nem com hierarquia superior, apesar de normalmente o ser:

“Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior a daquele que realizou o primeiro exame.” [4]

Conforme entendimento corroborado acima, um bom exemplo são os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em que o recurso interposto da sentença de primeiro grau é julgado por turma de juízes de primeiro grau do próprio Juizado Especial. O recurso não é julgado por órgão distinto nem de hierarquia superior.

É inegável, porém, que existem vantagens inerentes ao duplo grau de jurisdição, como julgamento por órgão colegiado mais experiente, maior ponderação da decisão tendo em vista a presença de vários julgadores, controle da atividade estatal, dentre outros.

No Pacto de São José da Costa Rica, o duplo grau é assegurado em seu artigo 8, item 2, alínea “h”, aduzindo que toda pessoa tem o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Assim, vê-se que por essa norma, o duplo grau de jurisdição se exaure no juízo de apreciação da apelação. O direito consagrado é o de acesso a outra instância, revisão da decisão julgada em instância que de fato possa apreciar o mérito da causa e suas provas. Os recursos especial e extraordinário não tem o condão de examinar a matéria da causa e, portanto, não se incluem no âmbito do princípio do duplo grau de jurisdição.

Pois bem, fica claro que após a decisão de segunda instância não há mais como considerar que o acusado seja presumidamente inocente. Ele não o é, as questões fáticas e probatórias já foram exauridas, e a sua condenação foi confirmada.

### **3.1.2. Recurso Especial e Recurso Extraordinário: Não cabimento de exame de matéria de fato**

O recurso extraordinário tem suas hipóteses de cabimento elencadas no art. 102, III da CF e é interposto perante o STF com a finalidade de proteger os dogmas constitucionais. A primeira hipótese elencada no dispositivo supracitado é a contrariedade a Constituição. Ressalta-se que, apesar do artigo trazer a expressão “dispositivo desta Constituição”, entende-se que a contrariedade refere-se ao sentido englobado pela mesma, de forma que também devem ser protegidos os princípios e garantias implícitas no nosso texto constitucional.

É cabível, ainda, o recurso extraordinário quando a decisão declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal aplicável ao caso concreto, e quando for julgada válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

Cumprе salientar que, apesar de o recurso extraordinário não ser adequado para tratar de matéria infraconstitucional, a constituição elencou uma quarta hipótese em que ele será cabível, quando julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Na realidade, essa hipótese se justifica porque está-se discutindo a competência constitucional dos entes políticos para legislarem sobre determinado tema.

Já o recurso especial é interposto perante o STJ e tem como função primordial obter a unificação interpretativa do ordenamento infraconstitucional. Suas hipóteses de cabimento estão previstas no art. 105, III da CF, quais sejam quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência, a recusa de aplicação de lei federal em face da legislação local e a interpretação divergente entre os tribunais.

Esses recursos exigem que a parte interessada esgote todos os recursos ordinários prévios, sendo cabíveis somente quando a causa estiver decidida em última instância. Isso porque não seria razoável que os tribunais superiores interferissem sobre a existência de lesão a lei federal ou a constituição antes mesmo do tribunal de origem exaurir sua competência e prestação jurisdicional, sob pena de ocorrer supressão de instância. Nesse sentido é a Súmula 281 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

A questão federal ou constitucional devem ter sido previamente debatidas nos tribunais de origem, surgindo o que se denomina prequestionamento, requisito específico e imprescindível à interposição dos referidos recursos.

Não obstante, outro aspecto peculiar entre esses dois recursos é a impossibilidade de discussão sobre a matéria fática. Em consequência, não há qualquer juízo de valoração sobre as provas colhidas no tribunal de origem.

É certo que a competência do STF e do STJ de proteger a constituição e a harmonia do ordenamento jurídico como um todo não pode intervir na autonomia dos tribunais locais. Dessa forma, cumprem visualizar a aplicação do direito federal e da constituição sobre a base probatória reconhecida na instância de origem, limitando a sua decisão aos aspectos estritamente jurídicos, sem conferir valoração às questões fáticas. Dessa forma, observa-se que o STJ e o STF não constituem órgãos de terceira e quarta instâncias, cumprem apenas sua competência pré-fixada pela constituição.

A decisão proferida pelo tribunal inferior, com base no devido processo legal, é que tem o condão de apurar os fatos, colher as provas produzidas pelas partes, oportunizar sua contradita, ouvir partes e testemunhas. Os tribunais superiores irão tão somente analisar a correta aplicação da norma jurídica ao caso, cujos fatos já são tidos como incontroversos, com base nos requisitos e pressupostos elencados pelo texto constitucional para os recursos excepcionais.

A Súmula 7 do STJ e a Súmula 279 do STF reafirmam esse entendimento quando aduzem que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial e recurso extraordinário, respectivamente.

Tendo em vista que a competência dos tribunais superiores não ilidi a autonomia conferida aos tribunais estaduais e federais e que não há apreciação da matéria fática, a interposição de RE e Resp não obsta que a decisão destes tribunais seja executada provisoriamente.

Os recursos tidos como excepcionais não possuem efeito suspensivo, que tem como objetivo suspender a eficácia da decisão até o julgamento final para evitar contradições e riscos irreparáveis, impossibilitando a execução da decisão recorrida. Além disso, mesmo que recebido no efeito devolutivo, que consiste no efeito que “devolve” a matéria para o reexame ao tribunal superior competente para apreciar o recurso, não possui ampla devolutividade, visto que não é toda a matéria que será reapreciada pelos tribunais, mas tão somente às matérias jurídicas.

Evidenciado esse entendimento, foi editada a EC 45/2004 exigindo como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a repercussão geral da matéria que possibilita a seleção dos Recursos Extraordinários de acordo com a relevância jurídica, política, social ou econômica da matéria, transcendendo o interesse subjetivo da parte.

O Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, portanto, não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, pois não são recursos com ampla devolutividade, se restringem à matéria de direito.

Assim, a execução da pena mesmo após interposição desses recursos não afasta o princípio da presunção de não culpabilidade durante todo o processo. O acusado foi assim tratado no curso de todo o processo ordinário, observado todas as garantias e regras probatórias.

### **3.1.3. Lei da Ficha Limpa**

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 14, §9º que “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

A LC 135/10, também conhecida como Lei da Ficha Limpa, é decorrente de projeto de iniciativa popular oriundo do movimento de Combate à Corrupção Eleitoral que reuniu mais de 1,6 milhão de assinaturas. E, conforme a CF, estabelece novas hipóteses de inelegibilidades voltadas à proteção da probidade e moralidade administrativas.

A referida lei expõe que serão considerados inelegíveis, em suma, os candidatos que forem condenados, em decisão transitada em julgada OU proferida por órgão judicial colegiado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, administração pública, patrimônio público, patrimônio privado, mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; além dos crimes contra o meio ambiente e a saúde pública.

Enumera ainda os crimes eleitorais para os quais a lei comine pena privativa de liberdade, abuso de autoridade com condenação é perda ou inabilitação para o exercício da função pública, lavagem ou ocultação de bens, tráfico de entorpecentes, racismo, tortura, terrorismo, os crimes hediondos, redução à condição análoga a de escravo, crimes contra a vida e a dignidade sexual e os praticados por organização criminosa e associação criminosa.

A aceitação desta lei não foi ampla, pois, para muitos, a norma fere o princípio da presunção da não culpabilidade trazido pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição, quando estabelece uma restrição de candidaturas a cargos eletivos sem que a sentença penal tenha transitado em julgado. Em virtude disso, foram interpostas a ADC 29 e 30 e a ADI 4578 perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a sua constitucionalidade.

Inicialmente cumpre esclarecer que os casos previstos de inelegibilidade não se equiparam à sanção. Pelo texto constitucional, os inalistáveis, quais sejam os estrangeiros e os conscritos, e os analfabetos também são inelegíveis, não como sanção mas como limitação da sua condição pessoal para ocupar cargo público de representatividade popular.

As restrições aos candidatos com sentença proferida por órgão colegiado, mesmo que sem o trânsito em julgado, não possuem caráter sancionatório, assim como as demais inelegibilidades. Trata-se de medida a assegurar os princípios da moralidade e da probidade administrativa, sem os quais qualquer candidato não deve ser apto a ocupar cargo eletivo, pois é incapaz de representar a cidadania brasileira.

Como visto anteriormente, o duplo grau de jurisdição se exaure na apelação, vez que o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não analisam qualquer matéria fática e probatória. Não há suspensão da decisão proferida pelo tribunal



inferior e, portanto, não há que ser deferida a candidatura de uma pessoa autora de fatos delituosos incontroversos.

Ressalta-se, contudo, que não se trata de considerá-lo culpado e aplicar a hipótese de inelegibilidade como sanção, mas de reconhecer que, com base nos preceitos trazidos pela nossa Carta Fundamental, determinado perfil não deve ocupar relevantes funções de mandatário do povo. A sociedade anseia por uma política brasileira moralizada.

Com base nos fundamentos supracitados, a Lei da Ficha Limpa foi julgada constitucional.

Nesse interim, como exemplo na decisão já proferida quanto à Lei da Ficha Limpa e a constitucionalidade da sentença condenatória proferida por órgão colegiado como causa de inelegibilidade, o STF fundamentou que a execução da pena após sentença condenatória no segundo grau de jurisdição não fere o princípio da presunção de não culpabilidade. Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

#### **3.1.4. Efetividade da função jurisdicional**

Por fim, e não menos importante, o STF usou como argumento para fundamentar a sua decisão no HC 126.292 a efetividade da função jurisdicional.

Sabe-se que condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos com inegáveis propósitos protelatórios, principalmente no tocante à prescrição da pretensão punitiva ou executória por parte do Estado. Isso porque conforme dispõe o Código Penal vigente o último marco interruptivo da prescrição antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis. Como sabemos, os tribunais superiores estão abarrotados de processos e, não raras as vezes, vários tem a sua punibilidade extinta pela prescrição.

Ademais, não é razoável pensar que a restrição de liberdade seja possível na fase de investigação para assegurar a efetividade da mesma ou a ordem pública, e não o seria após decisão proferida em segundo grau no qual não há mais

discussão fática e probatória, o juízo de culpabilidade já está praticamente formado e já se delimita a responsabilidade criminal do acusado.

Dessa forma, cumpre ao STF, além de garantir a Constituição Federal, resgatar a efetividade da função jurisdicional, harmonizando o jus puniendi estatal com o preceito constitucional da presunção de não culpabilidade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio da presunção de não culpabilidade é preceito fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5<sup>a</sup>, inciso LVII, que deve ser amplamente observado no atual modelo garantista de processo penal adotado no nosso ordenamento jurídico. Segundo a nossa Carta Magna, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos dá outro viés ao referido princípio quando dispõe que todos são inocentes até que se prove legalmente a sua culpa. Não há qualquer menção ao trânsito em julgado, de forma que a presunção de não culpabilidade ou inocência deve-se dar até a comprovação legal da culpa.

Como exposto no presente trabalho, o recurso especial e o extraordinário não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não analisam os fatos e as provas e, ainda, não possuem efeito suspensivo. Dessa forma, não tem condão de obstaculizar a execução da sentença proferida em sede de apelação pelo órgão colegiado do tribunal de segunda instância.

Com base nesse fundamento e nos anteriormente explicitados, julgamos acertada a decisão do STF em sede do HC 126.292, que decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

As garantias previstas no texto constitucional não podem ser óbice à atuação do Poder Judiciário, que deve impor efetividade às suas decisões. Deve haver uma ponderação. De um lado temos a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade e de outro a garantia, não menos importante, da devida prestação

jurisdicional a ser prestada efetivamente pelos órgãos judiciários em benefício de toda a sociedade.

Nessa ponderação não há exclusão de valores, essas garantias convivem entre si, só precisam de uma interpretação que possa equilibrá-las. A execução provisória da pena não exclui ou fere de morte a presunção de não culpabilidade, esta é devidamente respeitada, mas não se pode evitar um juízo de culpabilidade após o julgamento da apelação pelo tribunal superior, no qual os fatos e as provas foram amplamente debatidos e contraditados. Muito menos há que se falar em presunção de inocência, o indivíduo já foi condenado em duas instâncias independentes.

Muitos críticos da referida decisão aduzem que existem diversos erros judiciários e que essa medida pode ser temerária em muitas situações. Erros judiciários existem, tanto nas instâncias ordinárias quanto nas extraordinárias, e são muito prejudiciais ao cidadão, mas acredito que essa decisão não irá agravar o quadro de violações já existentes no Brasil. Não obstante, não podemos esquecer das diversas medidas específicas que podem ser utilizadas nesses casos, como habeas corpus e mandado de segurança como forma de garantir os direitos dos cidadãos que estão sendo violados e, se for o caso, suspender a execução provisória da pena imposta pelo tribunal.

Entendemos, então, que a execução provisória da pena estabelecida em sentença proferida por órgão colegiado de segundo grau não fere o princípio da presunção de não culpabilidade. O acusado teve seus direitos e garantias devidamente assegurados até o duplo grau de jurisdição e os recursos excepcionais não podem servir de escopo para postergar uma pena lastreada no devido processo legal, contraditório e ampla defesa, com análise exaurida dos fatos e provas produzidas durante o processo penal.

A função do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não é analisar os fatos ou julgar as injustiças das sentenças, é proteger a Constituição e lei federal violada, respectivamente, sem intervir no interesse subjetivo da parte. Assim, é perfeitamente razoável o entendimento de que não devem os recursos interpostos perante esses tribunais suspender a decisão do tribunal inferior em que já foi debatida toda a matéria fática e atribuído juízo de culpabilidade ao acusado. A pena deve ser executada, buscando garantir a prestação jurisdicional.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELICO, Camila Yasmin Leite Penha da Fonseca. **A “Lei da Ficha Limpa” e o princípio da presunção de inocência.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11607](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11607). Acesso em: 20. Set. 2016.

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1998.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. In: Diário Oficial da União, Brasília.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de processo penal: volume único.** 3. ed. ver, ampl, e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **Ficha limpa: a vitória da sociedade: comentários à Lei Complementar 135/2010.** Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14 ed., ver. Atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2008.

ODONE, Sanguiné. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANNINI NETO, Francisco. **STF e o novo paradigma da presunção de inocência**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46878/stf-e-o-novo-paradigma-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em: 10. Set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão do **Habeas Corpus** nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no Diário de Justiça eletrônico nº 32, de 19/02/2016.

#### NOTAS:

[1] Art. 5<sup>a</sup>, LVII, CF/88: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

[2] HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 19/02/2016.

[3] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

[4] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 41.

## RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: EVOLUÇÃO OU RETROCESSO.

**NATHÁLIA LOYANE FERNANDES DE MORAIS:** Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau unidade de Campina Grande - PB.

JALIGSON CARLOS  
FERREIRA LEITE (Orientador)<sup>[1]</sup>

**Resumo:** A realização desta pesquisa tem por propósito expor conhecimentos no âmbito do Direito Empresarial e Penal, atendendo a objetivos específicos como expor os deveres e obrigações inerentes a pessoa jurídica que atualmente está sendo interpelado em vários âmbitos do direito. Porém nesta abordagem será tratado sobre a perspectiva dos códigos já mencionados enfatizando a pessoa Jurídica, sendo necessário também destacar a importância do Código Civil Brasileiro que traz à luz esta tutela em se tratando de vários aspectos sociais.

**Palavras-Chave:** Pessoa Física, Pessoa Jurídica, Honra Objetiva, Honra Subjetiva.

**Abstract:** The purpose of this research is to expose knowledge in the scope of Business and Criminal Law, meeting specific objectives such as exposing the duties and obligations inherent to legal entity that is currently being addressed in various areas of law. However, this approach will be dealt with in the perspective of the aforementioned codes emphasizing the juridical person, and it is also necessary to highlight the importance of the Brazilian Civil Code that brings to light this tutela in dealing with several social aspects.

**Keywords:** Individual, Legal Entity, Objective Honor, Subjective Honor.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Pessoa Jurídica. 3 Pessoa Jurídica Tutelado e a Tutela na Responsabilidade Civil. 4 Antecedentes da Aplicação do Ato Ilícito a Honra em uma Pessoa Jurídica com Aplicação no Direito Penal. 5 A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Considerações Finais. Referências.

---

### 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é esclarecer quais direitos são aplicados atualmente à pessoa jurídica, expondo a evolução do tema em questão através da sua regularização na legislação e comprovando o seu firmamento na jurisprudência.

Entende-se que com este reconhecimento a pessoa jurídica poderá ser caracterizada como sujeito ativo ou passivo de uma ação dependendo do caso concreto, não mais passando a ser imune de todos os males sociais, mas também passando a ser cobrado quanto a atos cometidos pela entidade perante o corpo social. Assim, vai haver a proteção ao bem patrimonial em tela, e quando estes forem violados receberão reparação sobre o dano sofrido. Todavia, este estará obrigado se por ventura não cumprir sua função social ou causar dano ambiental a sofrer sanções.

Atualmente houve o reconhecimento de direitos personalíssimos intrínsecos à pessoa física respaldando para a pessoa jurídica. Onde havia anteriormente lesão somente à pessoa física passou a ser aplicado a jurídica, como por exemplo, na reparação por Danos Morais em que vai haver a análise da repercussão do dano moral sobre tais. A primeira possuindo como aspecto a honra subjetiva e a segunda a honra objetiva.

Para tanto, o direito tem o condão de garantir que ninguém, seja pessoa física ou jurídica, estejam desamparados pelo direito positivado pois nem todos querem respeitar e realizar de maneira espontânea suas obrigações para com o outro, e com isto ocorrendo vai ser imposto ao indivíduo que venha a praticá-lo, assim não vai trazer enriquecimento pessoal para tal, porque desta forma o cidadão vai tratar apenas como o cumprimento de uma obrigação imposta por lei.

Dessa forma, não se deve permitir que a pessoa física e jurídica sejam martirizadas e não tenham a sua disposição um suporte jurídico que atenda os conflitos de cada um, fornecendo uma solução coerente dada à sua condição.

Para melhor aprofundamento no tema em questão é necessário definir alguns conceitos.

## **2 Pessoa Jurídica.**

A pessoa jurídica não é algo concreto, pois não utiliza os sentidos humanos, este vem a ser apenas o resultado de processo intelectual que surge de uma ideia, entretanto, tem a capacidade de exercer todos os direitos compatíveis com a natureza de sua personalidade.

O simples fato de não sofrer consternações da pessoa física, não a isenta de possuir direitos e obrigações para o convívio harmônico em sociedade. E, para regular estes relacionamentos sociais se tem a legislação, que, em se tratando que no Brasil se tem a aplicação de um direito positivado. E é neste contexto que o assunto será introduzido.

De inicio será abordado situações em que a pessoa jurídica pode se caracterizar como vítima de determinado fato jurídico identificando elementos que o deixe nesta condição.

### **3 Pessoa Jurídica tutelado e a tutela na Responsabilidade Civil.**

O dano é, sem dúvida, um dos elementos mais importantes da responsabilidade civil, pois, é este que acarreta na obrigação entre o agressor e a vítima. Porém não tem como existir o dano sem antes ocorrer à conduta do agente, a caracterização da responsabilidade objetiva ou subjetiva e o nexo de causalidade<sup>[1]</sup>. Ao existir, constitui-se fator de desequilíbrio social e, portanto, faz-se necessária alguma reparação, tendo em vista que o Código Civil Brasileiro trouxe à luz a tutela sobre o dano moral, extrapatrimonial.

Na jurisprudência, é fácil encontrar casos que refletem os efeitos do ato ilícito à pessoa física e sua honra subjetiva<sup>[2]</sup>, porém, atualmente também está notório que com o surgimento de novos fatos passou a englobar os efeitos do ato ilícito sobre o patrimônio do lesado como pessoa jurídica em sua honra objetiva.

Segundo Flávio Tartuce em seu livro Direito Civil 2 – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil discorre:

“[...] a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, por lesão à sua honra objetiva, ao seu nome, à sua imagem diante do meio social. [...] Em verdade, o dano moral da pessoa jurídica atinge a sua honra objetiva, que é a repercussão social da honra, sendo certo que uma



empresa tem uma reputação perante a coletividade.” (Tartuce, 2014, p. 299).

Sendo assim, a pessoa jurídica pode sofrer violação de alguns de seus direitos da personalidade como: usufruir de nome fantasia da entidade sem a autorização devida ou uma campanha difamatória denegrindo a imagem da mesma, violação de sigilo de correspondência, protesto de título indevido entre outras.

Nota-se então a importância da responsabilidade civil, pois ela conduz uma pessoa à obrigação devida, quando esta causa prejuízo a outrem ou a coisas dela pertencente, tendo que reparar o dano causado, para que assim se restabeleça o equilíbrio alterado ou perdido pela lesão.

Esta proteção à pessoa jurídica não torna desnecessária a existência de prova como objeto principal de esclarecimento dos fatos, para se chegar a uma conclusão justa identificando quem das partes tem direito ao ganho de causa.

#### **4 Antecedentes da Aplicação do Ato Ilícito a Honra em uma Pessoa Jurídica com Aplicação no Direito Penal.**

Inicialmente o direito positivado havia incluído a pessoa jurídica como sujeito passivo quando houvesse lesão à honra inerente a esta, em uma determinada situação prevista na legislação de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) onde ocorrendo calúnia, uma vinculação da conduta criminosa fraudulenta, teria a legitimidade para mover a ação cabível.

Seguindo a mesma linha de pensamento outra conduta que abarca a quem possuir honra objetiva<sup>[3]</sup> é a difamação. Então, estes dois conceitos (calúnia/difamação) revelam a intenção do legislador em proteger instituições que por terem um valor perante o mercado gozam de valores referentes ao seu nome e imagem merecendo a devida assistência jurídica.

Percebe-se que o tempo modifica as leis e a sua aplicação dado o surgimento de uma nova necessidade, ou até mesmo por ocorrer uma atualização em determinada pauta que o direito trazia de uma forma arcaica. Desse modo, as modificações sociais trazem a tona o uso de novos modos de interpretação dos casos concretos, como exemplifica a jurisprudência que ao abordar novos fatos,

para que ocorra uma decisão justa, poderá ser analisada de acordo com as suas necessidades jurídicas.

## **5 A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.**

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando a aplicabilidade da responsabilidade penal à pessoa jurídica tem como alicerce a lei infraconstitucional **9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais)** em que determina como imposição de pena a possibilidade através de multa, pena restritiva de direitos, prestação de serviço à comunidade quando necessário dependendo do caso concreto a responsabilidade da pessoa física cumulativamente ou alternativamente (Artigo 21 da Lei de Crimes Ambientais).

Sob este foco, caberá exclusivamente à pessoa jurídica a suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (Artigo 22 da Lei de Crimes Ambientais).

Logo, com a aplicabilidade destas sanções, a pessoa jurídica irá responder com o seu patrimônio e não transferindo a penalidade para pessoa natural, até porque neste contexto é necessário apenas que a gestão defeituosa tenha sido resultado da ação de um de seus gestores, mas desde que dentro do campo organizacional da instituição e de sua competência.

Neste entendimento, a responsabilidade da pessoa jurídica é intransferível a pessoa física, mesmo sabendo que o evento lesivo decorre de ação humana não vai caber a este a aplicabilidade da sanção penal. Para melhor esclarecimento de tal assunto se tem o posicionamento do Superior Tribunal Federal quando proferiu sentença no caso que mudou imputações a pessoa jurídica em questões processuais:

DECISÃO Vistos. O Ministério Público Federal interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO

PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA.

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício” (fl. 567). Os embargos de declaração opostos (fls. 573 a 581) foram rejeitados (585 a 604). Com contra-razões (fls. 630 a 638), o recurso extraordinário foi admitido (fl. 644). O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 650 a 656). Nas razões do extraordinário, o recorrente alega, em síntese, que houve afronta ao princípio da culpabilidade, insculpido no artigo 5º, incisos XLV, LIII, LIV, LV e LVII, uma vez que “o acórdão impugnado simplesmente estendeu a ordem de habeas corpus concedida pelo STF, ao ex-presidente da PETROBRAS, para trancar a ação penal em relação ao Superintendente da REPAR, sem tecer nenhuma consideração sobre a sua culpabilidade individualmente reconhecida ou o nexo causal ante a sua conduta e o resultado” (fl. 617). Aduz, ainda, que o acórdão recorrido violou o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal ao determinar o trancamento da ação penal também em relação à PETROBRAS, por considerar a impossibilidade de se atribuir responsabilidade penal autônoma à pessoa jurídica. Destaca que “o art. 3º, da Lei nº 9.605/98, ao exigir essa vinculação, como norma

infraconstitucional, extrapolou o sentido do mandamento constitucional, tornando este último inócuo. Por isso mesmo, é de se ter esta norma menor como inconstitucional e afastá-la” (fl. 621). Requer o provimento do presente recurso extraordinário para que seja dado prosseguimento à Ação Penal nº 2000.79.00.019440-4, junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fl. 622). Decido. Verifica-se, primeiramente, que a intimação do acórdão que julgou os embargos declaratórios, conforme expresso na certidão de fl. 608v ocorreu em 13/2/07, não sendo exigível, conforme decidido na Questão de Ordem no AI nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário. No entanto, a irresignação não merece prosperar. No que concerne à suposta violação ao artigo 5º, incisos XLV, LIII, LIV, LV e LVII, da Constituição, anoto que dependeria do reexame prévio de legislação infraconstitucional. Portanto, afronta à Constituição Federal, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário. Nesse sentido: AI nº 603.952/SP-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJ de 27/6/08; AI nº 649.191/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 1º/6/07; e AI nº 562.809/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 18/5/07, entre outros. Aliás, esse entendimento também deve ser adotado quanto à ofensa ao art. 225, § 3º, da Constituição Federal, uma vez que sua análise dependeria do reexame prévio de legislação infraconstitucional, a saber, a Lei nº 9.605/98. Nesse sentido: RE nº 593.729/SP-AgR, Segunda Turma, Relator ao Ministro Cezar Peluso, DJ de 6/3/09. Ademais, destaco o que decidiu o Superior Tribunal de

Justiça, no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, in verbis: “(...) Ocorre que, diversamente do sustentado, o acórdão embargado, atento ao disposto no artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição da República, afirmou sim a responsabilidade penal da pessoa jurídica, afastando-a, contudo, no caso concreto, apenas por não admitir a jurisprudência desta Corte Superior que o ente moral figure, exclusivamente, no pólo passivo da demanda, por faltar-lhe capacidade de ação. Com efeito, o decisum deixou expressamente consignado que, conquanto ‘admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana’, inexistindo, assim, nesse tanto, omissão qualquer. Sustenta o órgão ministerial embargante, por segundo, que ‘(...) o acórdão recorrido se omitiu em analisar o princípio da culpabilidade, pois trançou a ação penal com relação ao Superintendente da REPAR, Luiz Eduardo Valente Moreira, por simples extensão do writ concedido na Suprema Corte, violando expressamente o referido princípio.’ (fl. 577). Não prospera, contudo, a irresignação ministerial. É que o voto é um discurso lógico, enquanto decisão, do que resulta que à exclusão do paciente da ação penal se ajusta a motivação da Excelsa Corte no sentido do abuso de poder contra o denunciado que exercera a Presidência da pessoa jurídica, diante da expressa afirmação do próprio órgão ministerial na denúncia de que ‘(...) o então Superintendente Luiz Eduardo Valente Moreira, ora denunciado, no âmbito da REPAR, concretizou essa decisão administrativa, como responsável pela unidade,

reduzindo custos na área de segurança, de pessoal e de manutenção, procurando atingir as metas traçadas pelo denunciado Henri, no comando da empresa.’ (fl. 91). E tanto mais dúvida nenhuma funda o acórdão pela sua motivação relativa a Luiz Eduardo Valente Moreira quando se tem em vista que a estrutura da denúncia, na sua simplicidade, culmina por deixar perceber a escolha dos imputados, com afastamento doutros que nela deveriam fazer parte. Assim é que descreve, com minudências, as causas fácticas, humanas, do derramamento do óleo tais como: ausência de uma válvula, não detecção no momento oportuno, falha humana. .... Tábula rasa feita das concretas condutas humanas descritas, tudo resulta, em termos de imputação, de uma política de administração que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, com clareza, demonstrou não fundar a responsabilização penal do seu autor Henri Philippe Reichstul, então Presidente da PETROBRAS S/A, o que, também, fez este Superior Tribunal de Justiça, quanto ao Superintendente da pessoa jurídica, que apenas deu consecução a este programa administrativo” (fls. 588/599). Diante dessas conclusões, tenho que para se concluir de forma diversa do que assentado, necessário seria o reexame detalhado e aprofundado de provas, procedimento inviável na via eleita. Incidência, no caso, da Súmula nº 279/STF. Nesse sentido: AI nº 713.157/DF-AgR, Primeira Turma, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 12/12/08; AI nº 715.593/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ 10/10/08; e AI nº 646.122/RJ-ED, Primeira Turma, de minha relatoria, DJ de 1º/8/08, entre outros. Ante o exposto, nos termos dos artigos 21, § 1º, do RISTF e 38 da Lei nº 8.038/90, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 17 de abril de

2009. Ministro MENEZES DIREITO  
Relator 1

(STF - RE: 548181 PR, Relator: MENEZES  
DIREITO, Data de Julgamento: 17/04/2009, Data de  
Publicação: DJe-081 DIVULG 04/05/2009 PUBLIC  
05/05/2009)

Todo o embate neste caso concreto levou consigo a discursão em torno da leitura do artigo 225º, §3º da Constituição Federal de 1998, que trata expressamente: “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”. Muitos entendiam que o texto positivado não deixava claro se caberia responsabilidade a pessoa jurídica penalmente, além de brotar a teoria da dupla imputação trazendo a tona mais duvidas em torno do assunto.

Mas, após julgamento deste caso, o Superior Tribunal Federal sanou a existência de questionamentos em relação à teoria da dupla imputação. Tal posicionamento relata a imputação simultânea à pessoa jurídica e física as sanções penais, civis e administrativas. Tal posicionamento antes da decisão tomada pelo STF era a defendida pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual este foi alterado, passando-se a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Com base neste dispositivo esta decisão veio determinar que para a responsabilização de pessoa jurídica não incumbirá automaticamente à responsabilização da pessoa física.

Em relação a parâmetros pode ser constatado na resolução de casos concretos o uso de precedentes ou posicionamentos doutrinários. Faço jus a alguns destes preceitos já colocados à mostra como base para determinar a responsabilidade penal da pessoa jurídica: defeito de organização e da culpabilidade corporativa<sup>[4]</sup>, atuou a pessoa física na representação da pessoa jurídica, atuou a pessoa física em benefício da pessoa jurídica<sup>[5]</sup>. Também há para tal entendimento o artigo 3º da lei 9.605/98 “*As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta*

*Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. **Parágrafo único.** A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.*

Após estes posicionamentos a concordância que existe em comum é que vai ser imposta a responsabilidade a pessoa jurídica independente da física.

Nesta situação, cabe denotar que a responsabilidade aplicada é a subjetiva e para a configuração da culpabilidade vai se dar pela caracterização da inobservância da lei por parte da pessoa jurídica ou sua omissão perante risco eminente. Logo, será presumida por existir o risco integral, e por independer de culpa não será caracterizado o dolo, onde, no caso concreto já é de se esperar que um sinistro venha a ocorrer, cabendo apenas analisar se foi ilícito, se há excludente, e , por fim ,determinar a punibilidade se necessário.

Um caso, mas atual, que aborda esta questão de aplicação de sanção com um condão punitivo foi o rompimento da barragem no distrito de Bento Rodrigues, em Mariana, Minas Gerais. Segue o último julgado em tela:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDADA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Conflito de competência suscitado pela



empresa Samarco Mineração S.A. em decorrência da tramitação de ações civis públicas aforadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, com o objetivo de determinar a distribuição de água mineral à população valadarense, em virtude da poluição do Rio Doce ocasionada com o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG.

2. Conexão entre as ações civis públicas objeto do presente conflito, uma vez que em ambas se pretende suprir a população valadarense com a distribuição de água potável, além de determinar o monitoramento da água do Rio Doce na localidade. 3. Existentes decisões conflitantes relativas à mesma causa de pedir e mesmo pedido, já proferidas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, mostra-se imperioso o julgamento conjunto das ações, para que se obtenha uniformidade e coerência na prestação jurisdicional, corolário da segurança jurídica. Precedentes. 4. A competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, sendo pois de caráter absoluto. 5. Nos termos da Súmula 150/STJ, "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas". 6. Interesse da União na causa, na medida em que toda a questão perpassa pela degradação de bem público federal, qual seja, o Rio Doce, e suas consequências sociais e ambientais, além de que o acidente decorreu da exploração de atividade minerária, cuja outorga cabe à União. 7. A Justiça Federal é, pois, competente para conhecer e julgar demandas relacionadas aos impactos ambientais ocorridos e aos que ainda venham a ocorrer sobre o ecossistema do Rio Doce, sua foz e sobre a área costeira. 8. Reconhecida a competência da Justiça Federal para o

processamento das ações civis públicas referidas no presente conflito, cabe definir o foro competente para o seu julgamento. FORO COMPETENTE (BELO HORIZONTE). 9. A problemática trazida nos autos deve ser analisada à luz do microsistema do processo coletivo, notadamente no que diz respeito à tutela de interesses difusos e metaindividuais, decorrentes todos eles de um único evento, qual seja, o desastre ambiental consistente no rompimento da barragem de Fundão, no dia 5 de novembro de 2015, ocorrido na unidade industrial de Germano, entre os distritos de Mariana e Ouro Preto (cerca de 100 km de Belo Horizonte). 10. Nos termos do art. 2º da Lei 7.347/85, o legislador atrelou dois critérios fixadores ou determinativos de competência, sendo o primeiro o local do fato - que conduz à chamada competência "relativa", prorrogável, porque fundada no critério território, estabelecida, geralmente, em função do interesse das partes; o outro - competência funcional - que leva à competência "absoluta", improrrogável e inderrogável, porque firmada em razões de ordem pública, em que se prioriza a higidez do próprio processo. 11. A questão que se coloca como premente na hipótese, decorrente da tutela dos interesses difusos, caracterizados pela indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto, é como se dará a fixação do foro competente quando o dano vai além de uma circunscrição judiciária. Outra resposta não há, senão pela prevenção. 12. Muito embora o conflito positivo de competência aqui erigido tenha se instaurado entre o Juízo estadual e o Juízo federal de Governador Valadares, há outras questões mais amplas a serem consideradas para que se possa definir, com a maior precisão possível, o foro federal em que devem ser julgadas as ações em comento. 13. Existente ação civil pública com escopo mais amplo (danos ambientais strito sensu e danos pessoais e patrimoniais), já em curso na

12ª Vara Federal de Belo Horizonte-MG, na qual o Ministério Público Federal se habilitou, inclusive, como litisconsorte ativo (Processo n. 60017-58.2015.4.01.3800). Além dessa, tramitam na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte-MG a Ação Popular n. 0060441-03.2015.04.01.3800 e a Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, sendo partes nesta última a União Federal e outros em face da Samarco Mineração S.A. e outros. 14. Na Ação Civil Pública n. 0069758-61.2014.4.01.3400, observa-se que entre os pedidos formulados na inicial está a garantia de fornecimento de água à população dos Municípios que estão com abastecimento de água interrompido em função do rompimento da barragem, além da garantia de fornecimento de água para dessedentação dos animais nas áreas dos Municípios atingidos pelo rompimento das barragens. 15. Mostra-se caracterizada a relação de pertinência entre as ações civis públicas manejadas em Governador Valadares/MG, com vistas ao abastecimento de água potável à população local, com essa outra ação civil (n. 0069758-61.2014.4.01.3400) que tramita na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, cujo objeto é mais abrangente, englobando as primeiras, pois busca a garantia de fornecimento de água potável à população de todos os Municípios que tiveram o abastecimento interrompido em função da poluição do Rio Doce com a lama advinda do rompimento da barragem de Fundão. 16. Termo de transação e de ajustamento de conduta firmado entre a União, Samarco e outros, expressamente prevendo que as divergências de interpretação decorrentes do acordo serão submetidas ao Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. 17. Dessas circunstâncias, observa-se que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais possui melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois além

de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só a reparação ambiental stricto sensu, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos. EXCEÇÕES À REGRA GERAL. 18. Há que se ressaltar, no entanto, as situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate a abuso de preços etc) ou mesmo abastecimento de água potável que exija soluções peculiares ou locais, as quais poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano. Nesses casos, devem ser levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em tais situações, o foro de Belo Horizonte não deverá prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microsistema da ação civil pública. 19. Saliento que em outras ocasiões esta Corte de Justiça, valendo-se do microsistema do processo coletivo, aplicou a regra específica de prevenção estabelecida na Lei de Ação Civil Pública para definir o foro em que deveriam ser julgadas as ações coletivas. Precedentes. DISPOSITIVO. 20. Conflito de competência a que se julga procedente para ratificar a liminar proferida pela

Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência, e determinar a competência definitiva do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para apreciar e julgar a causa, determinando a remessa da Ação Cautelar n. 0395595-67.2015.8.13.0105 e da Ação Civil Pública n. 0426085-72.2015, ambas em tramitação no Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares/MG, e da Ação Civil Pública n. 9362-43.2015.4.01.3813, em curso no Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG, ficando a critério do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais a convalidação dos atos até então praticados.

(STJ - CC: 144922 MG 2015/0327858-8, Relator: Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), Data de Julgamento: 22/06/2016, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/08/2016)

Esta jurisprudência traz a luz um caso concreto que ocorreu em 05 de novembro de 2015, que causou desastres ambientais de grandes proporções, de forma que esta decisão vem a questionar a quem cabe competência para julgar as ações que decorreram de tal evento lesivo, pois, os órgãos começaram a iniciar investigações simultaneamente, dadas a dimensão do ocorrido. Houve a causação de danos morais, materiais, ambientais e socioeconômicos. A omissão da entidade ao saber da existência do risco eminente e a sua não disposição de evitá-lo, tornou a situação como um todo mais alarmante, ficando propensa ao suplício administrativo (multa), responsabilidade civil (indenizações) e penal (por crime ambiental).

Dessa forma, é compreensível a preocupação em proteger o meio ambiente, que não é exigida apenas da pessoa jurídica, mas deve ser incumbido a todos como determina a CF/88 no artigo 225º Caput. Entretanto, por apresentar maior ameaça de agressão causada por indústrias, como, despejo de gases tóxicos, acúmulo de lixo indevido, desmatamento, entre outras situações se fez

necessário esta regulamentação para determinar fatores como em que ocasião irá se caracterizar este dano ou em que proporção deve ser aplicada à pena.

Após o reconhecimento desta devida regularização imputada está responsabilidade a pessoa jurídica no rigor da norma penal, cessando dubiedades. Neste contexto, para que a entidade também não esteja agindo em antijuricidade tem como dever sua atividade regular por em prática rigorosamente a sua função social<sup>[6]</sup> requisito este que está explícito na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º XXIII e 170º III.

Em meio a estas discursões é necessário notar que para a caracterização da responsabilidade penal em pessoa jurídica, deve a referida entidade estar regularmente registrada na Junta Comercial como estabelece o artigo 967 e 1.150 do Código Civil/02, para assim ter sua existência jurídica perante a sociedade, exercendo direitos e obrigações estabelecidas na lei 8.934/94. Pois, do contrário a sociedade irregular não terá tutela sobre sua personalidade jurídica tendo responsabilização direta da pessoa física.

Tratando-se, porém, da questão de arguir crimes considerados “comuns” a pessoa humana (Fato Típico e Antijurídico) a pessoa jurídica não terá capacidade penal para o ato.

Neste sentido é impossível de se aplicar a algo que não é concreto, pois, o Direito Penal possui fonte material. Logo, é norma elaborada pelo Estado para proteção de bem jurídico lesionado (EX: honra, vida, patrimônio, etc.). Nesta relação vai haver um impasse, porque nas condutas ilícitas que possui como sanção a restritiva de liberdade é necessário ter como sujeito ativo e passivo da ação uma pessoa física que possui a capacidade de ter imputabilidade, culpabilidade e punibilidade penal.

É importante mencionar que a pessoa jurídica não possui vontade, logo, não possui animus para caracterização de conduta ilícita o que é indispensável à sua caracterização.

Como é necessária pessoa física para representar e administrar a pessoa jurídica, por se tratar de algo abstrato e não existir como ser, não possui discernimento para entender a norma penal pois se isto ocorresse haveria a violação

dos princípios penais que estão instituídos na CF/88 em seu artigo 5º XLV, XLVII, XLIX, LXIII.

No que tange aos crimes ambientais tal discernimento vai ser predominante à personalidade jurídica, pois no decorrer do texto abordou-se a possibilidade da aplicação de pena desde que fique em torno diretamente ou indiretamente do capital da organização, de configuração de culpabilidade quando omissa a existência do risco eminente ou da antijuricidade quanto à quebra no cumprimento da lei infraconstitucional.

Para tanto não deverá ser responsabilizada a pessoa física por atos que a pessoa jurídica não pode praticar, mesmo havendo possibilidade de ocorrer à prática delituosa por terceiros estes não serão responsabilizados por atos por eles não cometidos, pois a pena é individual e aplicada de acordo com o teor do ato ilícito.

Na contemporaneidade não há previsão legal penal para condenar por tal ato ilícito, porém há um embate sobre o tema em questão, com correntes doutrinárias que entende o assunto de várias dimensões. Como a possibilidade de ingresso da imputação penal a pessoa jurídica abordada pelo STF e STJ sem necessariamente causar a dupla imputação. A teoria da ficção que possui um senso comum de que a pessoa jurídica como algo abstrato, mero pensamento, expressão de uma ideia humana não teria elementos para comportar agente ativo penalmente.

Porém, apesar destes conflitos de posicionamentos a jurisprudência torna clara a forma como este assunto se torna presente na atualidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De fato o corpo da sociedade pode ser compreendido abstratamente, dado que tudo que esta em volto das relações sociais depende de inteiração entre os indivíduos, outrora que nossas ações se manifestem e desta forma será uma “coisa”, ou seja, um fato social segundo Émile Durkheim. Estes fatos são gerados de forma abstrata, mais é a sociedade no como um organismo que vai materializar a filosofia das ações tornando- as objetivas.

É importante discernir os tipos de pessoas representadas no coletivo social. Isto, porque exercemos um papel social a que se atribuem títulos Físicos ou Jurídicos que podem resultar em efeitos penais. Desta forma é importante definir a condição que cada um ocupa para que se possa chegar a um denominador comum.

A determinação da Lei surge para mediar conflitos que existem desde os primeiros passos da construção da sociedade. No caso do tema em comento surgiu a partir da necessidade de uma atualização da norma penal, num projeto de **lei 236/12**. Dado o desenvolvimento da história, surgindo novas necessidades de tutela, novos fatos sociais, com prioridades diferentes da década de 40, que tinha uma sociedade protegida pelo direito tendo como critério a separação de classes sociais, um período burguês, já se denota que as prioridades desta época são diferentes da atual.

Logo, um direito positivado sem a essência da CF/88 que aborda uma justiça cega às individualidades do indivíduo sendo todos iguais perante a lei. Então, este projeto não é um retrocesso, pois, o direito ele não retroage salvo os casos em que seria para beneficiar o réu, numa aplicação estritamente penalista.

## REFERÊNCIAS

AMÉLIA GONÇALVES DE ALMEIDA, Ana. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em Matéria Ambiental**. **ÂmbitoJurídico.com.br**. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11146&revista\\_caderno=5](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11146&revista_caderno=5)>. Anais Eletrônicos. Acesso em 08 de março de 2017.

DA SILVA, Eduardo. PENITENTE TREVIZAN, Victor. Consultor Jurídico - **STF Muda Critérios para Processo de Pessoa Jurídica**. Disponível em . Anais Eletrônicos. Acesso em 20 de março de 2017.

DE ANDRADE MOREIRA, Rômulo. Jusbrasil. **O STF e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Disponível em . Anais Eletrônicos. Acesso em 21 de março de 2017.

FERREIRA SANTANA, Daniela. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em



<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica,45539.html>>. Anais Eletrônicos. Acesso em 08 de março de 2017.

FERNANDO PINHEIRO PEDRO, Antonio. **Responsabilidade Penal Ambiental das Pessoas Jurídicas. Pinheiro Pedro Advogados.** Disponível em . Anais Eletronicos. Acesso em 08 de março de 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas.** Editora Atlas S.A. – 2015. São Paulo. Livro Físico. Acesso em 18 de março de 2017.

Jusbrasil. **Princípio da Culpabilidade. STF – Recurso Extraordinário: RE 548181 PR.** Disponível em . Anais Eletrônicos. Acesso em 20 de março de 2017.

Jusbrasil. **STJ – Conflito de Competência: CC 144922 MG 2015/0327858-8.** Disponível em . Anais Eletrônicos. Acesso em 23 de março de 2017.

MAYARA, Hitala. Blog Ebeji. **A Dupla Imputação nos Crimes Ambientais: Consolidação da Mudança na Posição do STJ para Acompanhar Entendimento Firmado pelo STF – STJ Muda seu Posicionamento a Cerca da Teoria da Dupla Imputação em Matéria Ambiental.** Disponível em . Anais Eletrônicos. Acesso em 21 de março de 2017.

PEIXOTO MEDEIROS, Leandro. **Âmbito Jurídico 1998-2016 – A Pessoa Jurídica como Sujeito Passivo dos Crimes Contra a Honra.** Disponível em . Anais Eletrônicos. Acesso em 11 de março de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 2 – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 9ª Edição Revista Atualizada e Ampliada. Edição 2014. Editora Método/GEN. São Paulo. Livro Digital. Acesso em 11 de março de 2017.

Território Jurídico. **STJ: Justiça Federal Julgará Ações de Crimes Ambientais da Tragédia de Mariana.** Disponível em . Anais Eletrônicos. Acesso em 23 de março de 2017.

NOTAS:

[1] Para configurar a responsabilidade civil, ou seja, o dever de indenizar deve existir a relação do dano causado para com a conduta praticada pelo agente ativo. Devendo ser analisado se o prejuízo foi

resultado da ação omissiva ou comissiva e se a culpa do ocorrido foi exclusiva do agente.

[2] Seria o que o indivíduo pensa de si mesmo.

[3] Diz respeito à reflexão de terceiros sobre tal indivíduo, que pode resultar em uma imagem positiva ou negativa.

[4] Por Eduardo da Silva, e Victor Penitente Trevizan. Em sua obra científica STF Muda Critérios para Processo de Pessoa Jurídica.

[5] Por Carlos Gómez-Jara Díez em sua obra literária A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas. Pagina 7 (sete) na introdução.

[6] A entidade não pode visar apenas o lucro, enriquecimento próprio, terá a mesma que promover também uma valorização do local de sua sede que atenda as necessidades das pessoas que residam próximo a sua estrutura física, promovendo o desenvolvimento do local não causando dano.

[i] Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Campina Grande. Professor da Faculdade Maurício de Nassau desde 2012. Analista Judiciário do TRE-PB desde 2005.

## **LEI Nº 13.340/2016: ENTENDA COMO ABATER DÍVIDAS AGRÍCOLAS**

**ADAMIR DE AMORIM FIEL:** Advogado e Consultor Jurídico em Brasília e em Alagoas; Procurador do Distrito Federal; Procurador-Chefe do Centro de Apoio Técnico da Procuradoria Geral do Distrito Federal; Membro da Comissão de Assuntos Institucionais do Fórum Nacional de Precatórios - FONAPREC/CNJ; especialista em Direito Público; Especializando MBA em Agronegócio pela ESALQ/USP; pós-graduando MBA LLM em Direito Empresarial pela FGV; especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário da UnB; ex-Procurador da Fazenda Nacional; ex-Procurador Federal. Professor do Instituto de Magistrados do Distrito Federal - IMAG/DF; Professor da Faculdade de Direito da FACITEC; co-autor do livro Direito Constitucional, Ed. Método, São Paulo; co-autor do Livro Estudos Dirigidos: Procuradorias, Ed. Jus Podivm;

**Resumo.** Este artigo tem o objetivo de esclarecer as principais exigências da Lei nº 13.340/2016, de 21 de setembro de 2016 (autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural; altera a Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001; e dá outras providências). O trabalho identifica as atividades financeiras permitidas aos produtores rurais das regiões Norte, Nordeste e de alguns Estados do Centro Oeste; apresenta as condições que a lei impõe para cada tipo de operação e os requisitos para a concessão de descontos.

**Palavras-Chave.** Lei nº 13.340/2016. crédito rural. dívidas agrícolas. repactuação. Liquidação. dívida ativa da União.

**Sumário.** 1.Introdução. 2. O que a Lei nº 13.340/2016 autoriza. 3. Condições que a Lei impõe para cada caso. 4. Outras disposições da Lei nº 13.340/2016. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

---

### **1. Introdução**

Em 2016, o Governo Federal publicou no Diário Oficial da União a Lei nº 13.340, que autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural; altera a Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001; e dá outras providências.

A Lei, que decorre da conversão da Medida Provisória nº 733, de 14 de junho de 2016, permite a renegociação de dívidas de crédito rural a produtores rurais das regiões Norte, Nordeste e de alguns Estados do Centro Oeste.

## **2. O que a Lei nº 13.340/2016 autoriza**

A Lei nº 13.340/2016 autoriza três atividades financeiras aos produtores rurais abaixo especificadas:

1- Concessão de rebate para liquidação das operações de crédito rural: essa hipótese é prevista para operações de crédito rural referentes a uma ou mais operações do mesmo mutuário, contratadas até 31 de dezembro de 2011. A concessão do benefício ocorrerá até 29 de dezembro de 2017 para os seguintes casos:

a) contratações com o Banco do Nordeste do Brasil S.A. ou o Banco da Amazônia S.A., com recursos oriundos, respectivamente, do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE ou do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, ou com recursos mistos dos referidos fundos com outras fontes relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE ou da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM.

b) contratações com bancos oficiais federais, relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Sudene, exceto as contratadas com recursos oriundos dos Fundos Constitucionais de Financiamento.

2- Repactuação das dívidas das operações de crédito rural: a Lei autoriza a repactuação das dívidas das operações de crédito rural, atualizadas até a data da repactuação, contratadas até 31 de dezembro de 2011 com o Banco do Nordeste do Brasil S.A. ou com o Banco da Amazônia S.A., desde que os recursos sejam oriundos, respectivamente, do FNE ou do FNO, ou oriundos de recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Sudene ou da Sudam.

3- Concessão de descontos para a liquidação de dívidas originárias de operações de crédito rural inscritas ou encaminhadas para inscrição em dívida ativa da União: nessa hipótese fica autorizada a concessão de descontos até 29 de

dezembro de 2017, para a liquidação de dívidas originárias de operações de crédito rural e de dívidas contraídas no âmbito do Fundo de Terras e da Reforma Agrária - Banco da Terra e do Acordo de Empréstimo 4.147-BR, inscritas ou encaminhadas para inscrição em dívida ativa da União até a data de publicação da Lei (28 de setembro de 2016), devendo incidir os referidos descontos sobre o valor consolidado para efeito de inscrição em Dívida Ativa da União.

### 3. Condições que a Lei impõe para cada caso

A Lei nº 13.340/2016 impõe algumas condições para a renegociação, abatimento e liquidação das dívidas decorrentes de operações com o crédito rural. As tabelas a seguir apresentam os requisitos, conforme cada caso:

#### 1- Concessão de rebate para liquidação das operações de crédito rural:

Faixas de Dívidas	Semiárido			Demais Municípios	
	Até 31/12/2006	De 01/01/2007 até 31/12/2011		Até 31/12/2006	De 01/01/2007 até 31/12/2011
(FNE, FNO e Mistos)					
Até R\$ 15 mil	95%	50%		85%	40%
Entre 15 mil e 35 mil reais	90%	40%		80%	30%
Entre 35 mil e 100 mil reais	85%	35%		75%	25%
Entre 100 mil e 500 mil reais	80%	25%		70%	20%
Acima de 500 mil reais	60%	15%		50%	10%

Fonte: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, 2016.

#### 2- Repactuação de dívidas decorrentes de operações de crédito rural:

Faixas de Dívidas	Semiárido			Demais Municípios	
	Até 31/12/2006	De 01/01/2007 até		Até 31/12/2006	De 01/01/2007
(FNE, FNO e Mistos)					

		31/12/2011		até 31/12/2011
Até R\$ 15 mil reais	80%	40%	70%	30%
De R\$ 15.000,01 até R\$ 35.000,00	75%	30%	65%	20%
Entre 35 mil e 100 mil reais	70%	25%	60%	15%
Entre 100 mil e 500 mil reais	65%	15%	55%	10%
Acima de 500 mil reais	45%	5%	35%	0%

Fonte: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, 2016.

3- Concessão de descontos para a liquidação de dívidas originárias de operações de crédito rural, inscritas ou encaminhadas para inscrição em Dívida Ativa da União:

Faixa de dívida com valor atualizado	Desconto (%)	Desconto fixo (R\$)
Até R\$ 15.000,00	95%	---
De R\$ 15.000,01 até R\$ 35.000,00	90%	750,00
De 35.000,01 até R\$100.000,00	85%	2.250,00
De R\$ 100.000,01 até R\$ 200.000,00	80%	7.500,00
De R\$ 200.000,01 até R\$ 500.000,00	75%	17.500,00
De R\$ 500.000,01 até R\$ 1.000.000,00	70%	42.500,00
Acima de R\$ 1.000.000,00	60%	142.500,00

Fonte: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, 2016.

#### **4. Outras disposições da Lei nº 13.340/2016**

Para a concessão de descontos na liquidação de dívidas originárias de operações de crédito rural, inscritas ou encaminhadas para inscrição em Dívida

Ativa da União, a Lei autorizou a União, por intermédio de sua Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, contratar, com dispensa de licitação, instituições financeiras integrantes da Administração Pública Federal, que adotarão as providências necessárias no sentido de facilitar o processo de liquidação.

Da publicação da Lei até 29 de dezembro de 2017, o encaminhamento para cobrança judicial, a continuidade de execuções judiciais já em curso e o prazo prescricional de tais dívidas rurais ficarão suspensos.

## **5. Conclusão**

O Governo pretende, com a renegociação das dívidas agrícolas, só no Banco do Nordeste, beneficiar 703 mil produtores rurais que sofrem com a seca na região, por mais de cinco anos. No norte do país, as operações devem atingir cerca de 211 mil agropecuários. No mesmo mês de edição da Lei nº 13.340/2016, o governo a regulamentou permitindo o início imediato da renegociação das operações de crédito rural.

O crédito rural guarda uma enorme importância para a economia e política agrícola, posto que incita o investimento rural para o armazenamento, beneficiamento e industrialização de produtos e, se aplicado de forma eficiente, contribui para o desenvolvimento econômico e social do país. Por outro lado, há quem entenda que mesmo com o gasto em recursos públicos expressivo, não há o retorno eficiente da capacidade produtiva.

De qualquer sorte, a justificativa política para as renegociações, essencialmente, se baseiam na necessidade de redução da desigualdade social e em fatos gerados por eventos climáticos, como a seca, por exemplo.

## **6. Referências bibliográficas**

ARAÚJO, Massilon J. Fundamentos do agronegócio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

BURANELLO, Renato Macedo. Manual de direito do agronegócio. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVIS, J. H.; GOLDBERG, R. A. A concept of agribusiness. Boston: Harvard University, 1957.

BRASIL. Lei nº 13.340/2016, de 21 de setembro de 2016. Brasília. Câmara dos Deputados, 21 dez. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13340.htm#art13](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2015-2018/2016/Lei/L13340.htm#art13). Acesso em 25 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 8929, de 09 de dezembro de 2016. Brasília. Câmara dos Deputados, 28 set. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13340.htm#art13](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13340.htm#art13). Acesso em 25 jan. 2017.



## **LEI ANTITERRORISMO (LEI 13.260/2016): ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARTIGOS**

**PAULO EDUARDO BICALHO CARVALHO:** formado na Universidade de Uberaba - UNIUBE, advogado atuante.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar a lei 13.260/2016, discorrendo de maneira didática sobre seus principais aspectos. A definição de terrorismo está no art. 2º da Lei, estabelecendo que o terrorismo, consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo a pessoa, o patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. A pesquisa se deu através de bibliografias, encontradas em doutrinas e legislação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei antiterrorismo. Terrorismo na Constituição. Crime de terrorismo. Características. Atos de Terrorismo.

---

### **1- NOÇÕES GERAIS**

#### **Razões de sua edição**

Esta lei foi reflexos de pressões por organismos internacionais por conta da inexistência de lei específica para terrorismo no Brasil.

O Brasil é signatário de algumas convenções acerca de terrorismo:

- Convenção para Prevenir e Punir Atos de Terrorismo – 1973, ratificada em 1999.
- Convenção Interamericana contra o Terrorismo – 2003, ratificada em 2005.
- Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo – 2003, ratificada em 2005.

## 2- TERRORISMO NA CONSTITUIÇÃO

A CF/88 faz menção ao terrorismo, em seu art. 5º, XLIII:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

A Constituição Federal tratou o crime de terrorismo de forma rigorosa, equiparando-o aos crimes hediondos.

Com relação a este artigo, houve a disposição do crime de terrorismo equiparado a hediondo (ou assemelhado).

Diante disso, os crimes de terrorismo são:

- Inafiançáveis;
- Insuscetíveis de graça ou anistia.

É importante também mencionar que este dispositivo se trata de um mandato constitucional de criminalização. Isto significa que há uma determinação constitucional para que o legislador ordinário crie o crime de terrorismo. Além disso, determina que o crime de terrorismo seja inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

## 3- CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO TERRORISMO

As características essenciais do terrorismo são:

- a) Premeditação das condutas;
- b) Motivação política (desestabilizar o sistema vigente e inclusive tomar o poder);
- c) Ataques a pessoas indefesas;
- d) Ação por meio de grupos organizados (alguns dizem não ser essencial).

A Lei não usou exatamente estes termos, mas em muitos aspectos coincidem com estas características.

#### **4- ANÁLISE DA LEI ANTITERRORISMO**

##### **4.1 Crime de terrorismo**

Segundo o art. 1º da Lei 13.260/16, expressamente diz que regula o art. 5º, XLIII, da CF:

Art. 1º: Esta Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

A definição de terrorismo está no art. 2º da Lei, estabelecendo que o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Este dispositivo estabeleceu as razões para o crime de terrorismo:

- Xenofobia;
- Discriminação;
- Preconceito de raça, cor, etnia e religião.

Quanto à finalidade do crime de terrorismo, a Lei faz menção a:

- Terror social;
- Terror generalizado.

As condutas descritas como atos de terrorismo devem ter essas razões e essas finalidades, pois, do contrário, não haverá crime de terrorismo.

Perceba-se que esta finalidade diz respeito ao dolo específico. Trata-se de um delito de tendência, pois além de exigir o dolo natural, exige-se a finalidade específica: terror social ou generalizado.

Mas, o que seria terror social ou generalizado?

Seria o medo causado pela prática dos atos terroristas, causado às pessoas. Trata-se de uma expressão demasiadamente abstrata.

Qual seria o bem jurídico tutelado pelos crimes de terrorismo?

O art. 2º estabelece que os bens jurídicos tutelados pelo crime de terrorismo são:

- Pessoa (vida e integridade corporal);
- Patrimônio;
- Paz pública;
- Incolumidade pública.

Cabe ressaltar que, segundo o próprio dispositivo, o crime de terrorismo não exige dano concreto ao bem jurídico protegido. A mera ameaça de lesão ao bem jurídico é suficiente para caracterizar o delito.

Com isso, é forçoso concluir que há previsão de crimes de perigo abstrato. Não há necessidade da efetiva lesão ao bem jurídico, bastando o perigo de lesão.

Atos de terrorismo

## **4.2 Atos de terrorismo**

Segundo o §1º do art. 2º da Lei 13.260/16, são atos de terrorismo:

- I. usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

Para a incidência do inciso I, não basta a prática dessas condutas, sendo necessário observar as razões e finalidades do crime de terrorismo. Portanto, se o indivíduo estiver portando explosivos sem estas finalidades, haverá o crime do Estatuto do Desarmamento.

II. VETADO.

III. VETADO.

IV. sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

Este inciso IV faz referência à sabotagem ou apoderamento de determinados serviços públicos essenciais, aos quais se caírem nas mãos de terroristas, haverá a prática de crime de terrorismo. Ex.: apoderamento da torre do espaço aéreo de algum aeroporto. Havendo aquelas razões e finalidades, estará configurado o crime de terrorismo.

V. atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa;

A partir do momento em que Lei usa a expressão atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa, ela não está exigindo para a conduta terrorista que a pessoa efetivamente morra ou que tenha sua integridade física violada. Isto é, basta a mera tentativa de matar alguém ou de atentar contra a integridade física sendo suficiente para a configuração do crime. Trata-se, portanto, de um crime de atentado, empreitada ou de empreendimento.

Obs.: todos estes atos de terrorismo devem conter as razões e as finalidades do crime de terrorismo.

A pena desses atos de terrorismo é igual a pena dos crimes de homicídio qualificado (12 a 30 anos), além das sanções da ameaça e da violência. Portanto, é possível que haja a responsabilização pelo crime de terrorismo junto com o crime

de homicídio, caso a violência resulte na morte (violência), tudo isso em concurso formal.

#### **4.3 Cláusula de inaplicabilidade de atos de terrorismo**

O art. 2º, §2º, da Lei 13.260/16 diz que os atos de terrorismo ali citados não são aplicados à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Se algum incidente ocorrer no âmbito das manifestações populares não serão punidas como atos de terrorismo. O que não significa dizer que haverá impunidade. Isso porque, caso algum crime seja praticado no âmbito das manifestações populares, poderá configurar outros crimes, diversos dos crimes de terrorismo.

#### **4.4 Promoção, integração ou prestação de auxílio à organização terrorista**

O crime do art. 3º da Lei se direciona àquele que promove, funda, integra ou presta auxílio a alguma organização terrorista:

Art. 3º: Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:

Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.

Perceba que há a pena de multa, diferentemente dos crimes do art. 2º.

Aqui, há a punição independentemente de qualquer dano concreto causado ao bem jurídico de alguém. Trata-se, portanto, crime de perigo abstrato.

#### **4.5 Punição de atos preparatórios de terrorismo**

O art. 5º traz a punição de atos preparatórios:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Sabe-se que, em regra, não há punição de atos preparatórios, incidindo a punição apenas nos casos de execução do crime. No entanto, nesta lei, o legislador fez questão de deixar claro que haverá punição dos atos preparatórios. Trata-se de incidência do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs.

Por exemplo, se o indivíduo está construindo uma bomba para que seja utilizada num ato terrorista, bastará para que haja configuração do crime. O mesmo se aplica aos casos de troca de mensagens de celular, visando a prática de atos de terrorismo.

Estes crimes terão penas de 1/4 até a metade.

#### **4.6 Figura equiparada a atos preparatórios de terrorismo**

Em relação ao §1º do art. 5º, haverá a punição do indivíduo que recruta, organiza, transporta ou municia o grupo terrorista, além da conduta daquele que fornece ou recebe treinamento com o propósito de praticar atos de terrorismo:

Art. 5º:

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

Lembre-se, não há necessidade de efetiva lesão ao bem jurídico, bastando a prática desses atos preparatórios para que haja a punição.

#### **4.7 Terrorismo nacional (ou interno)**

O §2º do art. 5º estabelece o terrorismo interno (ou nacional), sem que haja a pretensão de que seja espalhado para outros países. Ou seja, quando houver esta espécie de terrorismo, a pena será a do crime consumado, com diminuição de metade a dois terços.

Art. 5º

§ 2º Nas hipóteses do § 1o, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência

ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

#### **4.8 Financiamento do terrorismo**

O art. 6º trata do financiamento do terrorismo. Pune aquele que financia com recursos financeiros fornecidos ao grupo terrorista.

Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei:

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.

A pena do financiamento é a mais alta, variando de 15 a 30 anos.

Vale ressaltar que a lei puniu com a mesma pena o financiamento habitual e o eventual.

#### **4.9 Causa de aumento de pena nos crimes de terrorismo**

Segundo o art. 7º, haverá causas de aumento de pena para alguns resultados causados pela conduta terrorista.

Art. 7º Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei, se de algum deles resultar lesão corporal grave, aumenta-se a pena de um terço, se resultar morte, aumenta-se a pena da metade.

Se houver a conduta do terrorismo, causando:

- lesão corporal grave, haverá aumento de pena em 1/3;



- morte, haverá aumento de 1/2 (metade).

Diante disso, indaga-se: Existe algum crime previsto na lei antiterrorismo que já traga a morte ou a lesão corporal inerente ao tipo?

SIM. Aquele previsto no art. 2º, §1º, inciso V, que diz: são atos de terrorismo atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa. Portanto, nesses casos, haverá necessariamente a morte ou a lesão corporal, não devendo ser aplicada essa majorante.

Com relação aos demais delitos, poderá haver a incidência da majorante do art. 7º. Ex.: no caso do art. 2º, §1º, IV (sabotagem), em que o indivíduo se apodera da torre de controle, estará configurado o crime de terrorismo. Se em virtude dessa sabotagem ocorrer a lesão corporal grave ou a morte de alguma pessoa, então haverá a causa de aumento de 1/3 ou de metade, respectivamente.

E se forem muitas mortes?

Trata-se falha do legislador, eis que só poderá haver a fração de 1/3 ou de metade.

Com relação ao número de mortes, o juiz irá usá-la na dosagem da pena. Trata-se de um raciocínio análogo àquilo que o STF tem feito com relação ao crime de latrocínio, em que o número de mortes implica crime único, porém influencia na dosimetria da pena da primeira fase. Se houver muitas mortes, então a primeira fase de aplicação da pena será muito alta.

#### **4.10 Desistência voluntária e arrependimento eficaz nos atos preparatórios?**

O art. 10 está dizendo que, em relação ao art. 5º da Lei (atos preparatórios), aplicar-se-á o art. 15 do Código Penal (desistência voluntária e arrependimento eficaz).

Art. 10. Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

No entanto, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são institutos aplicados somente a partir do início da execução do crime. Logo, por conta desse artigo, mesmo que não se tenha iniciada a execução, poderá o indivíduo se beneficiar da desistência voluntária e do arrependimento eficaz nos crimes que punem atos preparatórios.

## **5- CONCLUSÃO**

O presente artigo discorreu sobre a lei antiterrorismo, trazendo uma análise sobre essa inovação legislativa.

O legislador buscou garantir uma determinação constitucional para que fosse criado o crime de terrorismo, trazendo inclusive o conceito de terrorismo, crime esse sem previsão até a presente inovação legislativa.

## **REFERÊNCIAS**

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 7<sup>a</sup>. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini, BEM, Leonardo Shmitt de. Os atos preparatórios na nova Lei “Antiterrorismo”. Boletim IBCCrim. n. 284, jul. p. 11 – 12, 2016.

## **A INELEGIBILIDADE PELA REJEIÇÃO DE CONTAS E O PARECER PRÉVIO EMITIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL**

**VICTOR TEIXEIRA DE FREITAS:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho tem o objetivo de fazer uma exposição geral sobre os efeitos provocados pelo parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas no âmbito do controle externo das contas do chefe do poder executivo municipal, abordando as principais controvérsias acerca do tema, as quais possuem grande relevância hodierna, ante a possibilidade da configuração da inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar número 64, de 18 de maio de 1990.

**Palavras-chave:** Parecer prévio. Efeitos. Inelegibilidade.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Dos efeitos da emissão do parecer prévio pelo Tribunal de Contas. 2.1 Das espécies de contas analisadas no parecer prévio do Tribunal de Contas 2.2. Dos efeitos produzidos pela emissão pelo Tribunal de Contas do parecer prévio no âmbito do controle externo do chefe do Poder Executivo municipal. 3. Conclusão. Referências.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

Como é cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) atribuiu ao Tribunal de Contas a tarefa de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo do Poder Executivo. Nesse sentido, o artigo 71, inciso I, da CRFB/88, dispõe que o Tribunal de Contas da União deve apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio a ser elaborado em até sessenta dias a contar de seu recebimento. No tocante à esfera municipal, a Carta Constitucional, em seu artigo 31, parágrafo segundo, estatui que o parecer prévio elaborado pelo Tribunal de Contas Estadual<sup>[1]</sup> só deve deixar de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal, veja-se:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle

externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Apesar da clareza do texto constitucional, existe uma histórica divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito dos efeitos proporcionados pela emissão do referido parecer nos casos em que o Poder Legislativo Municipal se mantém silente, existindo basicamente duas correntes colidentes sobre o tema[2]. Para a primeira, o parecer emitido pela Corte de Contas possui caráter apenas opinativo, não gerando quaisquer efeitos imediatos. Por outro lado, a segunda defende que o parecer tem natureza de decisão, produzindo efeitos imediatos, os quais somente findam com a sua rejeição pelo quórum qualificado previsto na CRFB/88.

Essa controvérsia possui importante repercussão prática, tendo em vista a possibilidade da configuração da inelegibilidade por oito anos daquele que teve suas contas definitivamente rejeitadas por decisão do órgão competente. Tal hipótese de inelegibilidade, criada com vistas à garantia da moralidade e probidade administrativas[3], consta no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar número 64, de 18 de maio de 1990, observe-se:

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

Segundo José Jairo Gomes<sup>[4]</sup>, a inelegibilidade apresentada não decorre de ato próprio da Justiça Eleitoral, mas sim da própria rejeição de contas do órgão competente. À Justiça Eleitoral só cabe, em verdade, apreciar “os fatos e as provas que lhe são apresentados”, reconhecendo a inelegibilidade ou afastando-a.

Assim, a depender da adesão a uma das duas correntes acima apresentadas, pode-se chegar a duas conclusões divergentes, quais sejam: (a) o parecer prévio do Tribunal de Contas somente possui natureza opinativa, razão pela qual a inelegibilidade acima exposta só resta configurada com o julgamento realizado pelo Poder Legislativo Municipal; (b) a simples emissão do parecer prévio da Corte de Contas no sentido da rejeição das contas apresentadas pelo chefe do poder executivo municipal já é suficiente para a configuração imediata da mencionada inelegibilidade, a qual só pode afastada com a posterior decisão de ao menos dois terços dos membros da Câmara Municipal.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário número 729744/MG<sup>[5]</sup>, finalmente pode ter encerrado tal controvérsia, indo ao encontro da manutenção da segurança jurídica, conforme será analisado a seguir.

## **2. DOS EFEITOS DA EMISSÃO DO PARECER PRÉVIO PELO TRIBUNAL DE CONTAS**

### **2.1 Das espécies de contas analisadas no parecer prévio do Tribunal de Contas**

Antes de tratar especificamente acerca dos efeitos proporcionados pelo parecer prévio do Tribunal de Contas Estadual, faz-se necessário tecer algumas breves considerações acerca da abrangência do referido documento, de forma a determinar quais são os tipos de contas que são analisados na sua confecção.

De acordo com parte dos tribunais pátrios, o parecer prévio da Corte de Contas só deve analisar as chamadas “contas de governo”, isto é, as contas ligadas diretamente à gestão política do chefe do Poder Executivo, tendo em vista que apenas essas são objeto de controle do Poder Legislativo<sup>[6]</sup>. É que, segundo essa corrente, as ditas “contas de gestão”, que dizem respeito aos gastos do chefe do executivo como um simples ordenador de despesas (e não como um agente político), são diretamente julgadas pelo próprio Tribunal de Contas, sem a

necessidade da emissão de um parecer prévio, aplicando-se neste caso o artigo 71, inciso II, da CRFB/88[7].

Essa posição foi expressamente adotada pela segunda turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança número 12.402/CE[8], oportunidade na qual a ministra relatora Eliana Calmon afirmou o seguinte:

Partindo-se da idéia de que não contém a Constituição palavras inúteis e de que se estendem os princípios constitucionais às três esferas de Poder - União, Estados e Municípios -, podemos afirmar que nos Estados o Tribunal de Contas funciona com a dupla atribuição: órgão auxiliar e órgão julgador. A diferença de atribuições fica na dependência do que se coloca para apreciação. No exercício da função política de gerência estatal, quando são examinados os atos de império na confecção, atuação e realização orçamentária, é o Tribunal órgão opinativo e, como tal, assessora tecnicamente o Legislativo, a quem compete o julgamento das contas do chefe político: Prefeito, Governador e Presidente da República (art. 71, inciso I, c/c o art. 49, IX, da CF/88). Diferentemente, quando examina o agir do ordenador de despesas, o Tribunal de Contas vai além, porque lhe compete julgar tais contas.

Dessa feita, a título ilustrativo, o respeito aos percentuais mínimos referentes à aplicação de recursos em educação pelo chefe do Poder Executivo municipal (gasto do chefe do executivo relacionado à própria gestão política) seria objeto de julgamento pela Câmara Municipal, mediante o parecer prévio do Tribunal de Contas, ao passo que determinado ato de licitação (atuação do chefe do executivo como ordenador de despesas) seria objeto de julgamento diretamente pela Corte de Contas.

Esse também é o entendimento de grande parte da doutrina. Edson de Resende Castro[9], por exemplo, afirma que:

O certo é que o Tribunal de Contas, quando examinando a execução da despesa pública, ou seja, esse



Segundo grande parte da doutrina, com a edição da “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar número 135, de 4 de junho de 2010), a qual modificou a Lei Complementar número 64, de 18 maio de 1990, determinando a “aplicação do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão dos mandatários que houverem agido nessa condição”, o legislador deixou nítida a sua intenção de que a inelegibilidade resultante da rejeição das contas do agente político também decorre da apreciação feita pelo Tribunal de Contas<sup>[11]</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, porém, na análise do já citado Recurso Extraordinário 729744/MG, aclarou sua posição acerca do tema, adotando, acertadamente, a tese no sentido de que o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas possui caráter meramente opinativo, não se confundindo, portanto, com uma decisão, razão pela qual não produz efeitos imediatos. Sendo assim, apenas após a confirmação da rejeição de contas pela Câmara Municipal é que o Prefeito pode ser considerado inelegível.

De acordo o ministro Gilmar Mendes, relator do referido processo, a expressão “só deixará de prevalecer”, utilizada no artigo 31, parágrafo segundo, da CRFB/88 (já citado), interpretada de forma sistêmica, apenas ressalta a necessidade do quórum qualificado de dois terços dos vereadores para a rejeição do parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

Caso fosse possível a produção imediata de efeitos após a emissão de tal parecer, haveria uma espécie de julgamento ficto das contas do chefe do Poder Executivo, o que não é permitido pelo atual ordenamento jurídico. Nas palavras do mencionado ministro:

O ordenamento jurídico pátrio não admite o julgamento ficto de contas, por decurso de prazo, sob pena de, assim se entendendo, permitir-se à Câmara Municipal delegar ao Tribunal de Contas, que é órgão auxiliar, competência constitucional que lhe é própria, além de se criar sanção ao decurso de prazo, inexistente na Constituição. Do mesmo modo, não se conformam com o texto constitucional previsões normativas que considerem recomendadas as contas do município nos casos em que o parecer técnico não seja emitido no prazo legal, permitindo



às Câmaras Municipais o seu julgamento independentemente do parecer do tribunal de contas.

Além dos argumentos acima apresentados, cabe ponderar que o artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar número 64, de 18 de maio de 1990, que trata sobre a hipótese da inelegibilidade pela rejeição de contas, dispõe que a decisão de rejeição das contas deve ser irrecorrível e proferida pelo órgão competente, o qual só pode ser o Poder Legislativo municipal, conforme o decidido no já mencionado Recurso Extraordinário número 848826/DF.

Ainda, é relevante a ressalva feita pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que a aprovação das contas do chefe do Poder Executivo municipal pela Câmara Municipal tem o mero condão de afastar a sua inelegibilidade, não obstante, entretanto, a possibilidade de sua responsabilização nos âmbitos civil, criminal ou administrativo.

Destarte, conclui-se que, apesar do entendimento doutrinário em sentido contrário, somente com a decisão da Câmara Legislativa no sentido de rejeitar as contas apresentadas pelo chefe do Poder Executivo é que haverá a configuração da inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar número 64, de 18 de maio de 1990.

### **3. Conclusão**

Pelo exposto, conclui-se que o parecer técnico emitido pelo Tribunal de Contas no âmbito do controle externo do chefe do Poder Executivo municipal possui natureza meramente opinativa, podendo ser rejeitado pelo quórum qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal, não produzindo efeitos imediatamente.

Esse parecer prévio deve conter não apenas as “contas de governo” do chefe do Prefeito, mas também as suas “contas de gestão”, ante a competência do Poder Legislativo municipal para a apreciação da regularidade de ambas.

Sendo assim, é descabida a rejeição do registro da candidatura do candidato que ainda não tenha tido suas contas definitivamente rejeitadas pelo

Poder Legislativo municipal, o que poderá dar ensejo à adoção das medidas jurídicas cabíveis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 12 nov. 2016.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2012.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 436, 2016.

## NOTAS:

[1] Ou pelo Tribunal de Contas Municipal, no caso dos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro, em razão do artigo 31, parágrafo quarto, da CRFB/88.

[2] LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 436, 2016.

[3] GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, p. 206, 2014.

[4] *Ibid.*

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 729744/MG. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Jordão Viana Teixeira. Relator atual: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico.

[6] LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 442, 2016.

[7] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas

daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança número 12.402/CE.

[9] CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Delrey, p. 222, 2012.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 848826/DF. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator atual: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 22 de outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico.

[11] CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Delrey, p. 227, 2012.

## DEMOCRACIA FORMAL E SUBSTANCIAL

**LEONARDO CORRÊA DOS SANTOS:** Analista Judiciário na Justiça Eleitoral há mais de 11 anos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2004). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/Praetorium (2008).

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto estudar as concepções formal e material de democracia, bem como apontar caminhos para a realização do instituto em toda a sua amplitude. Sob o aspecto formal, a democracia se concretiza pela a paz, a tolerância e o respeito em todos os aspectos da vida em comunidade, bem como pela positivação jurídica e pela efetiva aplicação de regras e procedimentos virtuosos – de caráter objetivo – para obtenção e para exercício do poder estatal por intermédio de mandatos políticos eletivos ou por meio de instrumentos de democracia participativa. Sob aspecto substancial, ela exige que as Constituições e os governos constituídos devem reconhecer e ter como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social, da igualdade material em todas as instâncias da vida em comunidade, isto é, nos âmbitos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Devem proporcionar bem-estar de todos os governados e combater a quaisquer formas de opressão. A democracia exige, necessariamente, o atendimento simultâneo desses 02 (dois) ângulos. A Constituição brasileira de 1988 – adotando essa mentalidade – forneceu todo o instrumental jurídico para que no Brasil se efetive uma democracia plena. Para tanto, no plano concreto, dentre diversas outras ações, faz-se necessário: (1) a atuação dos Poderes da República e do Ministério Público, no âmbito de suas respectivas competências, no intuito de fortalecer a democracia; (2) a efetiva utilização dos instrumentos da democracia participativa e (3) a luta pela isonomia econômica e pela implementação de políticas públicas de forma a possibilitar que os economicamente menos favorecidas possam ser eleitos para os cargos políticos representativos.

**Palavras-chaves:** democracia formal; democracia material; Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; democracia participativa; isonomia no

aspecto econômico; políticas públicas; eleição; cargos políticos representativos.

---

## 1 - INTRODUÇÃO

Em que pese multiplicidade de conceitos sobre o que venha a ser democracia, qualquer sistema político deve observar algumas características elementares, que são pontos de convergência ideológica entre os que fazem uma análise imparcial – e não de acordo com interesses ilegítimos – do instituto.

Tais pontos são melhores entendidos por intermédio do estudo da democracia em sentido formal e em sentido material. Se não existe consenso absoluto, o bom-senso doutrinário costuma estabelecer ideias similares a respeito desses termos.

Ademais, existe um pensamento preponderante no sentido de que a verdadeira democracia exige a junção tanto de sua faceta formal, quanto de sua faceta material.

Em razão disso, o presente trabalho se dedicará ao estudo desses dois sentidos de democracia, bem como a apontar caminhos para a realização do referido instituto em toda a sua amplitude.

## 2 – DEMOCRACIA FORMAL E DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

### 2.1 – Importância do Tema

O termo democracia não é unívoco e comporta diversas conceituações de acordo com a teoria – clássica, medieval, moderna – ou sistema político-econômico – liberal, socialista – levados em consideração.

Na verdade, cada corrente ideológica costuma emprestar ao termo a concepção que melhor atende às suas finalidades / interesses. Mesmo os governos ditatoriais – que são indiscutivelmente antidemocráticos – se

autodenominam democráticos. Aliás, dificilmente um governo autoritário se classificaria como ditadura, uma tirania ou uma oligarquia.<sup>[1]</sup>

Portanto, essa diversidade de conceitos é ocasionada, em parte, por divergência ideológicas – nos campos político e econômico –; em parte por má-fé daqueles que querem definir os Governos autoritários dos quais fazem parte como democráticos.

Logo, é plenamente pertinente a afirmação de PAULO BONAVIDES no sentido de que “...raros termos de ciência política vêm sendo objeto de tão freqüentes abusos e distorções como a democracia” (BONAVIDES. **Ciência política**: 2016, p. 287).

Existem várias concepções a respeito do que venha ser democracia. Todavia, ressalta NORBERTO BOBBIO, que “o único ponto” sobre o qual as Democracias liberais e as Democracias populares poderiam concordar é que “...a Democracia perfeita – que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto – deveria ser simultaneamente formal e substancial” (BOBBIO: 2010, p. 329).

Ao se analisar essa sentença, não se deve enfatizar o fato de a humanidade não ter alcançado a “democracia perfeita” até o presente momento. Aliás, essa imperfeição é fruto da própria imperfeição das pessoas que dão vida, no mundo real, ao instituto teorizado no mundo do dever ser.

O proveitoso da consideração de BOBBIO é que ela nos remete a seguinte conclusão: todos devem buscar a construção e o desenvolvimento – simultaneamente – tanto dos elementos formais, quanto dos elementos substanciais do conceito de democracia.

*No tocante ao problema socioeconômico, convém ressaltar que a democracia não se prende a nenhum sistema próprio. Os sistemas econômicos, normalmente, são distintos dos sistemas políticos, de sorte que a democracia, dentro da sua estrutura e sem a supressão dos seus postulados essenciais, comporta qualquer*

*regime econômico, seja de natureza liberal, socialista ou corporativo, podendo ainda, como é frequente, compor um sistema eclético.*

*(MALUF: 2013, p. 315)*

Apesar de suas imperfeições, o instituto deve ser estudado e aperfeiçoado, pois é a melhor forma de organização social que se tem conhecimento. Isso porque ela parte da ideia de que todos os homens são livres e iguais em direitos e deveres, razão pela qual, à luz do pensamento democrático, são ilegítimas quaisquer doutrinas ou atitudes de superioridade ou opressão de uma pessoa sobre os seus semelhantes.

*....partindo-se do conceito de que ela deve ser o governo do povo, para o povo, verificar-se-á que as formas históricas referentes à prática do sistema democrático tropeçam por vezes em dificuldades. Essas dificuldades procedem exatamente – assim pensam os seus panegiristas – de não logarmos alcançar a perfeição, na observância deste regime, o que, de outra parte, não invalida, em absoluto, segundo dizem, a diligência que nos incumbiria fazer por praticá-lo, visto tratar-se da melhor e mais sábia forma de organização do poder, conhecida na história política e social de todas as civilizações.*

*(BONAVIDES: 2016, p. 286)*

Necessário, portanto, entender os aspectos que serão aqui estudados, para que se possa desenvolvê-los, concretamente, dentro de uma sociedade. Razão pela qual, a partir de agora, abordar-se-á essas concepções.

## 2.2 – Democracia Formal

A democracia formal se concretiza pela a paz, tolerância e respeito<sup>[2]</sup> em todos os aspectos da vida em comunidade, bem como pela positivação jurídica e

pela efetiva aplicação de regras e procedimentos virtuosos – de caráter objetivo – para obtenção e para exercício do poder estatal por intermédio de mandatos políticos eletivos ou por meio de instrumentos de democracia participativa.<sup>[3]</sup> Para que sejam legítimas, essas normas devem garantir que a vontade popular seja, de fato, a fonte do poder político.

Ela se caracteriza pelos chamados “*comportamentos universais*’ (*universali procedurali*), mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso (como mostra a co-presença de regimes liberais e democráticos ao lado dos regimes socialistas e democráticos)” (BOBBIO: 2010, p. 328).

Trata-se de atribuir um “*significado essencialmente comportamental e não substancial*” à democracia, adotando-se uma “*orientação favorável a certos valores que são normalmente considerados característicos do ideal democrático*” (BOBBIO: 2010, p. 326). Dentre esses valores, incluem-se as seguintes orientações: (I) a solução pacífica dos conflitos sociais; (II) a eliminação da violência institucional no limite do possível; (III) o frequente revezamento da classe política e (IV) a tolerância.<sup>[4]</sup>

No que diz respeito ao frequente revezamento da classe política, SAHID MALUF afirma que, são pressupostos do conceito de democracia formal “*os princípios da temporariedade e eletividade das altas funções legislativas e executivas*” (MALUF: 2013, p. 313).

De fato, para se respeitar a vontade da maioria, os representantes do povo devem ser eleitos. Esses cargos devem ser temporários e colocados em disputa em eleições livres, justas e periódicas, pois o poder pertence – de forma inalienável – ao povo, jamais a um governante.

Em razão dos mesmos argumentos, é incompatível com a democracia a existência de eleições para mandatos extremamente longos. Por isso, em países democráticos, os mandatos políticos eletivos costumam durar períodos como 4 (quatro) ou 5 (cinco) anos, por exemplo.<sup>[5]</sup>

Segundo NORBERTO BOBBIO, na teoria política contemporânea, o elenco das regras do jogo democrático ou “*procedimentos universais*” abrangeria ao menos os as premissas abaixo elencadas:



1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direita ou indiretamente eleitos pelo povo; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

(BOBBIO: 2010, p.326-327)

Deve-se destacar que, em que pese o acerto da maioria das considerações acima, a afirmação de que “*todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção (...) possivelmente de sexo, devem ser eleitores*” (destacou-se) está, ao menos, desatualizada ao não ser precisa quanto ao voto feminino.

Mulheres e homens possuem, necessariamente, o mesmo direito de votar e de serem votados. O voto universal implica, justamente, em permitir que todos os cidadãos possam votar. Quaisquer limitações devem ser de ordem objetiva, além de atender aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, como por exemplo, não permitir que votem pessoas menores de 16 (dezesesseis) anos, bem como os absolutamente incapazes.

Em razão disso, é incogitável aceitar como plenamente democrático um Estado que faça distinção entre os sexos, seja quanto à possibilidade de ser eleitor, seja quanto à possibilidade de ser eleito. Sendo mais enfático: limitar a participação feminina na política não é uma atitude aceitável em uma sociedade que pretenda ser reconhecida como democrática. Ao contrário, essa participação deve ser estimulada de forma especial, para que se ponha fim a essa desigualdade histórica.<sup>[6]</sup>

Ressalta-se também que os procedimentos universais buscam definir “*como se deve chegar à decisão política*”, mas não estabelecem o que deve ser decidido. Ademais, não basta a existência de tais regras, mas também é importante o modo como elas são aplicadas (BOBBIO: 2010, p. 327). Assim, além de estarem previamente positivadas em um ordenamento jurídico, essas normas devem ser aplicadas da forma como estão dispostas nas normas jurídicas.

As referidas regras traçam a perspectiva doutrinária do que seria uma democracia ideal sob o aspecto apenas formalista. Portanto, é perfeitamente possível haver um regime político que não atenda a alguns desses requisitos, mas, mesmo assim, seja democrático.

*Certamente nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras; e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser*

*observadas para que um regime possa dizer-se democrático. Pode afirmar-se somente que um regime que não observa nenhuma não é certamente um regime democrático, pelo menos até que se tenha definido o significado comportamental de Democracia.*

*(BOBBIO: 2010, p. 327).*

Notícia NORBERTO BOBBIO<sup>[7]</sup> que na “...teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se” nos referidos procedimentos universais (destacou-se). O que, conforme verá ao longo da exposição, é uma visão incompleta do instituto.

Ademais, entende-se que, atualmente, para serem considerados democráticos, os Estados devem oportunizar a utilização de instrumentos de democracia participativa, no sentido de possibilitar que os cidadãos decidam questões alta relevância, em relação as quais eles não desejem ser representados, de forma direta e pessoal.

### 2.3 – Democracia Substancial

Restringir a democracia a ordenanças de ordem política e eleitoral constitui uma visão incompleta do instituto, focada apenas na faceta procedimental dele.

Nesse ponto, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – com acerto – denomina de Estados “pseudodemocráticos” os países apenas formalmente democráticos (MELLO: 1998, p. 59)<sup>[8]</sup> (destacou-se).

Não se está aqui negando o fato de que a existência de regras e ritos democráticos positivados no ordenamento jurídico, bem como o respeito a tais regras – principalmente nos momentos de grandes crises políticas – são aspectos de importância fundamental para a consolidação da democracia.

O que se defende é que a ideia de democracia não pode se resumir a isso. Um governo ditatorial que violenta os direitos humanos básicos, como os direitos

à vida, à liberdade e à isonomia pode atender grande parte das exigências da democracia formal. Isso, porém, não o torna democrático.

Logo, fica clara a necessidade de que os governos tragam, também, benefícios efetivos às pessoas. Portanto, também são fundamentais os traços substanciais do instituto.

A democracia substancial exige que as Constituições e os governos reconheçam e tenham como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social, da igualdade material em todas as instâncias da vida em comunidade, isto é, nos âmbitos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Devem proporcionar bem-estar de todos os governados (e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais) e combater a quaisquer formas de opressão.

A democracia, nessa perspectiva, *“...faz referência provavelmente a certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo”*. Trata-se da Democracia que *“;indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica”* (BOBBIO: 2010, p. 328-329) e o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Bem afirma CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que a *“igualdade real e não apenas formal”, a “segurança social”, o “respeito à dignidade humana”, a “valorização do trabalho”, a “justiça social”* são *“valores substancialmente democráticos”*. (MELLO: 1998, p. 68).

*O mestre norte-americano Charles Merriam procura definir esse ambiente [da democracia substancial] enumerando vários postulados essenciais: 1º) a dignidade do homem e a importância de se lhe dispensar tratamento fraternal, não discriminativa; 2º) a perfectibilidade do homem e a confiança nas suas possibilidades latentes, em contraposição à doutrina de castas rígidas, classes e escravidão; (...)*

(MALUF: 2013, p. 313)

Os regimes democráticos são “*garantias*” dos direitos humanos fundamentais (SILVA: 2016, p. 127) ou ao menos em tese. Segundo o SAHID MALUF, “...*a democracia consiste em um sistema de organização política no qual: (...) 5º os direitos fundamentais do homem são reconhecidos e declarados em ato constitucional, proporcionando o Estado os meios e as garantias tendentes a torná-los efetivos*” (MALUF: 2013, p. 315).

A igualdade formal quanto ao acesso e ao exercício do poder político são metas da democracia formal; a igualdade social e econômica são finalidades da democracia substancial.

Portanto, nesta última concepção, exige-se a materialização de direitos e conquistas sociais. Vazio é o discurso que trata a democracia apenas como técnica de obtenção e exercício do poder, sem atribuir a ela a capacidade de ser um meio eficaz para se obter conquistas palpáveis na vida das pessoas.

## 2.4 – Independência e Relação entre os Conceitos

Para alguns doutrinadores, a democracia formal integra parte do conceito da democracia substancial ou uma etapa para se atingir esta última.<sup>[9]</sup> Por esse entendimento, o estado verdadeiramente democrático seria aquele que vai além da democracia formal, atingindo, também, a substancial.

Entretanto, parece ser mais adequado visualizar tais conceitos como distintos e não continentes, pois cada um deles aborda aspectos políticos diferentes, conforme exposto nos tópicos anteriores.

Essa é a posição de NORBERTO BOBBIO. Para ele, a democracia formal indica meios – regras de comportamento – “...*independentemente da consideração dos fins*”; a democracia substancial, por sua vez, indica fins, objetivos, “...*independentemente dos meios adotados para os alcançar*” (BOBBIO: 2010, p. 329).

Logo, a afirmação de DALMO DE ABREU DALLARI no sentido de que o Estado Democrático é “*aquele em que o próprio povo governa*” (DALLARI, 2016, p. 151)

bem se encaixa no conceito formal de democracia. Por outro lado, o pensamento de que o governo democrático é aquele que busca o bem de todos se enquadra no conceito substancial.

Cumpra esclarecer que essa diferença de posicionamentos doutrinários, felizmente, não altera o fato de que a democracia é composta por elementos formais e materiais, sendo um equívoco apontar como democrático um Estado que reconhece e/ou efetiva apenas um desses aspectos.

Todavia, ver o fenômeno de acordo com a última posição possibilita compreender com maior clareza a existência de dois tipos de estados não democráticos:

(1) aqueles que possuem um sistema político-jurídico formalmente democrático, porém não objetivam o bem comum, a justiça social, o reconhecimento e a concretização de direitos humanos. Isso ocorre frequentemente em países do chamado Terceiro Mundo, nos quais as elites econômicas usam o poderio financeiro para atingir o poder político e, uma vez alcançado esse objetivo, utilizam-no para tutelarem apenas os seus próprios interesses;

(2) aqueles que são substancialmente democráticos, mas que não consagram ou não respeitam regras básicas a respeito transição e do exercício do Poder. Possuir características substancialmente democráticas não implica dizer que esse Estado possua um sistema político democrático. Essa situação foi e é comum em ditaduras comunistas ou populistas.

*...foi observado (Macpherson) que o conceito de Democracia atribuído aos Estados socialistas e os Estados do Terceiro Mundo espelha mais fielmente o significado aristotélico antigo de Democracia[10]. Segundo este conceito, a Democracia é o Governo dos pobres contra os ricos, isto é, é um Estado de classe, e tratando-se da classe dos pobres, é o Governo da classe mais numerosa ou da maioria (e é esta a razão pela qual a*

*Democracia foi mais execrada do que exaltada  
no decurso dos séculos).*

*(BOBBIO: 2010, p. 328)*

Isso porque, caso se afirme que a democracia formal integra parte do conceito da democracia substancial ou é uma etapa para se atingir esta última, fica ilógico catalogar a existência de Estados apenas substancialmente democráticos, separando-os – como fenômenos distintos. Ora, pelo ponto de vista de que um conceito engloba o outro, quando não existe o aspecto formal do instituto, não se poderia falar em qualquer evolução sob o aspecto material. Todavia, as ditaduras socialistas do século XX provam que essa conclusão não é verdadeira, já que elas obtiveram inúmeras conquistas sociais – presença da democracia substancial –, mas, lamentavelmente, sufocaram e perseguiram as pessoas que pensavam de forma diferente sob o aspecto político – ausência da democracia formal.

Por outro lado, essa distinção não nega o fato de que as perspectivas formal e substancial se potencializam reciprocamente. Isso porque, em um ambiente em que os instrumentos políticos e jurídicos de acesso e exercício do poder são efetivamente democráticos, a participação popular nos negócios públicos se torna mais intensa e eficiente a busca da justiça social, da concretização dos direitos fundamentais, da igualdade material e dos demais finalidades da democracia substancial.

Este aspecto material, por sua vez, especialmente na sua vertente da igualdade social e econômica, termina por tornar mais eficiente a democracia formal, pois, para se viabilizar a ampla participação das pessoas no processo político-eleitoral, independentemente da condição econômica e social, não só na condição de eleitores, mas de candidatos e no exercício dos instrumentos de democracia direta, deve-se viabilizar, sob o ponto de vista econômico, essas formas de atuação popular. Conforme se verá adiante, os fatores substanciais contribuem muito para isso, como a superação da pobreza extrema e a igualdade de oportunidades acadêmicas e econômicas.

## 2.5 – Conceituação de Democracia

ABRAHAM LINCOLN conceituou democracia como “...o governo do povo<sup>[11]</sup>, pelo povo e para o povo” (LINCOLN: 1863). “O governo do povo” e “pelo povo” refere-se à democracia como método de obtenção e exercício do Poder – assunto da democracia formal; o governo “para o povo”, por sua vez, refere-se aos objetivos (virtudes e valores) a serem buscados no exercício do Poder – assunto da democracia substancial.<sup>[12]</sup>

*“Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo) de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo<sup>[13]</sup>). Governo para o povo há de ser aquele que procure libertar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.*

*(SILVA: 2016, p. 137).*

-----

*...na longa história da teoria democrática se entrecruzam motivos de métodos e motivos ideais, que se encontra perfeitamente fundidos na teoria de Rousseau segundo a qual o ideal igualitário que a inspira (Democracia como valor) se realiza somente na formação da vontade geral (Democracia como método), ambos os significados são legítimos historicamente.*

*(BOBBIO: 2010, p. 328).*



Apesar de a definição de LINCOLN facilitar a compreensão de democracia, deve-se atentar para pertinente observação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, no sentido de que o referido instituto é *“muito mais do que” governo; “...é regime, forma de vida e, principalmente, processo”* (SILVA: 2016, p. 137).

De fato, quando se olha para a definição do famoso estadista, deve-se lembrar que a matriz das 03 (três) acertivas deve ser, em um primeiro momento, a sociedade e, em seguida, a Constituição. Portanto, o espírito democrático, seja nos aspectos formais, seja nos aspectos substanciais nasce na mentalidade das pessoas, depois desenvolve-se no consciente da sociedade. Essa sociedade manifesta a consciência democrática coletiva, inicialmente, em sua Constituição (e, de forma mais detalhada, nas leis); depois, deve buscar conservar – diga-se, impor – esse espírito democrático no processo de ascensão ao Governo, no exercício do Poder, nos fins governamentais, bem como no agir do governo e da sociedade civil.

*... a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação com o poder político, também é um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.*

*(SILVA: 2016, p. 128). (destacou-se)*

Assim, um Estado democrático tem muito mais do que um governo democrático, tem um processo político democrático – nas eleições e no exercício do governo – uma sociedade democrática, tem uma economia democrática e assim por diante. O poder popular, portanto, estende-se sobre todos os aspectos da vida social.

*Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e*

*exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador.*

*(...) o conceito de democracia fundamenta-se na existência de vínculo entre povo e poder. Como este recebe qualificações na conformidade de seu objeto e modo de atuação, chama-se poder político, poder econômico, poder social, a liberação democrática vai-se estendendo, com o correr do tempo, a esses modos de atuação do poder.*

*(SILVA: 2016, p. 135) (destacou-se)*

O fato de a democracia também se manifestar em um governo de todos e para todos exige que as pessoas tenham liberdade de expressão, de opinião, de escolhas política, bem como diversas outras garantias, sob pena de, na verdade, vigorar um outro regime político disfarçado de democracia.[\[14\]](#)

A democracia exige liberdade para ser exercida – liberdade como meio – e tem como fim o aperfeiçoamento das liberdades individuais, sociais e políticas – liberdade como fim. “Para Kelsen, a democracia é sobretudo um caminho: o da progressão para a liberdade” (BONAVIDES: 2016, p. 287).

Existe também um certo consenso de que democracia tem como alicerces os ideais de igualdade e liberdade e, conseqüentemente, implica no repúdio à opressão. Ela estatui que as decisões respeitem a vontade majoritária[\[15\]](#) e que essas decisões são aceitáveis somente se não forem arbitrárias. Nesse sentido, por exemplo, a maioria deve respeitar a existência e os direitos das minorias – que são constituídas por pessoas também livres e iguais em direitos e deveres.

Dito isso, sem ter a menor pretensão de exaurir o significado do instituto, externa-se o seguinte conceito: Democracia é um modo de ser de um povo, caracterizado pela busca da paz, da tolerância, do respeito, da liberdade e da igualdade (formal e material) nos âmbitos público e privado – isto é, nos campos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Para tanto, ela tem como requisitos: (1) que os poderes social, estatal, político e econômico emanam do povo – e não de um monarca ou de uma parcela desse povo –; (2)

que o povo sempre deve exercer esses poderes, de forma direta, por meio de instrumentos de democracia participativa, ou indireta, por meio de cargos políticos eletivos; (3) que a ascensão aos referidos cargos deve se dar de acordo com regras e procedimentos objetivos e pré-estabelecidos na Constituição e nas leis e (4) que as Constituições e os governos reconheçam e tenham como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social; do bem-estar de todos os governados e do combate a quaisquer formas de opressão.

### 3 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DEMOCRACIA FORMAL E SUBSTANCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1.988

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou, de forma clara um sistema político tanto formal, quanto substancialmente democrático. O *caput* do art. 1º<sup>[16]</sup>, deixa claro que o Brasil desta nova ordem constitucional é um “Estado Democrático de Direito”. Trata-se de “...um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (CRFB, art. 1º, p. único)” (SILVA: 2016, p. 127). Não se refere aqui a uma mera reunião formal dos elementos do Estado Democrático e do Estado de Direito, “...na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo”. (SILVA: 2016, p. 114 e 121) (destacou-se).

*...a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.*

(...)

*A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitores (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.*

(SILVA: 2016, p. 120/121) (destacou-se)

Assim – quanto à faceta formal desse Estado Democrático de Direito – pode-se destacar: (1) a consagração do pluralismo político como fundamento da República (art. 1º, inc. V); (2) o reconhecimento de que “...o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, p. único); (3) o estabelecimento do sufrágio universal e o “voto direto e secreto, com valor igual para todos” e periódico (arts. 14, *caput*, e 60. § 4º, inc. II); (4) os instrumentos de democracia participativa; (5) o pluralismo partidário e a autonomia dos partidos (art. 17); (6) a disciplina da duração dos mandatos políticos – em regra, de 4 (quatro) anos, com exceção no mandato de Senador, que é de 8 (oito) anos –; (7) a fixação de regras a respeito da quantidade de cargos de Senadores, Deputados Federais, Estaduais, Distritais, bem como de Vereadores; (8) o estabelecimento de normas básicas para eleições; (9) a previsão expressa dos poderes e das obrigações atribuídos aos entes federados e aos Poderes da República; (10) a preocupação em estabelecer hipóteses em que cabe a intervenção federal e a intervenção estadual (arts. 18/36, 44/91).

Quanto à faceta substancial: (1) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república (art. 1º, inc. III); (2) a previsão, entre os objetivos da República, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalização; da redução das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem estar de todos, repudiando-se preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. I, III e IV); (3) a previsão de uma quantidade generosa de direitos e garantias fundamentais em diversos artigos da Constituição, destacando-se aqui os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (arts. 5º/14, 150, dentre outros)[17].[18]

#### 4 – CIRCUNSTÂNCIAS, INSTITUTOS E INSTRUMENTOS IMPORTANTES NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

##### 4.1 – Contextualização

Neste capítulo se pretende destacar elementos importantes para a construção da democracia plena, isto é, do Estado que seja, simultaneamente, formal e materialmente democrático.

Desde já se destaca que a enumeração abaixo não é exaustiva, mesmo porque democracia é um assunto discutido a mais de 2000 (dois mil) anos. Razão pela qual, não se tem qualquer pretensão de esgotá-lo. Ao contrário, busca-se destacar apenas os aspectos que se entende mais relevantes do ponto de vista prático.[19]

##### 4.2 – Atuação dos Três Poderes da República e do Ministério Público

Como visto, na Constituição constam normas formais e substancialmente democráticas. Os três poderes da República e o Ministério Público – dentro de suas áreas de atuação – devem buscar efetivar essas regras e princípios.

O Poder Legislativo deve produzir normas que busquem dar efetividade máxima para esses preceitos constitucionais, não podendo jamais produzir normas que busquem enfraqueçam a democracia.

A atuação do Poder Executivo deve ser no sentido de cumprir as normas Constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo democrático, efetivando os direitos e garantias fundamentais e jamais utilizar do Poder bélico – militar ou policial – ou econômico para impedir o funcionamento dos demais Poderes da República, do Ministério Público e dos diversos entes federados.

Além disso, a CRFB contém diversas disposições em que determinam a participação da sociedade civil na administração pública, que será abordada ao se tratar da democracia participativa.

O Poder Judiciário deve garantir que as regras e princípios constitucionais sejam obedecidos. Aqui, cabe destacar a atuação da Justiça Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal na condução das eleições, de forma a garantir a lisura do processo – elemento de democracia formal. Ademais, deve-se coibir o abuso do poder político ou econômico (CRFB, art. 14, §§ 9º ao 11<sup>[20]</sup>): aqueles que pleiteiam o acesso ao exercício do Poder devem estar em condições de igualdade material – elemento de democracia substancial.

Outro fator substancialmente democrático é a atuação do Supremo Tribunal Federal – além de diversos Tribunais e Juízes brasileiros – na busca da efetivação do direito ao acesso de todos ao mínimo existencial.

*EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) –  
MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA  
À SAÚDE DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL  
RESULTANTE DE NORMA  
CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO  
CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO  
INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO  
MUNICÍPIO – DESRESPEITO À  
CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR  
INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) –  
COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A  
AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA  
REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO*

DA RESERVA DO POSSÍVEL:  
RECONHECIMENTO DE SUA  
INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A  
INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER  
COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE  
QUALIFICA O MÍNIMOEXISTENCIAL (RTJ  
200/191-197) – O PAPEL DO PODER  
JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA  
CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO  
PODER PÚBLICO – A FÓRMULA  
DA RESERVA DO POSSÍVEL NA  
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS  
DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA  
INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO  
INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS  
DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE  
IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A  
TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS  
RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS  
LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E  
VINCULANTE DAS NORMAS  
CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS  
DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE  
VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA  
DA SAÚDE(CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A  
QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A  
COLMATAÇÃO DE OMISSÕES  
INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE  
INSTITUCIONAL FUNDADA EM  
COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS  
JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA  
UMA POSITIVA CRIAÇÃO  
JURISPRUDENCIAL DO DIREITO –  
CONTROLE JURISDICIONAL DE

LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMOEXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/12 12-12 13 – RTJ 199/12 19-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(STF. ARE 745745 Agr/ **MG.**

**Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.**

**Julgamento: 02/12/2014. Órgão**

**Julgador: Segunda Turma.**

**Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.**

*Decisão unânime) (destacou-se)*

Por fim, o controle de constitucionalidade em si pode ser tanto instrumento de efetivação da democracia formal, quanto da substancial, de acordo com o objeto desse controle. Exemplo da primeira situação seria o controle de constitucionalidade no intuito de garantir o respeito às regras do jogo democrático, como, por exemplo, o princípio da anualidade eleitoral, pelo qual “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (CRFB, art. 16, com redação dada pela EC n.º 4/1993). Quanto à substancial, a atuação judicial no sentido de garantia do mínimo existencial disposto na Constituição de 1988 – acima mencionada.



No que concerne ao Ministério Público, a Constituição de 1988 determinou, expressamente, que ele defendesse o regime democrático (art. 127[21]). Esta atuação não se refere apenas aquela exercida perante a Justiça Eleitoral[22], mas à luta pela manutenção e aperfeiçoamento da democracia em todos os aspectos.

#### 4.3 – Democracia Participativa[23]

A democracia participativa se manifesta em um tipo de democracia chamada de semidireta.[24] Ela mescla elementos das democracias direta e indireta. Na verdade, é uma forma mais evoluída de democracia indireta, pois busca possibilitar ao povo a participação direta na tomada de decisões políticas fundamentais.

Nela, o poder político, apesar de pertencer ao Povo, é exercido, em regra, pelos representantes desse povo, que são os ocupantes dos mandatos políticos representativos – Chefes do Poder Executivo e Parlamentares – democraticamente eleitos. Todavia, em determinadas hipóteses, o povo exerce diretamente o poder. Assim, quando o poder é exercido por representantes se dá a democracia indireta ou representativa; quando esse poder é exercido diretamente pelo povo, manifesta-se a democracia direta ou participativa. Por isso o nome “democracia mista”. O Brasil adota esse tipo de democracia (CRFB, arts. 1º, p. único, e 14).

Enquanto a democracia indireta tem como ponto central o mandato político representativo, alcançado mediante eleições; a democracia semidireta, por sua vez, tem seu centro ocupado por dois elementos: (1) o mandato político eletivo (democracia representativa) e (2) a participação direta e pessoal do povo nas decisões políticas (democracia participativa).

Portanto, a democracia participativa consiste na participação – pessoal e direta – do povo nas principais decisões estatais por intermédio de instrumentos específicos que cada ordenamento jurídico reconhece.

*...qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual da expressão. A eleição consubstancia o princípio*

*representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo.*

O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.

(SILVA: 2016, p. 143)

No mencionado exercício direto do poder (CRFB, art. 1º, p. único), o próprio povo, sem qualquer representação, atua de forma política nos negócios estatais, aceitando ou rejeitando uma norma ou uma política pública; escolhendo qual medida deve ser adotada; levando ao legislativo um projeto de lei de iniciativa popular e assim por diante.

Essa decisão pessoal e direta se dá por intermédio dos instrumentos da democracia participativa, dentre os quais estão positivados na Constituição de 1988:

- (1) o plebiscito (art. 14, inc. I)
- (2) o referendo (art. 14, inc. II);
- (3) a iniciativa popular de lei (art. 14, inc. III)

A execução desses três primeiros institutos foi regulamentada na Lei n.º 9.709/1988. De acordo com essa norma, “o Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.”. Entretanto, enquanto “o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”; “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”. (Lei n.º 9.709/1988, art. 2º, caput, §§ 1º e 2º) (destacou-se).

Quanto à iniciativa popular de lei, como próprio nome indica, consiste na possibilidade de a comunidade dar início ao procedimento legislativo destinado a criar uma norma jurídica. No âmbito da União, ela *“...pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo,*

*um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (CRFB, art. 61, § 2º).*

A Constituição também prevê a existência do instituto em âmbito estadual (art. 25, § 4º), bem como dispõe que os Municípios devem disciplinar, em suas respectivas Leis Orgânicas, *“a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico dos Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado”* (art. 29, inc. XIII). Assim, de forma implícita, o Distrito Federal também foi autorizado a criar o instituto.[\[25\]](#)

(4) a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão para buscar *“...anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”* (art. 5º, inc. LXXIII);

(5) a determinação de que as contas dos Municípios fiquem, *“...durante sessenta dias, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”* (art. 31, § 3º);

(6) a *“...participação do usuário na administração pública direta e indireta”,* especialmente no que diz respeito às *“...reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”,* ao *“...acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo”* e à *“...disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”* (art. 37, § 3º);

(7) a possibilidade de qualquer cidadão – além de partidos políticos, associações e sindicatos – de ser *“...parte legítima, para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”* (art. 74, § 2º);

(8) o princípio da *“gestão democrática do ensino público, na forma da lei”* (art. 206, inc. VI);

(9) comunidade colaborar com o Poder Público na promoção e na proteção do “...patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (art. 216, § 1º).

O rol acima reproduz, parcialmente, as hipóteses elencadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 143/145 e 148). Entretanto, o autor faz referências a 03 (três) situações que não foram acima citadas por se entender que elas não dizem respeito à democracia participativa, quais sejam:

(I) a “participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (art. 10);[\[26\]](#)

(II) caráter democrático e descentralizado da administração a Seguridade Social, “...mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (art. 194, p. único, inc. VII);

(III) a eleição de um representante dos empregados, “nas empresas de mais de duzentos empregados, (...) com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores” (art. 11).

Na verdade, as três situações mencionadas são formas de representação do cidadão. As duas primeiras tratam de representação perante o Poder Público e a última, perante instituições da iniciativa privada. Cuidam-se, portanto, de situações que privilegiam a democracia em instituições públicas e privadas, mas a democracia indireta, isto é, representativa.

Existem outros institutos de democracia participativa no direito estrangeiro que não foram adotados por nossa Constituição, dentre os quais se destacará aqui o veto popular, o referendo revogatório de mandato[\[27\]](#)-[\[28\]](#) e, por fim, o recall judicial.

O veto popular “...é a faculdade que permite ao povo manifestar-se contrário a uma medida ou lei, já devidamente elaborada pelos órgãos competentes, e em vias de ser posta em execução” (BONAVIDES: 2016, p. 316). Quando se trata de lei,

o direito de os cidadãos exercer o veto sobre a lei já publicada, desde que o façam dentro de determinado prazo. Entretanto, expirado o prazo para requerimento ou provocação da consulta popular “...admite-se que a lei está perfeita, ‘aplicando-se por si mesma’”.[\[29\]](#)

O instituto possui semelhanças com o referendo consagrado na legislação brasileira, todavia, no veto popular são os eleitores que requererem a utilização instrumento; no referendo, o CN ou a Casa legislativa estadual, distrital ou municipal.

Quanto ao referendo revogatório de mandato, trata-se de instituto pelo qual o eleitorado pode revogar o mandato de representante político ou de todos os membros de uma Casa Legislativa, simultaneamente, dissolvendo-se o Parlamento. Sob a perspectiva popular, trata-se de conceder ao povo um direito de revogação dos mandatos eletivos por meio de uma decisão política e não jurídica. O instituto pode ser instrumentalizado de duas formas: (1º) *recall* político e (2º) *abberufungsrecht*.

A principal diferença entre essas vertentes refere-se à abrangência: (1) no *recall* político, a revogação abrange um mandato individual e específico, isto é, do mandato do governante submetido ao procedimento; (2) no *abberufungsrecht*, revogação estende-se a todos os membros da Casa Legislativa avaliada, de forma simultânea.

Quanto ao o *recall* judicial[\[30\]](#), esse instrumento se assemelha ao referendo revogatório de mandato. Ambos tratam de uma decisão tomada mediante voto popular a respeito de uma questão estatal.

Todavia, o objeto da decisão popular é completamente diverso: enquanto no referendo revogatório se decide se um mandato deve ser revogado; no *recall* judicial, o voto da maioria dos eleitores pode anular decisões de juízes e tribunais – exceto as decisões da Suprema Corte – que negam a aplicação de uma lei, sob o fundamento de que a norma é inconstitucional. Anulada a decisão judicial, “...a lei seria considerada constitucional, devendo ser aplicada” (DALLARI, 2016, p. 154).

PAULO BONAVIDES também chama de *recall judicial* o procedimento de *recall* político voltado para a destituição de magistrados. Afirma o autor que os

Estados do Oregon e da Califórnia disciplinam este tipo de *recall*.<sup>[31]</sup> Claro que nesta última acepção, *recall político e judicial* são, na verdade, sinônimos.

Voltando à situação brasileira, não obstante a existência de um rico sistema de participação popular direta, observa-se que os instrumentos ali tipificados, em regra, pouco são utilizados.

Isso ocorre causa da inação dos ocupantes de cargos eletivos em viabilizar o fortalecimento desses mecanismos de participação direta. Por exemplo: em questões de relevância nacional, cabe ao CN “*autorizar referendo e convocar plebiscito*”(CRFB, art. 49, inc XV). Atuação esta que, em regra, é facultativa – exceto nos casos em que a Constituição de 1988 obriga a realização de plebiscito.

Portanto, notório o descompasso de grande parte de nossa classe política com os objetivos traçados pela Constituição da República, com a democracia e com o povo brasileiro.

É lamentável dizer que, aparentemente, os motivos para essa postura acanhada não são nada republicanos. Ao contrário, trata-se do interesse das oligarquias que pretendem se perpetuar no poder – os coronéis de sempre –, bem como da aversão que os políticos corruptos têm à ideia de se submeterem a um controle popular mais efetivo. Na prática, uma elite minoritária acaba monopolizando o poder político em prejuízo da maioria.

No caso específico da iniciativa popular de lei, o Presidente da Câmara dos Deputados, Excelentíssimo Senhor RODRIGO MAIA, em 20/02/2017, fez uma afirmação curiosa e trágica: a Secretaria-Geral do referido Órgão teria estrutura apenas fazer “*uma contagem formal*” das mais de 2 (duas) milhões de assinaturas dos cidadãos que apoiam um Projeto de Lei com medidas para combate a corrupção. Assim, não haveria condições de verificar a veracidade dessas assinaturas<sup>[32]</sup>.

Ora, a Constituição vigora a cerca de 30 (trinta) anos e o Órgão competente ainda não tem condições de efetivar, adequadamente, esse instrumento de tamanha magnitude. O Congresso até poderia buscar alternativas para se desincumbir de tal mister, como, por exemplo, fazer parceria com a Justiça Eleitoral, que administra o Cadastro Nacional de Eleitores e tem vasta experiência

em conferência de assinaturas para aferir se partido político um em formação possui o apoio mínimo exigido por lei. [33]

DALMO ABREU DALLARI, logo após sustentar a inviabilidade da democracia direta no mundo atual, faz uma interessante ponderação:

*No momento em que os mais avançados recursos técnicos para captação e transmissão de opiniões, como terminais de computadores, forem utilizados para fins políticos será possível a participação direta do povo, mesmo nos grandes Estados. Mas para isso será necessário superar as resistências dos políticos profissionais, que preferem manter o povo dependente de representantes.*

*(DALLARI, 2016, p. 152) (destacou-se)*

Esse raciocínio pode ser utilizado para a defesa de uma maior utilização de institutos de democracia participativa dentro da democracia representativa. Isso porque, com a evolução dos meios de comunicação e das tecnologias da informação, os discursos que se apegam a impossibilidades práticas da participação popular nas decisões políticas tendem a ficar enfraquecidos.

Portanto, cumpre ao povo brasileiro buscar erradicar a essa inaceitável situação de exclusão da democracia participativa no cotidiano político brasileiro. Para tanto, deve exigir a utilização dos instrumentos de participação direta previstos na Constituição de 1988, especialmente quando se deva tomar decisões estatais – administrativas ou legislativas – de grande importância e impacto para o Brasil.

A democracia participativa é, provavelmente, o instrumento de maior impacto social no que diz respeito ao fortalecimento da democracia plena. Isso porque a participação direta do povo nas decisões estatais significa o próprio povo exercendo o governo. Assim, trata-se de um instituto de democracia formal por excelência.

Além disso, ninguém melhor que o próprio povo para tutelar seus direitos e interesses e combater a quaisquer formas de opressão. Portanto, é também um poderoso instrumento para efetivação da democracia substancial.

- 4.4 – Isonomia Econômica e Políticas Públicas que Militam em Favor das Pessoas Economicamente Menos Favorecidas Alcançarem os Cargos Políticos Eletivos

Não há verdadeira liberdade e igualdade entre ricos e escravos na miséria. A garantia do mínimo existencial e a construção da igualdade de oportunidades no meio acadêmico e no mercado de trabalho é necessária. Como tratado anteriormente, sem estabelecer uma isonomia sob o aspecto econômico no cotidiano das pessoas, não tem sentido falar em democracia.

As profundas desigualdades econômicas tornam vazio o discurso da isonomia. Não tem sentido estabelecer regras democráticas igualitárias se, por exemplo, a maioria do povo está em estado de miséria, sem qualquer possibilidade de gozar efetivamente de direitos fundamentais e desprovido de qualquer oportunidade fática de crescimento; sem acesso à saúde; sem independência econômica e, até mesmo, mínimas condições econômicas para regerem suas próprias vidas.

Essa situação de profunda desigualdade econômica e social, com um grande contingente populacional na condição de hipossuficiência econômica, impede a concretização da democracia substancial.

Porém, não apenas isso. A hipossuficiência econômica, infelizmente, causa enormes dificuldades para que tais pessoas se ocupem dos negócios públicos, especialmente na condição de candidatos a cargos políticos eletivos.<sup>[34]</sup> Em outras palavras: leva também a não efetivação, no mundo real, da democracia formal.

JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que, *“como (...) os direitos econômicos e sociais são conhecidos, hoje, como indispensáveis à concretização dos direitos individuais, chega-se à conclusão de que garanti-los é missão de um regime democrático eficiente”*. Esses *“direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente”* (SILVA: 2016, p. 134).<sup>[35]</sup>



Ainda que as normas constitucionais sejam destinadas a proporcionar que a ascensão ao poder político e a forma de exercício desse poder ocorra de acordo com os procedimentos e regras democráticas, de forma que todos os cidadãos possam participar do processo democrático, votando e sendo votados, na prática, isso não ocorre.

O exercício do voto, por vezes, chega a ser adequadamente viabilizado para as pessoas de forma isonômica – como ocorre, por exemplo, no Brasil, apesar de haver inúmeras dificuldades práticas.<sup>[36]</sup> Por outro lado, as pessoas hipossuficientes, em regra, não chegam a disputar os cargos políticos eletivos, pois, como dito, elas sequer possuem condições fáticas de se ocuparem dos negócios públicos.

Se, ainda assim, mediante grande esforço, essas pessoas chegam a disputar tais cargos, dificilmente conseguem êxito, pois não podem competir em condições de igualdade, ante a ausência de poderio econômico para disputar uma eleição de forma adequada.

Infelizmente, quando descrevemos esses enormes problemas, não estamos falando apenas de problemas em tese. Ao contrário, trata-se de um breve retrato sócio-político do Brasil, flagrantemente antidemocrático.

As pessoas economicamente hipossuficientes são as que mais precisam da atuação estatal e, por isso, devem ser representadas por pessoas que fazem parte do mesmo contexto social ou, ao menos, tenham profunda empatia com elas.

No Brasil acontece o oposto disso. A maioria dos ocupantes do poder político são economicamente poderosos – o que, por si só, não é um defeito – que, em grande parte, não tem o menor interesse com as causas sociais. Não convivem com os menos favorecidos – exceto no período eleitoral – e atuam contra os interesses dessas pessoas: buscam reduzir garantias trabalhistas; aumentar a terceirização no serviço público, diminuindo o acesso, mediante concurso público, aos cargos e empregos públicos<sup>[37]</sup> – talvez, em certos casos, para lotar a Administração Pública de cabos eleitorais e apadrinhados ou para beneficiar empresas de terceirização.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao falar do papel da maioria no regime Democrático, afirma que esta não é um princípio, mas uma “...*simples técnica de decisão que serve a democracia para tomar decisões governamentais de interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente*”. Depois, o autor esclarece que a realidade se mostra de forma diferente desse padrão hipotético ideal, afirmando que “*uma análise mais acurada, porém, mostra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante*”(SILVA: 2016, p. 132).

*“O regime representativo, no Estado burguês (...) procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar. Maioria que nem sempre exprime a representação da maioria do povo, porque o sistema eleitoral opõe grandes obstáculos a parcela ponderável da população, quanto ao direito de voto, para a composição da Câmaras Legislativas. Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, em grande parte, busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, às vezes, está em contraste com os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão por que, fazendo a maioria parlamentar, obtêm uma legislação favorável.”*

(JOSÉ AFONSO DA SILVA. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional** apud SILVA: 2016, p. 133) (destacou-se)[38]

Não existe uma democracia completamente consolidada – tanto no aspecto formal, quanto no substancial – quando o Estado não proporciona a ampla inclusão dos menos favorecidos no processo ascensão ao exercício do Poder, bem como no próprio processo decisório.

Para isso, deve-se combater a pobreza extrema; buscar a justiça social; oportunizar o progresso econômico de todos; lutar pela igualdade de oportunidades quanto a educação e ao exercício de atividades produtivas;<sup>[39]</sup> impedir que os menos favorecidos sejam oprimidos pelo Estado e pelas elites políticas e econômicas, dentre outros fatores correlatos.

O Poder Público deve viabilizar, de forma concreta (e não apenas legislativo), as candidaturas dos cidadãos economicamente hipossuficientes / vulneráveis pertencentes aos partidos realmente representativos, para que eles concorram com reais possibilidades de obter tais funções públicas. Para tanto as referidas candidaturas devem ter efetiva exposição social (na mídia e fora dela). O que somente será possível se o Estado reconstruir a engrenagem financeira das eleições no que diz respeito aos partidos e candidatos, tendo como foco a igualdade material.

Além das questões acima mencionadas, o Estado deve ter como foco políticas públicas que ensinem, além da importância do voto, também os direitos, deveres, princípios e regras básicas da Constituição da República; o funcionamento da máquina pública; a forma de acesso aos cargos políticos e aos cargos técnicos no Poder Público; como ocorre a representação; os mecanismos de democracia participativa. Aqueles que se sentem vocacionados ao exercício de cargos eletivos devem ser estimulados a pleitearem tais cargos e ensinados como proceder. Deve-se explicar a importância de participar das audiências públicas. O Poder Legislativo deve ampliar as situações em que a população participe diretamente do processo decisório, por intermédio de Conselhos com participação de membros da comunidade, de audiências públicas, bem como proporcionar o efetivo exercício da democracia participativa, com a constante prática de referendos, plebiscitos e assim por diante.

Convém frisar – ainda que por excesso de cautela – que ao se defender a isonomia econômica e as demais políticas, não se está estabelecendo qualquer pré-requisito para a participação do processo político na condição de candidato.

Ao contrário, defende-se o aperfeiçoamento para viabilizar uma participação mais efetiva. O presente trabalho repudia qualquer doutrina elitista que tente impor condições à necessária participação popular na democracia – seja na condição de eleitor, seja na condição de candidato.

*Uma visão elitista antepõe diversos pressupostos que julga necessários à existência e realização da democracia. Elitismo, governo de poucos, não é apenas uma posição distinta da democracia, governo do povo, mas é algo a ela oposto. (...)*

*(...)*

*É equívoco pensar que esse chamado “elitismo democrático” se contenta com a tese do governo da minoria, que se limita a sustentar um “elitismo de dirigentes”. Coerente com sua essência antidemocrática, o elitismo assenta-se em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente. Por isso sua “democracia” sempre depende de pressupostos notoriamente elitistas, tais como os de que o povo precisa estar preparado para a democracia, de que esta pressupõe certo nível de cultura, certo amadurecimento social, certo desenvolvimento econômico, e reclama que o povo seja educado para ela, e outros semelhantes que, no fim das contas, preparam os fundamentos doutrinários do voto de qualidade e restritivo.*

*A contradição é evidente, pois supõe que o povo deve obter tais requisitos para o exercício da democracia dentro de um regime não democrático; que as elites devem conduzi-lo a uma situação que justamente se opõe aos interesses dela e as elimina. Teremos, enfim, a*

*singularidade de aprender a fazer democracia em um laboratório não democrático.*

*Ora, em verdade, a tese inverte o problema, transformando, em pressupostos da democracia, situações que se devem ter como parte de seus objetivos: educação, nível de cultura, aperfeiçoamento pessoal, enfim, tudo se amalgama com os direitos sociais, cuja realização cumpre ser garantida pelo regime democrático. Não são pressupostos desta, mas objetivos.*

*(SILVA: 2016, p. 128/130)*

Todas as medidas aqui sugeridas visam justamente alterar a intolerável situação política deste país, no qual utilizam do abuso do poder econômico para dar as cartas no processo político eleitoral. Isso não é democracia, mas simples forma corromper o processo eleitoral de forma a legitimar a permanência do poder político apenas nas mãos dos poderosos.

## 5 – CONCLUSÕES

Democracia é um modo de ser de um povo, caracterizado pela busca da paz, da tolerância, do respeito, da liberdade e da igualdade (formal e material) nos âmbitos público e privado – isto é, nos campos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Para tanto, ela tem como requisitos: (1) que os Poderes social, estatal, político e econômico emanam do povo – e não de um monarca ou de uma parcela desse povo –; (2) que o povo sempre deve exercer esse Poder, de forma direta, por meio de instrumentos de democracia participativa, ou indireta, por meio de cargos políticos eletivos; (3) que a ascensão aos referidos cargos deve se dar de acordo com regras e procedimentos objetivos e pré-estabelecidos na Constituição e nas leis e (4) que as Constituições e os governos constituídos – quando do exercício do Poder – devem reconhecer e ter como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social; do bem-estar de todos os governados – e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais – e do combate a quaisquer formas de opressão.

Sob o aspecto formal, a democracia se concretiza pela a paz, tolerância e respeito em todos os aspectos da vida em comunidade, bem como pela positivação jurídica e pela efetiva aplicação de regras e procedimentos virtuosos – de caráter objetivo – para obtenção e para exercício do poder estatal por intermédio de mandatos políticos eletivos ou por meio de instrumentos de democracia participativa. Para que sejam legítimas, essas normas devem garantir que a vontade popular seja, de fato, a fonte do poder político. Sob aspecto substancial, ela exige que as Constituições e os governos constituídos devem reconhecer e ter como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social, da igualdade material em todas as instâncias da vida em comunidade, isto é, nos âmbitos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Devem proporcionar bem-estar de todos os governados (e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais) e combater a quaisquer formas de opressão.

A democracia exige, necessariamente, o atendimento simultâneo desses 02 (dois) ângulos. A Constituição brasileira de 1988 – adotando essa mentalidade – forneceu todo o instrumental jurídico para que no Brasil se efetive uma democracia plena.

Para tanto, no plano concreto, dentre diversas outras ações, faz-se necessário: (1) a atuação dos Poderes da República e do Ministério Público, no âmbito de suas respectivas competências, no intuito de fortalecer a democracia; (2) a efetiva utilização dos instrumentos da democracia participativa e (3) a luta pela isonomia econômica e pela implementação de políticas públicas de forma a possibilitar que os economicamente menos favorecidas possam ser eleitos para os cargos políticos representativos.

## BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA, Antonio. **Parecer n.º 64/2017**. Senado Federal: Brasília, 21/06/2016. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, et ai.; coord. Trad. João Ferreira; rev. Geral João

Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 4ª reimpressão, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2016. 23ª rev. e atual.

CALGARO, Fernanda. **Câmara apenas contará assinaturas em projeto de pacote anticorrupção, diz Maia**: Casa não tem estrutura para checar se assinaturas são verdadeiras; após checagem, tramitação será retomada do ponto onde parou, afirmou o presidente da Câmara. G1, Brasília, em 20/02/2017. Atualizado em: 15/03/2017. Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia>. Acesso: em 16/06/2017.

CÓDIGO ELEITORAL (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 07/04/2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1.988. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 22/06/2017.

CÓVIS, Pansani. **Pequeno dicionário de sociologia**. Campinas, SP: Autores Associados, p. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016, 33 ed.

DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. **O Poder Judiciário e a democracia Substancial**. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15514/14070>. V. 20 n. 38 (1999). p. 107/123. Acesso em: 25/04/2017.

GALINDO, Bruno. **Impeachment**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 02/06/2017.

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 24/06/2016.

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Iniciativa\\_popular#Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Iniciativa_popular#Brasil). Acesso em: 24/06/2017.

Lei n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm). Acesso em: 28/06/2017.

LEI n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm). Acesso em: 22/06/2017.

Lei n.º 9.709/1988 (Regulamenta a Execução do Plebiscito, do Referendo e da Iniciativa Popular de Lei). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm). Acesso em: 28/06/2017.

LINCOLN, Abraham. **Discurso de Gettysburg**. Data: em 19 de novembro de 1863. Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso\\_de\\_Gettysburg](https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Gettysburg). Acesso: em 17/06/2017.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 31ª ed., 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 212, abril/junho de 1998, p. 57-70. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47166/45635>. Acesso em: 25/04/2017.

Resolução TSE n.º 23.465/2015. Fonte: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>. Acesso em: 28/06/2016.



SANTANA, Alexandre. **O Direito de Revogação do Mandato Político Representativo**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: 2004. Fonte: <http://books.googleusercontent.com/books/>. Acesso em 05/04/2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 39 ed. rev. e atual.

VALADARES, Antonio Carlos e outros. **Proposta de Emenda à Constituição n. 21/2015**. Senado Federal: Brasília, 2015. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/0

#### NOTAS:

[1] DALMO DE ABREU DALLARI, afirma que *“consolidou-se a ideia de Estado Democrático como o ideal supremo, chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos”* (DALLARI: 2016, p. 149).

Essa afirmação ocorreu após o autor afirmar que as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa foram os *“três grandes movimentos político-sociais”* que transpuseram, do plano teórico para o prático, *“...os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático”*; analisa detidamente tais revoluções e concluir que *“foram esses movimentos e essas ideias, expressões dos ideais preponderantes na Europa do século XVIII, que determinaram as diretrizes na organização do Estado a partir de então”* (DALLARI: 2016, p. 149).

[2] Inspirado especialmente em NORBERTO BOBBIO (BOBBIO: 2010, p. 326) e JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 128).

[3] Nessa perspectiva, a Democracia é *“um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem a toda a comunidade) mais do que a uma determinada ideologia”* (BOBBIO: 2010, p. 326).

[4] BOBBIO: 2010, p. 326.

[5] No Brasil, em regra, os mandatos políticos eletivos duram 4 (quatro) anos, com exceção dos mandatos dos Senadores, que duram 8 (oito) anos (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, arts. 27, § 1º; 28, *caput*; 29, inc. I; 32, § 2º; 44, p. único; 46, § 1º; 82).

[6] Nesse ponto, é louvável – ainda que insuficiente, por não ter surtido todos os efeitos desejados – o disposto na Lei n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições), art. 10, § 3º, quanto ao registro de candidatos para cargos legislativos, nos seguintes termos: “*Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo*” (Redação dada pela Lei nº 12.034/2009).

[7] BOBBIO: 2010, p. 326-327.

[8] Segundo o autor, “Estados apenas formalmente democráticos são os que, inobstante acolham nominalmente em suas Constituições modelos institucionais - hauridos dos países política, econômica e socialmente mais evoluídos - teoricamente aptos a desembocarem em resultados consonantes com os valores democráticos, neles não aportam. Assim, conquanto seus governantes (a) sejam investidos em decorrência de eleições, mediante sufrágio universal, para mandatos temporários; (b) consagrem uma distinção, quando menos material, entre as funções legislativa, executiva e judicial; (c) acolham, em tese, os princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais, nem por isto, seu arcabouço institucional consegue ultrapassar o caráter de simples fachada, de painel aparatoso, muito distinto da realidade efetiva.

“É que carecem das condições objetivas indispensáveis para que o instituído formalmente seja deveras levado ao plano concreto da realidade empírica e cumpra sua razão de existir.”

(MELLO: 1998, p. 58) (destacou-se)

Todavia, isso não quer dizer que o autor abra mão desses elementos para a construção de uma verdadeira democracia. Tanto que ele inclui traços característicos da democracia formal dentro de seu conceito de democracia. Para BANDEIRA DE MELLO, a expressão democracia se reporta, nuclearmente,

“...a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou por meio de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania. Donde resulta que Estado democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados.”

(MELLO: 1998, p. 57) (destacou-se)

[9] Dentre esses autores parecem encontrar-se SAHID MALUF (MALUF: 2013, p. 313/315) e LUIZ VERGILIO DALLA-ROSA (DALLA-ROSA: 1999, p. 107/119) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO: 1998, p. 57/62).

“Em sentido formal ou estrito, democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo. É o que se traduz na fórmula clássica: *todo poder emana do povo e em seu nome será exercido*. (...)”

Em sentido substancial, sobre ser um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

(MALUF: 2013, p. 313/314)

DALLA-ROSA afirma que a democracia substancial é “...*uma democracia que não se restrinja à procedimentalização e a fixação de competência, mas que, por outro lado, assuma e comprometa-se com a esfera valorativa e material da realidade social*” (DALLA-ROSA: 1999, p. 107 e 118). Nesse ponto, parece que o autor, aparentemente, tratou democracia substancial como um instituto que tem como pressuposto a democracia formal, mas, todavia, vai além desta. Entretanto, em outro momento de sua obra, o autor afirma que “*surge, espontaneamente, no discurso garantista, a distinção entre a democracia (enquanto forma de exercício do poder) formal - que se caracteriza pela representatividade, baseada no princípio da maioria como fonte de legalidade; e substancial - como estado possuidor de garantias efetivas (quer liberais, quer sociais)*” (DALLA-ROSA: 1999, p. 118). Nesse último trecho, talvez o autor tenha tratado os conceitos como realidades totalmente diversas. Todavia, parece que a ideia geral da obra é a primeira.

Segundo BANDEIRA DE MELLO, os Estados apenas formalmente democráticos são aqueles que possuem os ritos e regras democráticos, mas essas normas não produzem resultados práticos na vida das pessoas. Para ele, a democracia verdadeira seria apenas a democracia substancial. O autor também aponta um degrau intermediário na escala evolutiva da democracia, de forma que existiriam os Estados apenas formalmente democráticos, os Estados em trânsito para a Democracia e, por fim, os Estados Substancialmente Democrático (MELLO: 1998, p. 57/62).

Os Estados em transição para democracia seriam aqueles em que “*suas instituições e práticas*” são voltadas a fazer desse estado um agente transformador, “*...o que supõe, diversamente do que hoje pode*

*ocorrer nos países que já ultrapassaram esta fase, um desempenho muito mais participante, notadamente no suprimento dos recursos sociais básicos e no desenvolvimento de uma política promotora das camadas mais desfavorecidas” (MELLO: 1998, p. 61).*

A ressalva que se faz é que, como a democracia está em constante construção, ficaria difícil saber quando um Estado atingiu de fato a democracia substancial. Logo, essa diferenciação entre Estados em Trânsito para a Democracia e Estados Substancialmente Democráticos, na prática, parece ser de difícil constatação.

[10] Aristóteles denominava *politia* o modelo virtuoso de governo da maioria ou da multidão e democracia a forma corrupta desse governo, forma essa que se notabilizava como o “*governo de vantagem para o pobre*”, assim como a tirania era o governo de vantagem para o monarca e a oligarquia o governo de vantagem para os ricos. Em suma, as formas deturpadas eram governos “*de uma parte contra a outra parte*”, ainda que a parte que governasse fosse a mais numerosa (BOBBIO: 2010, p. 326).

Evidentemente, a perspectiva política mudou, de forma que ao termo Democracia se atribui a forma virtuosa de governo, marcada pela universalidade da participação política, pela igualdade política dos cidadãos, pelo governo não autoritário da maioria, pela busca da igualdade material.

[11] Apesar de não ser o objeto desse trabalho, destaca-se que a definição de povo não é simples; por outro lado, tal definição é fundamental para determinar se em um Estado soberano existe ou não democracia ou até mesmo a abrangência dessa democracia.

“Para a democracia grega, *povo* era apenas o conjunto dos homens livres, excluída ainda a massa dos libertos. Como a maioria dos indivíduos era escrava e libertos, os quais não gozavam da cidadania, não entravam no conceito de povo, aquela democracia era o regime da minoria e em seu favor existia.”

(SILVA: 2016, p. 137)

De qualquer forma, cumpre registrar que se entende aqui que povo é todo o conjunto de nacionais. Razão pela qual, o voto deve ser universal, isto é, as limitações de acesso desse povo à condição de eleitor devem ser mínimas, de ordem objetiva e razoáveis. Da mesma forma, os pré-requisitos para ser candidato(a), além de objetivos e razoáveis, devem ser poucos e plenamente adequados às exigências do cargo (ex.: idade mínima de trinta e cinco anos para ser Presidente ou Vice-Presidente da República e Senador) – tratam desses aspectos o art. 14 da CRFB.

Por esses motivos, discorda-se da conceituação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, para o qual *“povo são os trabalhadores. Os titulares do poder dominante (político, econômico e social) não podem entrar no conceito de povo, pois, numa democracia, teriam que ser simplesmente representantes do povo, isto é, os que exercem o poder em nome do povo.”* (SILVA: 2016, p. 138) Ora, ocorre aqui a exclusão de integrantes do corpo social do conceito de povo. O que é um equívoco.

[12] *“Segundo uma velha fórmula que considera a Democracia como governo do povo para o povo, a democracia formal é mais um governo do povo; a substancial é mais um Governo para o povo.”* (BOBBIO: 2010, p. 328)

[13] Como será visto adiante, na Democracia Semidireta – como a estabelecida CRFB – a regra é a da representação política (democracia indireta). Todavia, existem instrumentos que permitem o povo, em determinadas ocasiões, exercer o poder político diretamente, isto é, sem ser representado, como são o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei (democracia direta).

[14] Nas democracias de países pobres é como se esses populistas, utilizando-se do abuso do poder político e econômico, ocupem governos que lutem contra a própria democracia, tentando instalar tiranias e oligarquias sob a roupagem de “governos populares”.

[15] Todavia, SAHID MALUF ressalta que *“...governo da maioria tem um conceito legal, não real”*, porque não é toda a população que manifesta a vontade eleitoral, mas tão somente aquelas pessoas que compõe o corpo eleitoral, bem como essa vontade costuma ser apurada por maioria relativa (MALUF: 2013, p. 312). A observação é pertinente e pode ser aplicada também no que diz respeito às manifestações legislativas. Se por um lado, existem normas em que o quórum de aprovação é de maioria absoluta ou determinada maioria qualificada, para a aprovação de leis ordinárias, bastando a aprovação da maioria dos presentes, desde que presentes a maioria dos Parlamentares da Casa Legislativa – maioria relativa em âmbito Parlamentar.

[16] *“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”*

[17] Como bem registra JOSÉ AFONSA DA SILVA, nossa Constituição instituiu uma democracia *“com forte conteúdo social”* (SILVA: 2016, p. 127).

[18] No mesmo sentido do que é aqui afirmado, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assevera que estão *“...consagrados na bem*

concebida e maltratada Constituição Brasileira de 1988” os “valores substancialmente democráticos” da “igualdade real e não apenas formal”, da “segurança social”, do “respeito à dignidade humana”, da “valorização do trabalho”, da “justiça social” (MELLO: 1998, p. 68).

[19] Poder-se-ia mencionar, exemplificativamente, o fortalecimento dos partidos políticos; o respeito à liberdade de imprensa e uma democratização da comunicação social, na forma abaixo esposta

Entende-se que quanto maior a participação dos cidadãos nos os veículos de comunicação, mais plural será debate político e, com isso, contribuir-se-á para a democracia. Entretanto, não custa ressaltar que essa democratização não pode passar por medidas antidemocráticas, como cerceamento da liberdade de imprensa; expropriação de empresas privadas ou fechamento compulsório de veículos midiáticos mediante procedimentos administrativos. Isso porque, aonde não há liberdade, não há democracia.

Deve-se atentar que o assunto é complexo, razão pela qual qualquer mudança deve ser amplamente discutida com a sociedade, bem como passar por um rigoroso filtro de constitucionalidade. Para os que acham que aqui se está tendo uma preocupação exagerada e/ou desnecessária, cito abaixo excerto da obra de PAULO BONAVIDES, um dos mais respeitados constitucionalistas brasileiros, a respeito do assunto.

“Obviamente, não há democracia sem povo. Tampouco haverá povo enquanto perdurar o ‘fascismo social’ dos meios de comunicação, enquanto estiverem estes debaixo da tutela da elite governante, enquanto não se purificarem as águas do poder, enquanto os donatários das capitâneas de recolonização formarem, com a força do seu patronato, a suposta opinião pública.

“A expropriação dos referidos meios, retirados à jurisdição de uma elite depravada, e sua recondução aos fins que lhe foram traçados pela legitimidade constituinte dos autores da Carta Magna, se nos afigura a condição *sine qua non* de uma democracia participativa do povo governante e da nação alforriada.

Se não resolvermos o problema da mídia não resolveremos jamais o problema da democracia neste país.”

(BONAVIDES: 2001, p. 48/49)

Em que pese o brilhantismo desse Professor, discorda-se totalmente das ideias acima, pois, apesar do fato de que o intuito do autor seja fortalecer a democracia participativa, o caminho apontado em relação à mídia parece ser flagrantemente antidemocrático. É inadequado buscar o

aprofundamento da democracia por intermédio de interferências estatais na existência e no regular funcionamento dos veículos de comunicação.

Talvez a melhor diretriz para democratizar tal meio seja atuar de forma indireta, como, por exemplo, fomentar a abertura de novos veículos de comunicação; construir um país mais isonômico sob o ponto de vista econômico, especialmente no que diz respeito a igualdade de oportunidades no acesso ao mercado econômico e à educação – fatores que possibilitaria a inclusão, nas condições de empresários e de profissionais do setor midiático, de pessoas que representam diversos setores políticos e sociais.

Ademais, a possibilidade de acesso e interação que a internet, possivelmente, seja o percurso mais simples e eficiente para o cidadão, nos dias atuais, ter acesso a uma visão plural acerca de qualquer assunto, bem como se fazer ouvir. Por isso, investir na democratização da internet também é um caminho de democratização dos meios de comunicação social – ao mesmo tempo em que é um caminho mais suave no que diz respeito à intervenção estatal no setor.

[20] “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

“§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

“§ 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.”

[21] “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

[22] Lei Complementar n.º 75/1993 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), em especial os arts. 66, *caput* e § 1º, e 67, inc. II, e 72/79, e Lei n.º 8.625/1993 (que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados), em especial arts. 10, inc. IX, alínea “h”, art. 32, inc. III, e 73, *caput* e § 1.º.

[23] O autor deste trabalho possui um artigo intitulado “DEMOCRACIA PARTICIPATIVA”, no qual se aborda com mais detalhes os temas desse tópico, além de outros ligados a essa face tão importante da democracia.

**[24]** *A forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia (...)*

*Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.*

*Democracia indireta, chamada de democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.*

*Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa.”*

(SILVA: 2016, p. 138)

**[25]** O Distrito Federal possui todas as prerrogativas, competências e atribuições dos Estados e dos Municípios, exceto aquelas que lhe foram expressamente retiradas pela Constituição (CRFB, arts. 21, inc. XIII e XIV, e 22, inc. XVII, 23, 24, 32, § 1º, 147, dentre outros).

**[26]** Todavia, o próprio autor ressalva que "a participação de trabalhadores e empregadores na administração, (...), na verdade, vai caracterizar-se como uma forma de participação por representação, já que certamente vai ser eleito algum trabalhador ou empregador para representar as respectivas categorias, e, se assim é, não se dá a participação direta, mas por via representativa". (SILVA: 2016, p. 148).

**[27]** O autor deste trabalho possui um artigo intitulado "REFERENDO REVOGATÓRIO DE MANDATO", no qual este instituto é abordado com mais detalhes.

**[28]** Existe uma chance concreta de que o referendo revogatório venha a ser introduzido no Brasil por intermédio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 21/2015, na redação que lhe deu a Emenda nº 2- Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (Substitutivo), de 21/06/2017. Esta PEC, atualmente, se encontra no Plenário dessa Casa Legislativa (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017).

**[29]** **BONAVIDES: 2016, P. 316.**

**[30]** **ESSE INSTITUTO FOI DEFENDIDO POR THEODORE ROOSEVELT, EM 1912, E FOI ADOTADO POR INÚMEROS ESTADOS OS EUA, COM O OBJETIVO DE PERMITIR A SUPERAÇÃO DE "...OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DE**



**LEIS SOCIAIS, OPOSTOS PELA MAGISTRATURA ELETIVA PRECIONADA PELOS GRUPOS ECONÔMICOS QUE DECIDIAM AS ELEIÇÕES” (DALLARI, 2016, P. 154).**

[31] BONAVIDES: 2016, p. 314/315.

[32] CALGARO, G1: 20/02/2017. Atualizado em: 15/03/2017.

[33] Lei n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos):

“Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

“§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.”

Apesar de a competência para decisão ser do TSE, existem atribuições que são da responsabilidade dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Juízos Eleitorais de 1º grau neste processo, conforme pode ser observado na Resolução TSE n.º 23.465/2015. Aliás, quem recebe as fichas de apoio e confere as assinaturas são os Cartórios Eleitorais (art. 14 da referida resolução). Dessa forma, esse serviço é inicialmente administrativo. Porém, Se houver impugnações às listas ou formulários de apoio apresentados, cabe ao Juízo Eleitoral de 1º grau decidir a questão (art. 15).

[34] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO após afirmar que “...a democracia se assenta na proclamação e reconhecimento da soberania popular”, aponta como uma das condições para fazer valer essa soberania seria as pessoas desfrutarem “...de um padrão econômico-social acima da mera subsistência (sem o que seria vã qualquer expectativa de que suas preocupações transcendam as da mera rotina da sobrevivência imediata)” (MELLO: 1998, p. 60/61) (destacou-se).

As outras condições que o autor aponta seriam o “...efetivo acesso (b) à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania) e (c) à informação, mediante o pluralismo de fontes diversificadas (para não serem facilmente manipuláveis pelos detentores dos veículos de comunicação de massa)” (MELLO: 1998, p. 61).

[35] Apesar de JOSÉ AFONSO DA SILVA enxergar no Estado Democrático de Direito a necessidade dos objetivos da democracia substancial, o ilustre autor parece não enquadrar tais finalidades no

conceito de democracia. Para ele, igualdade, liberdade e os demais direitos humanos fundamentais são valores a serem realizados na democracia e, se assim o fizer, estará concretizando a justiça social.

“Igualdade e liberdade também não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático” (...)

“( ... )

“...os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los, com o que estará concretizando a justiça social.

(SILVA: 2016, p. 134)

Entende-se aqui que esse é um enfoque diferente da mesma realidade, pois ele chama de valores democráticos os elementos que este trabalho trata como finalidades da democracia substancial. O importante é que o Estado deve ser substancialmente democrático ou, nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, pelo foco nos valores democráticos (SILVA: 2016, p. 120, 121 e 134).

Todavia, preferimos manter a posição aqui adotada, pois, se for levada ao pé-da-letra a visão do ilustre doutrinador, como os ditos valores – igualdade e liberdade – não estão dentro do conceito de democracia, pode haver quem tente defender que regime político totalmente ineficiente em atingir os valores da democracia substancial não deixaria de ser um democracia. O que seria um absurdo. Se por um lado, de fato, não existe democracia perfeita; por outro, um regime só existe no plano fático se produzir os resultados concretos a que se propõe, especialmente em benefício dos mais necessitados e marginalizados. Se não existem esses resultados, trata-se de um regime morto, que só existe formalmente em um texto constitucional, e não materialmente na realidade social.

Não custa repetir que um regime só é democrático se realizar – simultaneamente – tanto os elementos da democracia formal e da democracia substancial.

[36] Existem contingentes populacionais em locais quase inacessíveis; pessoas que, por desconhecimento, não regularizam sua situação eleitoral a tempo de poderem votar, dentre outras situações.

[37] O concurso público é a forma mais justa de acesso aos cargos e empregos públicos, pois permite a todos os que possuam a formação mínima exigida disputarem os cargos em igualdade de condições, mediante critérios objetivos de avaliação. Portanto, o concurso deriva do

princípio da igualdade e privilegia o mérito e combate ao nepotismo, ao apadrinhamento político e a outros cânceres políticos sociais similares.

[38] Interessante observar que JOSÉ AFONSO DA SILVA faz essa análise quando realiza um contraponto à visão doutrinária a respeito dos princípios fundamentais da democracia.

Assim, primeiramente ele esclarece que *“a doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade”*. Depois ele afirma que *“a questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque no fundo ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, sobretudo quando apresenta a maioria como princípio do regime”*. A partir daí, o autor defende que nenhum dos três são princípios democráticos. Para ele, maioria, como acima exposto, é uma técnica de decisão e igualdade e liberdade são *“valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático”*, bem como esclarece que a igualdade de que está falando é a substancial (SILVA: 2016, p. 131/135).

Entretanto, entende-se aqui que, na democracia é necessário tanto a igualdade formal, quanto material, pois ambas, em seu âmbito de incidência, traduzem o ideal democrático. Assim, por exemplo, a máxima do *“cada cidadão, um voto”* é uma regra de igualdade formal vital para a democracia em sentido formal; por outro lado, as políticas públicas de assistência social são instrumentos de igualdade material – em regra, igualmente vitais – à democracia em sentido material.

Na verdade, parece que o ilustre doutrinador não nega esses aspectos, pois, por exemplo, ele defende a democracia participativa e pluralista, bem como que os dois princípios fundamentais da democracia são a soberania popular e a participação do povo no poder, de forma direta ou indireta (Ibidem, p. 121 e 133) – aspectos da igualdade formal, isto é, perante a lei.

O autor, aparentemente, entende que essa democracia sob aspecto formal deve servir à realização dos valores democráticos de um Estado Democrático de Direito. Valores esses que correspondem ao que identificamos como Democracia Substancial.

Se por um lado, o Estado não pode atrapalhar o desenvolvimento pessoal; ao contrário, deve ser um facilitador. Por outro, os limites do progresso pessoal não podem ser impostos – seja no que diz respeito aos limites mínimos, seja no que diz respeito aos limites máximos –, sob pena de ofensa a liberdade e a autodeterminação.

## **TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS LEGAIS EM PAUTA E O PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE): A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA**

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** O escopo do presente é analisar a transferência de recursos legais em relação ao Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). A alimentação e nutrição se apresentam como elementos condicionantes para o desenvolvimento humano. Nesta esteira, a inserção do direito à alimentação no rol dos direitos sociais, na redação do artigo 6º da Constituição Federal, passou a exigir da Administração Pública, em todos os seus diversos âmbitos, a conjugação de uma série de esforços para viabilizar sua concretização. Neste aspecto, a alimentação escolar se apresenta como importante instrumento de acessibilidade de alimentação, em quantidade e em qualidade, a parcela vulnerável da população, propiciando elementos para o desenvolvimento físico, psíquico e mental. Para tanto, a partir de um viés administrativo, a compreensão do procedimento de transferência de recursos legais faz-se imprescindível. A metodologia empregada na condução foi o método indutivo, auxiliado pela revisão de literatura específica e exame de fontes doutrinárias sensíveis ao tema.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Transferência de Recursos. Direito Humano à Alimentação Adequada. Alimentação Escolar.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Administração Pública e Transferência de Recursos; 3 Direito Humano à Alimentação Adequada: Contornos Conceituais; 4 Alimentação Escolar como desdobramento do Direito Humano à Alimentação Adequada; 5 Transferência de Recursos Legais em Pauta e O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE): a concretização do Direito Humano à Alimentação Adequada; 6 Conclusão; Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, de maneira ofuscante, em seu artigo 37, estabelece que a Administração Pública será regida por uma série de princípios peculiares, os quais desempenham importante papel na consecução e concretização das atribuições daquela. Dentre essas atribuições, faz-se carecido colocar em destaque a proeminência assumida pela inserção, em sede de redação do artigo 6º, *caput*, da alimentação como direito social. Ora, tratando-se de típico direito programático, revela-se imprescindível à conjunção de esforços dos âmbitos distintos do Estado (União Federal, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para, por meio de políticas públicas, programas institucionais, reservas orçamentárias, transferências legais de recursos e ações pró-ativas, assegurar sua concretização no plano concreto.

Como direito social dotado de complexidade, o direito humano à alimentação adequada não se perfaz ou produz efeitos de maneira singular; ao reverso, trata-se de direito de complexidade que se substancializa em uma série de políticas e abordagens e incidem sobre diversos segmentos. Assim, a Administração Pública passa a desempenhar especial papel, notadamente no que atina ao aspecto de assegurador de direitos sociais programáticos, a fim de, como fronteira última, promover o princípio da dignidade da pessoa humana e envidar esforços para que o mínimo existencial social seja, de fato, implementado, de maneira irrestrita e, de maneira especial, para os indivíduos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade.

Faz-se carecido, portanto, esmiuçar a natureza de transferências obrigatórias que emolduram a verba constituinte do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), maiormente quando se coloca exposto o aspecto de elemento concretizador e que permite, parcela da população, alimentação de

qualidade e em quantidade condizente para o desenvolvimento físico, mental e psíquico da população atingida. Para o presente, estabelece-se como marco precípua a proeminência da alimentação escolar como verdadeiro desdobramento do direito em tela, tendo como aspecto analítico o processo administrativo de transferência de recursos. A metodologia empregada se dá a partir do método indutivo e revisão bibliográfica, tendo como elemento analítico a legislação pertinente à transferência de recursos legais advindo do PNAE.

## **2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS**

Inicialmente, não constitui tarefa simples delinear os aspectos inerentes à função administrativa. Consoante aponta Carvalho Filho (2011), há clara divergência entre os teóricos sobre a temática. Em que pese a celeuma, sobressai a percepção que a função administrativa do Estado consiste em realizar seus fins, norteado por uma ordem jurídica. Neste sentido, a função administrativa do Estado Brasileiro encontra, como flâmula, os principais alocados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais, em conjunto, visam assegurar, por meio de tal execução de atividades e fins, promover a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Carvalho Filho (2011), ainda, vai preconizar que, na realidade, a função administrativa tem sido considerada de aspecto residual, sendo, em decorrência disso, aquela que não representa a formulação da regra legal nem a composição de lides *in concreto*. “Mais tecnicamente, pode dizer-se que função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 4).

Ora, ao se considerar que o ponto central da função legislativa implica na criação do direito novo e o da função jurisdicional repousa na composição de litígios, na função administrativa o grande alvo é, concretamente, a gestão dos interesses coletivos na sua mais ampla dimensão, em decorrência das plurais tarefas a que se deve propor o Estado contemporâneo. Em razão de tal gestão, denota-se que a atividade administrativa desempenhada implica, comumente, a prática de vários atos e atividades alvejando determinado escopo, a

Administração vale-se, comumente, de processos administrativos como instrumento para concretizar a função administrativa.

Assim, em razão da ilimitada projeção de seus misteres é que parcela da doutrina tem apresentado distinção entre governo e administração, bem como função administrativa de função política, caracterizando-se por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre condicionada a regras jurídicas superiores. Constitui, nesse aspecto, função materialmente administrativa atividades desenvolvidas no Poder Judiciário de que são exemplos decisões em processos de jurisdição voluntária e o poder de polícia do juiz nas audiências; ou, ainda, no Poder Legislativo, como as denominadas *leis de efeitos concretos*, atos legislativos que, ao invés de fixarem normas gerais e abstratas, interferem na órbita jurídica de pessoas determinadas.

Ao se analisar as transferências de recursos, faz-se carecido pontuar: (i) as definidas constitucionalmente, entendidas como dotadas de cunho obrigatório ou vinculadas; (ii) as denominadas voluntárias, cuja manifestação mais comum se concretiza sob a forma de convênios ou contratos de repasse, inobstante haja outras modalidades do gênero; (iii) as de gestão tripartite, que compreendem o SUS e o SUAS; (iv) as de transferência de renda (Bolsa Família); e, (v) excepcionalmente, as realizadas para atender a calamidades ou, ainda, a situações de emergência.

### **3 DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: CONTORNOS CONCEITUAIS**

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com

a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu.

Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia a visão de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992 (BRASIL, 1992, s.p.).

Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948. Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da acepção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para



identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

A partir de tais ponderações, é possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero ato de ingerir alimentos.

A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. Afirma Podestá que “ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade” (PODESTÁ, 2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. Ao lado do exposto, convém ponderar que a atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve íterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação.

“Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população” (BRASIL, 2008, p. 11). Hirai (2011, p. 74) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram

sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

Assim, no conjunto dos componentes de uma política nacional, voltada para a segurança alimentar e nutricional, estão o crédito agrícola, inclusive o incentivo ao pequeno agricultor; a avaliação e a adoção de tecnologias agrícolas e industriais; os estoques estratégicos; o cooperativismo; a importação, o acesso, a distribuição, a conservação e o armazenamento de alimentos, o manejo sustentado dos recursos naturais, entre outros (BRASIL, 2008, p.11).

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34.).

Atualmente, consoante Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da

base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

[...] a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006, s.p.).

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Obtempera Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento,

estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido, igualmente, na rubrica em análise, a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação. No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas.

A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “*La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico*” (ONU, s.d., p. 03). Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste aspecto, ainda, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas.

De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em áreas remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas

familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. “*Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias*” (ONU, s.d., p. 04). Ao lado disso, um alimento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

#### **4 ALIMENTAÇÃO ESCOLAR COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA**

A universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado.

“Com efeito, no mundo todo, o problema da universalização do DHAA não é apenas jurídico, mas, num sentido mais amplo, é também político, pois demanda mudanças estruturais, negociação e adoção de medidas concretas capazes de dar operacionalidade a esse direito social” (BRASIL, 2011, p. 11) nos ordenamentos jurídicos internos, o que se dá através de políticas e programas públicos voltados para a promoção e garantia da SAN.

Ao lado disso, universalizar o DHAA compreende a concretização dos princípios da indivisibilidade, da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, perseguindo a máxima isonômica que todos são igualmente necessários para assegurar uma vida digna e encontram-se organicamente vinculados. Dessa maneira, a vinculação de um reclama a garantia do exercício dos demais, não sendo, portanto, possível falar em liberdade ou em saúde sem uma alimentação

adequada, sem acesso à água e a terra. Nesse cenário, é interessante que do Estado Social materializa, segundo o entendimento de Doehring (2008, p. 361), a ideia de uma justiça específica inserida dentro do Texto Constitucional que, entretanto, deve encontrar o seu limite, em que a previsibilidade e a segurança jurídica, ou seja, a concepção do Estado de direito, no sentido formal, será alcançado.

Assim, partindo da premissa que orbita em torno da conformação do Estado Brasileiro, há que se reconhecer incumbe deveres quanto à efetividade dos direitos sociais, em especial no que toca à promoção e concretização do DHAA. Desse modo, “ao Estado, cabe prioritariamente a implementação de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, vez que a fome é uma questão que deve estar na agenda prioritária de atuação do poder público” (SEN, 2000, p. 08). Até a introdução do DHAA no Texto Constitucional, havia um debate acerca da possibilidade de exigí-lo tanto na seara administrativa quanto no judiciário. Entretanto, com a introdução daquele na Constituição Cidadã, tal debate não mais subsiste, materializando, doutro ponto, obrigações do Estado e responsabilidades de diferentes atores sociais em relação à concreção e promoção plena, assegurando a todo indivíduo o acesso universal.

Examinando a questão sob uma perspectiva da SAN, é necessário resgatar alguns conceitos percorridos no curso da pesquisa, em especial no que se refere ao fato da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) instituir um sistema nacional pautado no direito humano à alimentação adequada, culminando, posteriormente, na positivação de tal direito no artigo 6º da CF/88, e na soberania alimentar.

Calcado nos princípios da universalidade, participação social, intersetorialidade e equidade, o sistema deve assegurar formas de produzir, abastecer, comercializar e consumir alimentos que sejam suscetíveis a partir de um viés socioeconômico e ambiental, respeitando a diversidade cultural e que sejam promotoras da saúde. Assim, a SAN coloca-se como um objetivo de políticas públicas, na medida em que ela estabelece as orientações a serem seguidas em vários campos, bem como requer mecanismos e instrumentos permanentes para permitir a consecução. Neste aspecto, a promoção da SAN possui três referências: a) direito humano à alimentação adequada; b) soberania alimentar; c) relação com a promoção do desenvolvimento.

Dessa maneira, a SAN alude ao direito de todo cidadão e cidadã de estar seguro(a) em relação aos alimentos e à alimentação nos aspectos de suficiência (proteção contra a fome e a desnutrição), qualidade (prevenção de doenças associadas à alimentação) e adequação (preservação da cultura familiar). Burlandy *et all* explicitam que “assegurar a alimentação significa assegurar o direito elementar à vida. Por essa razão, o direito humano à alimentação adequada é um dos princípios ao qual se subordina a SAN” (2010, p. 38-39). No que toca ao ideário da soberania alimentar, é possível afirmar que SAN sustenta o direito dos povos definirem suas estratégias de produção e consumo de alimentos que necessitam. A terceira referência relaciona o objetivo da SAN com a promoção do desenvolvimento, permitindo afirmar que há uma questão alimentar nos processos de desenvolvimento nos países e regiões e a forma como eles a enfrentam, podendo contribuir para que tais processos promovam crescente equidade social e a melhoria sustentável da qualidade de vida de sua população.

Nesta linha de dicção, ao reconhecer o direito à alimentação escolar como desdobramento robusto do direito humano à alimentação adequada, tem-se que tal instrumento é preponderante para assegurar, sobretudo no que tocam às crianças e adolescentes em situação de pobreza e extrema pobreza, a possibilidade refeições que contenham uma alimentação adequada. Neste aspecto, a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências, materializa importante instrumento, em nível nacional, da concretização do direito humano à alimentação adequada por meio da merenda escolar. Consoante dicção do artigo 1º diploma normativo ora mencionado, entende-se por alimentação escolar todo alimento oferecido no ambiente escolar, independentemente de sua origem, durante o período letivo.

Por sua vez, o artigo 2º da legislação em comento, em profundos sulcos, vai estabelecer que são diretrizes da alimentação escolar: (i) o emprego da alimentação saudável e adequada, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis,

contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento dos alunos e para a melhoria do rendimento escolar, em conformidade com a sua faixa etária e seu estado de saúde, inclusive dos que necessitam de atenção específica; (ii) a inclusão da educação alimentar e nutricional no processo de ensino e aprendizagem, que perpassa pelo currículo escolar, abordando o tema alimentação e nutrição e o desenvolvimento de práticas saudáveis de vida, na perspectiva da segurança alimentar e nutricional; (iii) a universalidade do atendimento aos alunos matriculados na rede pública de educação básica; (iv) a participação da comunidade no controle social, no acompanhamento das ações realizadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios para garantir a oferta da alimentação escolar saudável e adequada; (v) o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos; (vi) o direito à alimentação escolar, visando a garantir segurança alimentar e nutricional dos alunos, com acesso de forma igualitária, respeitando as diferenças biológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontram em vulnerabilidade social.

Ainda em conformidade com o artigo 11, no que toca à universalização do direito humano à alimentação adequada, a responsabilidade técnica pela alimentação escolar nos Estados, no Distrito Federal, nos Municípios e nas escolas federais caberá ao nutricionista responsável, que deverá respeitar as diretrizes previstas na lei em comento e na legislação pertinente, no que couber, dentro das suas atribuições específicas. Os cardápios da alimentação escolar deverão ser elaborados pelo nutricionista responsável com utilização de gêneros alimentícios básicos, respeitando-se as referências nutricionais, os hábitos alimentares, a cultura e a tradição alimentar da localidade, pautando-se na sustentabilidade e diversificação agrícola da região, na alimentação saudável e adequada.

É interessante evidenciar que o §2º do artigo 12 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, assinala que para os alunos que necessitem de atenção nutricional individualizada em virtude de estado ou de condição de saúde específica, será elaborado cardápio especial com base em recomendações médicas e nutricionais, avaliação nutricional e demandas nutricionais diferenciadas, conforme



regulamento. No mais, a aquisição dos gêneros alimentícios, no âmbito do PNAE, deverá obedecer ao cardápio planejado pelo nutricionista e será realizada, sempre que possível, no mesmo ente federativo em que se localizam as escolas, observando-se as diretrizes de que trata o art. 2º da Lei em comento.

## **5 TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS LEGAIS EM PAUTA E O PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE): A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA**

Em um primeiro comentário, o artigo 2º da Resolução/CD/FNDE nº 38, de 16 de julho de 2009, que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), vai estabelecer que são princípios do PNAE: (i) o direito humano à alimentação adequada, visando garantir a segurança alimentar e nutricional dos alunos; (ii) a universalidade do atendimento da alimentação escolar gratuita, a qual consiste na atenção aos alunos matriculados na rede pública de educação básica; (iii) a equidade, que compreende o direito constitucional à alimentação escolar, com vistas à garantia do acesso ao alimento de forma igualitária; (iv) a sustentabilidade e a continuidade, que visam ao acesso regular e permanente à alimentação saudável e adequada; (v) o respeito aos hábitos alimentares, considerados como tais, as práticas tradicionais que fazem parte da cultura e da preferência alimentar local saudáveis; (vi) o compartilhamento da responsabilidade pela oferta da alimentação escolar e das ações de educação alimentar e nutricional entre os entes federados, conforme disposto no art. 208 da Constituição Federal; e (vii) a participação da comunidade no controle social, no acompanhamento das ações realizadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para garantir a execução do Programa.

Por sua vez, o artigo 3º estabelecer que são diretrizes do PNAE: (i) o emprego da alimentação saudável e adequada, que compreende o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento dos alunos e para a melhoria do rendimento escolar, em conformidade com a faixa etária, o sexo, a atividade física e o estado de saúde, inclusive dos que necessitam de atenção específica; (ii) a inclusão da educação alimentar e nutricional no processo de ensino e aprendizagem, que perpassa pelo currículo escolar, abordando o tema alimentação e nutrição e o desenvolvimento de práticas

saudáveis de vida, na perspectiva da segurança alimentar e nutricional; (iii) a descentralização das ações e articulação, em regime de colaboração, entre as esferas de governo; (iv) o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos.

O PNAE tem por objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de práticas alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo. Ao lado do exposto, para fins do PNAE, será considerada educação alimentar e nutricional o conjunto de ações formativas que objetivam estimular a adoção voluntária de práticas e escolhas alimentares saudáveis, que colaborem para a aprendizagem, o estado de saúde do escolar e a qualidade de vida do indivíduo. São consideradas, entre outras, estratégias de educação alimentar e nutricional: a oferta da alimentação saudável na escola, a implantação e manutenção de hortas escolares pedagógicas, a inserção do tema alimentação saudável no currículo escolar, a realização de oficinas culinárias experimentais com os alunos, a formação da comunidade escolar, bem como o desenvolvimento de tecnologias sociais que a beneficiem.

A partir da caracterização do PNAE, cuida voltar um olhar analítico acerca da transferência de recursos, cuja espécie se encontra alocada nas transferências ditas legais, ou seja, aquelas que “são regulamentadas em leis específicas que disciplinam os critérios de habilitação, forma de transferência, formas de aplicação dos recursos e prestação de contas” (BRASIL, 2000, p. 20). Logo, em observância ao diploma legal, consoante dicção do artigo 5º, §1º, “a transferência dos recursos financeiros, objetivando a execução do PNAE, será efetivada automaticamente pelo FNDE, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante depósito em conta corrente específica” (BRASIL, 2009), com o escopo único de adquirir gêneros alimentícios, conforme preceitua o §2º do artigo 5º da Lei nº 11.947/2009. Denota-se, portanto, tal como dito alhures, que a transferência do recurso financeiro advém do reconhecimento da alimentação escolar como desdobramento do direito humano à alimentação escolar.

Tecidos tais comentários, passa-se ao exame do procedimento advindo de tal transferência legal de recursos. Nesta linha, o valor repassado, pela União Federal, é calculado com arrimo no número de alunos matriculados no ensino pré-escolar e fundamental de cada um dos entes governamentais, tendo como premissa os dados oficiais de matrículas obtidos no censo escolar, relativo ao ano anterior ao atendimento, realizado pelo Ministério da Educação, consoante preconiza o §4º do artigo 5º da Lei nº 11.947/2009. É importante esclarecer que, para os fins de transferência legal, consideram-se como parte da rede estadual, municipal e distrital os alunos matriculados em: I - creches, pré-escolas e escolas do ensino fundamental e médio qualificadas como entidades filantrópicas ou por elas mantidas, inclusive as de educação especial; II - creches, pré-escolas e escolas comunitárias de ensino fundamental e médio conveniadas com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (BRASIL, 2009).

Uma vez depositada a quantia advinda da transferência, os saques somente são permitidos para pagamento de despesas decorrentes de gêneros alimentícios, por meio de cheque nominativo ao credor ou ordem bancária ou para a aplicação obrigatória em caderneta de poupança se a previsão de uso dos recursos financeiros for igual ou superior a um mês. “Quando a utilização estiver prevista para prazos menores, os recursos disponíveis devem ser aplicados em fundo de aplicação financeira de curto prazo, ou operação de mercado aberto lastreada em título de dívida pública federal” (BRASIL, 2000, p. 20), devendo, para tanto, os rendimentos serem aplicação na aquisição de gêneros alimentícios.

O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação deixará de proceder ao repasse dos recursos do PNAE aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, na forma estabelecida pelo seu Conselho Deliberativo, comunicando o fato ao Poder Legislativo correspondente, nos termos do artigo 20 da Lei nº 11.947/2009, quando esses entes: (i) não constituírem o respectivo CAE ou deixarem de efetuar os ajustes necessários, visando ao seu pleno funcionamento; (ii) não apresentarem a prestação de contas dos recursos anteriormente recebidos para execução do PNAE, na forma e nos prazos estabelecidos pelo Conselho Deliberativo do FNDE; (iii)- cometerem irregularidades na execução do PNAE, na forma estabelecida pelo Conselho Deliberativo do FNDE (BRASIL, 2009)

Cada Estado, Distrito Federal e Município deve ter um Conselho de Alimentação Escolar – CAE como órgão deliberativo, fiscalizador e de assessoramento, constituído por sete membros (com respectivos suplentes), para mandato de dois anos não remunerado (podendo ser reconduzidos uma única vez), com a seguinte composição: um representante do Poder Executivo, indicado pelo chefe desse poder; um representante do Poder Legislativo, indicado pela respectiva mesa diretora; dois representantes dos professores, indicados pelo órgão de classe; dois representantes de pais de alunos, indicados pelos conselhos escolares, associações de pais e mestres ou entidades similares; e um representante de outro segmento da sociedade local (BRASIL, 2000, p. 22).

No mais, nos Municípios com número superior a cem escolas de ensino fundamental, bem como nos Estados-membros e no Distrito Federal, a composição do Conselho de Alimentação Escolar pode ser de até três vezes o número de membros mencionados acima, atentando-se à proporcionalidade. “Além da fiscalização exercida pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, pelo Conselho de Alimentação Escolar, e pelo sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, o Tribunal de Contas da União poderá realizar auditorias e inspeções para verificar a correta aplicação dos recursos” (BRASIL, 2000, p. 22).

As prestações de contas dos recursos recebidos à conta do PDDE, a serem apresentadas nos prazos e constituídas dos documentos estabelecidos pelo Conselho Deliberativo do FNDE serão feitas: I - pelas unidades executoras próprias das escolas públicas municipais, estaduais e do Distrito Federal e dos polos presenciais do sistema UAB aos Municípios e às Secretarias de Educação a que estejam vinculadas, que se encarregarão da análise, julgamento, consolidação e encaminhamento ao FNDE, conforme estabelecido pelo seu conselho deliberativo; II - pelos Municípios, Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal e pelas entidades qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público àquele Fundo.

## **6 CONCLUSÃO**

Historicamente, a fome apresenta-se como um evento constante nas sociedades, assumindo, por vezes, índices tão complexos e alarmantes que são capazes de colocar em risco a harmonia social. Trata-se da *carestia*, ou seja, a fome como crise social econômica acompanhada de má nutrição em massa e epidemias. É interessante, ainda, rememorar que essa manifestação de fome crônica é aquela permanente, ocorrendo quando a alimentação diária não consegue propiciar ao indivíduo energia suficiente para que seja mantido o seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas. Essa materialização da fome traz consigo efeitos devastadores, causando sofrimento agudo e lancinante sobre o corpo, produzindo letargia e debilitando, de maneira gradual, as capacidades mentais e motoras. Há que se reconhecer que o espectro da fome é capaz de desencadear a marginalização social, perda da autonomia econômica e desemprego crônico, em decorrência da incapacidade de executar um trabalho irregular.

O ideário de soberania alimentar está assentado na autonomia alimentar do país e a menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. É interessante destacar que o emprego da noção de soberania alimentar tem o início do seu fortalecimento no tema acerca da segurança alimentar, no próprio ano de 1996. Além disso, tal conceito busca dar importância à autonomia alimentar do país e à menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. Já a segurança alimentar e nutricional, parafraseando a concepção legal contida na Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, em seu artigo 3º consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja o comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na CF/88, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e regularmente. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional (SAN) e o direito humano à

alimentação adequada (DHAA). A qualidade dos alimentos consumidos preconiza que a população não esteja à mercê de qualquer risco de contaminação, problemas de apodrecimento ou outros decorrentes de prazos de validade vencidos.

Trata-se da possibilidade de consumir um conjunto de alimentos de maneira digna, sendo que a extensão de *dignidade* assume a feição de um ambiente limpo, com talheres e seguindo as normas costumeiras de higiene e as particularidades caracterizadoras de cada etnia ou região. A quantidade dos alimentos ingeridos deve ser suficiente para assegurar a manutenção do organismo e o desenvolvimento das atividades diárias. A regularidade da alimentação, por sua vez, assenta suas bases na premissa que as pessoas têm que ter acesso constante à alimentação, sendo esse compreendido como a possibilidade de se alimentar ao menos três vezes ao dia.

Com efeito, inúmeros são os obstáculos a serem superados, sobretudo para a integral substancialização do direito em comento, notadamente quando se analisa uma sociedade dotada de contrastes tão robustos, sobretudo no que concerne à distribuição de renda desigual e a população que se encontra em situação de vulnerabilidade social acentuada. Denota-se, pois, que a materialização do direito humano à alimentação adequada é pilar primordial da promoção da dignidade da pessoa humana, pedra angular do ordenamento jurídico vigente, eis que busca atender a necessidade básica para o desenvolvimento humano.

## REFERÊNCIA

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. *Revista Nutrição*, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei de Segurança Alimentar e Nutricional: Conceitos*. Brasília: MDA, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nºs 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Segurança Alimentar – 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

\_\_\_\_\_. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008

\_\_\_\_\_. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada*. Brasília: SDH, 2011.

\_\_\_\_\_. *Resolução/CD/FNDE nº 38, de 16 de julho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Brasília: Editora do Tribunal de Contas da União, 2000. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

BURLANDY, Luciene *et all*. Avaliação do programa Banco de Alimentos. *In: Cadernos de Estudos: Desenvolvimento Social em Debate*. n. 14. Brasília, MDS, 2010.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. *In: \_\_\_\_\_*; WILKINSON, John (org.). *Reestruturação do Sistema Agroalimentar*. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. *A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano*. Disponível em: . Acesso em 03 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho a la alimentación adecuada*. Disponível em: . Acesso 03 jun. 2017.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito fundamental social à alimentação adequada: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.



## O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E O TERMO INICIAL DE SEU PRAZO PRESCRICIONAL

**REBECA LIMA AGUIAR:** Advogada.  
Graduada em Direito pela Universidade  
Federal do Ceará.

**RESUMO:** O presente estudo visa fornecer uma abordagem crítica acerca do termo inicial do prazo prescricional para exercício da pretensão de redirecionamento da execução fiscal nos casos de dissolução irregular. Em um primeiro momento, é feita uma análise da possibilidade de redirecionamento nos casos de constatação de dissolução irregular da empresa executada, sob a perspectiva da jurisprudência do STJ. Em seguida, analisa-se as correntes existentes sobre o termo inicial da contagem do prazo prescricional para o redirecionamento.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios-gerentes da empresa executada. 2.1 Noções gerais. 2.2 O redirecionamento em caso de dissolução irregular, à luz da jurisprudência do STJ. 3 Contagem do prazo prescricional para o redirecionamento. 3.1 A posição tradicional do STJ. 3.2 A teoria da *actio nata*. 4 Considerações finais. 5 Referências.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Prescrição.

**ABSTRACT:** This study aims to provide a critical approach of the initial term of the prescriptive period for the exercise of the pretension of redirecting the tax execution in cases of irregular dissolution. At first, an analysis of the possibility of redirection in cases of irregular dissolution of an executed company is made, from the jurisprudential comprehension. Next, we analyze the existing positioning on the initial term of the counting of the prescriptive period for the redirection.

**KEYWORDS:** Tax Law. Fiscal performance. Redirection. Prescription.

## 1 INTRODUÇÃO

A ação de execução fiscal consiste no instrumento processual por meio do qual a Fazenda Pública procede à cobrança de seus créditos inscritos em Dívida Ativa.

No âmbito desse processo, o redirecionamento representa a possibilidade de se dirigir a cobrança executiva para os responsáveis tributários indicados pela lei. Uma de suas causas mais corriqueiras corresponde à verificação de dissolução irregular da empresa, abrindo-se a via para redirecionar a cobrança fiscal em face dos sócios-gerentes.

No presente trabalho, propõe-se a análise acerca de qual deve ser o momento inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão de redirecionamento. Trata-se de questão de grande relevância, em especial se considerada a multiplicidade de causas relativas ao tema na prática forense.

Em um momento inicial, são analisados o conceito e as hipóteses de cabimento do redirecionamento da execução fiscal, com especial atenção aos casos de dissolução irregular, sob a perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Aborda-se, em seguida, a celeuma relativa ao termo *a quo* do prazo prescricional para o exercício da pretensão de redirecionamento pela Fazenda Pública, destacando-se, de um lado, a posição jurisprudencial tradicional e, de outro, o entendimento moderno, baseado na aplicação da teoria da *actio nata*.

## 2 O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DOS SÓCIOS-GERENTES DA EMPRESA EXECUTADA

Convém averiguarmos, inicialmente, em que consiste o redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios-gerentes, bem como em quais hipóteses possui cabimento. A partir daí, passaremos a uma análise mais específica do redirecionamento, no que tange aos casos de dissolução irregular, conforme a jurisprudência do STJ.

### 2.1 Noções gerais

O redirecionamento da execução fiscal consiste na possibilidade de que determinadas pessoas, legalmente previstas como responsáveis, venham a responder com seus bens pessoais pela dívida em cobrança, ao lado do devedor principal.

Aqui trataremos do redirecionamento em face dos sócios (ou terceiros) que exercem a gerência de uma empresa, cenário bastante comum na prática jurídica.

Ao se requerer o redirecionamento de uma execução fiscal em face dos sócios-gerentes de dada empresa, está-se requerendo a inclusão de tais sócios no polo passivo do feito, para que respondam pela dívida com seus próprios bens, juntamente com a pessoa jurídica executada.

Ressalte-se que tal medida não se confunde com o requerimento de *desconsideração da personalidade jurídica* da empresa. Isso porque, no caso do redirecionamento, há imputação direta de responsabilidade àquelas pessoas previstas pela lei como responsáveis. Trata-se, portanto, de responsabilização *pessoal* de terceiros.

Nesse sentido, inclusive, entende-se pela desnecessidade de utilização do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, no âmbito das execuções fiscais.

Pois bem. O redirecionamento da execução fiscal, nos casos de débitos tributários, tem cabimento nos casos previstos pelo art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN), que assim prevê:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com **excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos**:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

### III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” (grifos nossos).

Da análise do dispositivo acima colacionado, depreende-se que é possível redirecionar a cobrança dos créditos tributários em face dos “diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” em duas hipóteses: i) quando houver a prática de atos com excesso de poderes; e ii) quando for verificada infração à lei, contrato social ou estatuto da empresa.

## 2.2 O redirecionamento em caso de dissolução irregular, à luz da jurisprudência do STJ

Como visto, o ordenamento brasileiro admite o redirecionamento da execução em face dos sócios (ou não sócios) administradores de uma empresa nos casos de *infração à lei* (art. 135, III, CTN).

Com base nesse dispositivo, o STJ consolidou o entendimento de que, caso uma empresa deixe de funcionar em seu domicílio fiscal e não comunique tal fato às autoridades competentes, presume-se a sua dissolução irregular, caracterizando-se infração à lei apta a permitir o redirecionamento da execução fiscal.

Assim prevê a Súmula 435: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Tal presunção tem por fundamento o dever que possuem os sócios-gerentes de manter atualizados os dados cadastrais da empresa perante os órgãos competentes, em especial no que tange ao seu endereço e à sua dissolução. A infração à lei, nesses casos, consiste exatamente na desobediência ao rito legalmente estabelecido para a dissolução empresarial.

Nesse sentido, sendo constatada a dissolução irregular da empresa, o que se dá, como regra, por meio de certidão do oficial de justiça, abre-se o caminho para o redirecionamento da execução em face dos seus sócios-gerentes.

Válido ainda registrar que, não obstante o tema esteja sendo analisado sob a ótica de dispositivo do Código Tributário Nacional – aplicável, pois, à cobrança de créditos *tributários* –, o STJ já pacificou o

entendimento de que a dissolução irregular da empresa também possibilita o redirecionamento de execuções fiscais de créditos *não tributários*. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à .038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua

ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

5. Precedentes: REsp. n. 697108 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp. n. 657935 / RS , Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.10.2011; REsp 1272021 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/06/2012; REsp.n. ° 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG n° 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp. n.º 586.222 - SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564 / SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.

6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008” (STJ. 1ª Seção. REsp 1.371.128-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10/9/2014).

### **3 CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA O REDIRECIONAMENTO**

Segundo o art. 174 do CTN, é quinquenal o prazo prescricional para a cobrança dos créditos tributários. Ou seja, a Fazenda Pública detém o prazo de 5 (cinco) anos, contados da constituição definitiva do crédito, para proceder ao ajuizamento da ação de execução fiscal.

Já se discutiu se o exercício da pretensão de redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios-gerentes também estaria sujeito a esse prazo prescricional, prevalecendo, hoje, o entendimento afirmativo, sob o argumento de se evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais.

Admitindo-se, portanto, que o redirecionamento está também submetido à prescrição, cumpre analisar em que momento deve ter início a contagem desse prazo, em especial no que tange aos casos de dissolução irregular da empresa.

O tema é controverso tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial.

#### **3.1 A posição tradicional do STJ**

De um lado, tem-se a tese de que o prazo quinquenal para o redirecionamento deve ser iniciado a partir da data da citação da pessoa jurídica executada (ou do despacho de citação, se posterior à alteração legislativa introduzida pela Lei Complementar 118/2005).

Isso porque, nesse momento, teria ocorrido a interrupção do prazo prescricional, conforme previsão do art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, bem como do art. 8º, § 2º, da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80). Tal interrupção produziria efeitos tanto em face da pessoa jurídica, quanto em face de

seus sócios (responsáveis solidários), de forma a ser esse o termo *a quo* do prazo prescricional para fins de redirecionamento.

Esse é o entendimento tradicionalmente adotado pela jurisprudência do STJ. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. A citação da empresa executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal. No entanto, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais, vem-se entendendo, de forma reiterada, que o redirecionamento da execução contra os sócios deve dar-se no prazo de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica. Precedentes: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalho, Primeira Seção, DJe de 7.12.2009; AgRg no REsp 958.846/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 30.9.2009; REsp 914.916/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 16.4.2009. 2. Agravo regimental não provido”. (AgRg no Ag 1211213 / SP, 2ª Turma, DJe 24/02/2011).

### **3.2 A teoria da *actio nata***

Noutro giro, encontra-se o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo prescricional para o redirecionamento coincide com a data da ciência, pelo Fisco, da constatação da dissolução irregular da empresa.

Aplica-se, segundo essa corrente, a teoria da *actio nata*, segundo a qual os prazos prescricionais somente podem ter início a partir da ciência da lesão pelo titular do direito subjetivo tutelado. Com efeito, é nesse sentido a previsão do art. 189 do Código Civil brasileiro, segundo o qual “*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição*”.



Na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 544):

“O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer. Se, entretanto, num dado momento, ocorre a sua violação por outrem, nasce para o titular uma pretensão exigível judicialmente – Anspruch. O sujeito não conserva indefinidamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer. Pela prescrição, extingue-se a pretensão, nos prazos que a lei estabelece (art. 189 do Código de 2002)”.

A prescrição, portanto, é instituto intrinsecamente relacionado à *inércia* do titular de uma pretensão, podendo levar à sua extinção, caso não exercida em determinado período de tempo.

Pois bem. A teoria da *actio nata* encontra perfeita aplicação no campo do redirecionamento de execuções fiscais.

Uma vez constatada a dissolução irregular de uma empresa, surge a responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, nos termos do art. 135 do CTN. Concomitantemente, surge a possibilidade de o Fisco requerer o redirecionamento da execução para os sócios-gerentes, nos termos da já mencionada Súmula 435 do STJ. Anteriormente a esse momento, sequer existe qualquer pretensão a ser exercitada pela Fazenda Pública.

É essa, inclusive, a situação que se verifica na grande maioria dos casos concretos. A dissolução irregular que possibilita dirigir a cobrança executiva para o responsável tributário somente se dá no curso da demanda, não necessariamente coincidindo com a data da citação da pessoa jurídica.

Considerando-se, portanto, ser a dissolução irregular o “fato gerador” da pretensão de redirecionamento, somente com a ciência desse fato pelo

representante da Fazenda Pública pode ter início a contagem do prazo prescricional.

Ressalte-se que não deve ser considerada para tanto a data da certidão do oficial de justiça que tenha constatado a inatividade da empresa, mas sim a data da intimação do representante da Fazenda Pública acerca do certificado nos autos. Antes de tal momento, não há ciência da lesão ao direito, não havendo como ser formulado qualquer requerimento de inclusão dos sócios-gerentes no polo passivo do feito executivo.

O entendimento também já foi acolhido em precedentes do STJ:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL.  
REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE.

PRESCRIÇÃO. TEORIA DA "ACTIO NATA".  
RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS.

MATÉRIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA.  
INCIDÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ.

1. O termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagrado no princípio universal da actio nata.

2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.

3. A responsabilidade subsidiária dos sócios, em regra, não pode ser discutida em exceção de pré-executividade, por demandar dilação probatória, conforme decidido no Recurso Especial "repetitivo" 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 1.4.2009, nos termos do art. 543-C, do CPC.

4. Incidência da Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente

às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". Agravo regimental provido". (AgRg no REsp 1196377 / SP, 2ª Turma, DJe 27/10/2010).

Registre-se que a celeuma ora exposta deverá ser solucionada pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que é objeto do REsp 1.201.993/SP, afetado como representativo da controvérsia, sob o rito dos recursos repetitivos, ainda pendente de julgamento.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se a existência de clara controvérsia envolvendo o termo inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios-gerentes da empresa executada.

O entendimento jurisprudencial tradicionalmente adotado, no sentido de que tal momento corresponderia à data de citação (ou despacho de citação) da pessoa jurídica, confere ao instituto da prescrição interpretação que não se coaduna com os postulados que lhe são aplicáveis, em clara ofensa ao princípio universal da *actio nata*.

Com efeito, estando a prescrição intimamente ligada à inércia do titular de uma pretensão, não se pode admitir a penalização da Fazenda Pública, com a perda da pretensão de redirecionamento, se há completa impossibilidade de exercê-la.

Como visto, apenas a partir da constatação da dissolução irregular nasce a pretensão do Fisco de redirecionamento, não havendo como se falar em prescrição antes desse momento. Afinal, como se pode pretender extinguir algo (pretensão) que ainda não surgiu?

Desse modo, não havendo o transcurso do período de 5 (cinco) anos entre a ciência do representante da Fazenda Pública da ocorrência da dissolução irregular e o requerimento de redirecionamento em face dos sócios-gerentes, não se deve falar em prescrição.

Em resguardo à segurança jurídica dos litigantes, é nítida a necessidade de uma definição da jurisprudência pátria sobre o tema, o que pode ser

perfectibilizado pelo STJ com o julgamento do REsp 1.201.993/SP, representativo de controvérsia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: . Acesso em: 5 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 5 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) >. Acesso em: 5 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1211213-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Brasília-DF, DJe 24/02/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1196377-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Brasília-DF, DJe 27/10/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.371.128-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Brasília-DF, DJe 17/09/2014.

PAULSEN, Leandro. **Direito processual tributário**: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I / Atual**. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



## O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO RECONHECIMENTO DE ORIGEM GENÉTICA POR REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

**GLAUCO EDUARDO SALLES DOS SANTOS:** Advogado especialista em Direito Penal associado ao escritório Cutrim, Santos & Borges. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Assessor Jurídico Pharmacon Consultoria.

**Resumo:** A jornada de construção do conjunto de normas-regra e normas-princípio que têm por fito a construção social e florescimento das potencialidades humanas, se confunde, essencialmente, formação ideológica do ser no tempo. Por apanágio das Ciências Sociais, o ordenamento jurídico e esforços hermenêuticos sobre este assumem diferente feição a depender das condições de tempo e local. Segue este raciocínio com perfeição o conjunto de normas relativo ao Direito Civil. Neste contexto, eleva-se ao estudo, especialmente, a disciplina contratual, examinando suas feições históricas, com ênfase ao princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, momento em que se debruçará sobre emblemática decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o reconhecimento da origem genética da filiação em inseminação artificial heteróloga, em que se sopesou a liberdade contratual, os direitos relativos à personalidade, e o princípio *Treu und Glauben*.

**Palavras-chave:** Direito Contratual; *Treu und Glauben*; Direito à informação; Reconhecimento genético.

**Abstract:** A journey of building a set of norms-rule and norms-principle that has by a social construction and flowering of human potentialities, is essentially confused ideological formation has no time. By virtue of the Social Sciences, the legal order and the hermeneutic principles on it take on another feature and one dependent on the conditions of time and place. It follows this reasoning with perfection or set of norms relative to the Civil Right. In this context, a contractual discipline is especially studied, examining its historical features, with an end in principle of objective good faith and its annexed duties, at which point it will focus on the emblematic decision of the Constitutional Court. In heterologous artificial insemination, in which a contractual freedom, personality rights, and the *Treu und Glauben* principle were weighed.

**Keywords:** Contractual Law; *Treu und Glauben*; Right to information; Genetic recognition.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Síntese do Acórdão. 3. O Contrato e a virada kantiana. 4. *Treu und Glauben* e Solidariedade. 5. O dever acessório de informação: digressões sobre a decisão alemã. 6. Considerações finais. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

De função propedêutica ao estudo jurídico, o brocardo romano *'ubi societas ibi jus'* denota a necessidade de um conjunto imperativo e exterior de normas para manutenção social (BOBBIO, 2001, p. 149). Os intemperismos naturais à existência reverberam na construção do ser social, trazendo, por conseguinte, sensíveis mudanças ao ordenamento jurídico como um todo (REALE, 2009). Neste ponto, se observa a diferença do trato entre Ciências Sociais e as Ciências Naturais: a inconstância e a irreprodutibilidade (DAMATTA, 2010).

Na medida em que as leis de Newton implicam em descrições relativas à natureza, logo, constantes em ambos os hemisférios e equivalente ao que se vivenciava séculos atrás, não se pode dizer o mesmo, por exemplo, do sentimento de justiça, noção pessoalíssima marcada pela impermanência no decorrer do tempo.

Na esteira das inconstâncias, o dinamismo econômico constitui relevante fator no movimento permanente de construção de uma ordem jurídica contratual. Este movimento de reoxigenação é de suma importância na tutela dos acordos de vontade, tendo em vista que a caducidade de suas normas pode inibir a circulação de riquezas, e, por conseguinte, refletir na estrutura econômica coletiva.

Busca-se, neste estudo, reverenciar o Direito enquanto construção no tempo, lidando especialmente com os meandros contratuais perscrutando-se por suas origens históricas, feições ao decorrer do tempo. Dedicar-se ao esclarecimento do fenômeno de rotação de paradigmas, vislumbrando-se a passagem de uma era caracterizada pelos princípios liberais do *pacta sunt servanda* e Autonomia da Vontade, a um horizonte com notas de intervencionismo estatal, marcado pela cooperação contratual e pela ideia de Autonomia Privada.

Prima-se pelo estudo das repercussões sociológicas relativas à confiança enquanto elos invisíveis de coesão social. Para tanto, debruçar-se-á sobre os estudos de Émile Durkheim em *'A divisão social do trabalho'*, na tentativa de se elucidar o princípio da boa-fé objetiva enquanto expressão da ideia de solidariedade social.

Sob este fito, dedicar-se-á análise de emblemática decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça da Alemanha. Nesta, se definiu o dever de informação, acessório ao princípio da boa-fé objetiva, enquanto razão fundamental ao reconhecimento da origem genética por parte da filiação em casos de inseminação artificial heteróloga.

## **2. SÍNTESE DO ACÓRDÃO**

Em janeiro de 2015, o *Bundesgerichtshof* - Superior Tribunal de Justiça da Alemanha - proferiu decisão emblemática, reconhecendo o Direito de duas crianças a identificar suas correspondentes origens genéticas. A tez paradigmática se deve ao fato da filiação, em ambos os casos, ser fruto de inseminação artificial heteróloga: os respectivos procedimentos foram devidamente reduzidos a termo contratual, no qual consta cláusula de renúncia à identificação do doador de gametas, razão pela qual permaneciam anônimos à prole. Ressalta-se, ainda, a existência de pacto firmado entre doadores e clínica especializada, através do qual se garantiu a não divulgação de seus dados pessoais.

Os Autores, nascidos em 1997 e 2002, inicialmente, postularam perante a Clínica de Reprodução Assistida responsável pelo procedimento, pugnando o reconhecimento do direito de obter informações acerca de sua ascendência. A negativa os levou à justiça alemã, onde, ainda em primeiro grau, não obtiveram êxito na ação de reconhecimento, sendo alegada a ausência de capacidade jurídica ao pedido, vide § 63 do *Personenstandsgesetz* (PStG). O *Bundesgerichtshof*, reforçando o entendimento da Sexta Seção Civil do Tribunal de Hannover, invocou não apenas a Dignidade Humana para que se fosse reconhecido o direito de informação acerca da ascendência biológica, mas, também, o *Treu und Glauben* no tratamento dos pactos, presente no §242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão.

O Superior Tribunal de Justiça da Alemanha se manifestou pela nulidade da cláusula contratual relativa à renúncia da identificação do doador de gametas. Para a Corte, o dispositivo viola o dever de informação, supedâneo do princípio da boa-fé objetiva, resultando em prejuízo a terceiros, no caso, à filiação biológica, ao impedir a identificação de sua raiz genética.

## **3. O CONTRATO E A VIRADA KANTIANA**

As ideias concernentes à movimentação de riquezas são inerentes a qualquer aglomerado social, manifestando-se através da divisão de bens produzidos, em atividades relativas ao escambo de objetos, assim como em relações de compra e venda. Apesar da noção germinal de contrato se fazer



presente desde priscas eras, há de se frisar, contudo, a primazia do período Justiniano ao tratá-lo sob a feição de instrumento solene, revestindo de proteção jurídica pactos de vontade (VENOSA, 2006, p.17).

Nesta esteira, a ideia de contrato orbita em torno de conjunto de normas-regra e normas-princípio de caráter cogente, emitido pelo Estado, capaz de, sistemicamente, manter a harmonia das relações jurídicas referentes à atividade econômica (TARTUCE, 2011, p. 475). Como toda disciplina de natureza social, entretanto, é afeta aos intemperismos políticos e econômicos, de modo que suas facetas são decalcadas para se amoldar, o tanto quanto possível, ao contexto histórico vivenciado.

A construção das feições contratuais no decorrer do tempo traduz o caminho histórico percorrido na valorização do intervencionismo Estatal pela garantia da igualdade, e correto adimplemento das condições instrumentalizadas, ao passo em que se denota, por consequência, crescente conjunto de restrições relativo à liberdade de definir as cláusulas contratuais. Eis, pois, a grande virada de Copérnico na orbita contratual: da Autonomia da Vontade à ideia de Autonomia Privada (ROPPO, 2009).

*Ab initio*, a legislação contratual Bizantina dedicou ampla liberdade quanto aos sujeitos e às cláusulas contratuais. Assumia-se a presunção de igualdade entre contratantes, determinada pelo exame da capacidade civil das partes, destacando ao Estado o papel secundário de verificação de legalidade e de cumprimento das condições relativas ao contrato. Assim fora erigido o princípio '*pacta sunt servanda*', expressando a obrigatoriedade de cumprimento dos termos elevados a contrato, ponto basilar da concepção de Autonomia da Vontade. Seu apogeu, entretanto, só ocorreu séculos depois, em solo francês. Fruto das revoluções burguesas e da patente influência liberal na edição do *Code Civil des Français du 21 mars 1804*, a elevação ao patamar 'semiconstitucional' (NETO, 2013, p. 71) consubstanciou-se através do emblemático artigo 1.134<sup>[1]</sup>, ao grafar o contrato enquanto lei entre as partes.

Os contratantes gozavam de ampla liberdade para definição das cláusulas contratuais, creditando-se aos mesmos o dever de cumpri-las em virtude da fixação do instrumento solene, presumindo-se o equilíbrio das relações contratuais independentemente de seu bojo.

Os fenômenos da reaproximação do Direito e da Moral, e da Publicização do Direito Privado trouxeram nova roupagem à formatação contratual (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 10), sendo o marco inicial à mitigação

do *pacta sunt servanda* e do absolutismo relativo à Autonomia da Vontade. A chamada ‘virada kantiana’ é despertar neopositivista à uma nova perspectiva hermenêutica, avocando protagonismo às normas constitucionais frente as disposições eleitas *inter-partes*. Num esforço de ressignificações, o dever de cuidado - manifestação do princípio da boa-fé contratual - passa a assumir papel central na disciplina civil.

#### **4. TREU UND GLAUBEN E SOLIDARIEDADE**

Os intemperismos ínsitos ao tempo, e suas conseqüentes implicações ao emaranhado de relações atinentes à política, economia, e aos fatores reais relativos à eticidade, como exposto, consubstanciam reformulação no que tange a sistemática dos contratos.

O gradativo reconhecimento das desigualdades informacional e financeira, predicados inerentes às partes, aproxima a disciplina contratual de posturas restritivas à Autonomia da Vontade. Este remodelar de conceitos é caracterizado pela mitigação do *pacta sunt servanda* frente a elevação do papel ocupado pelo princípio da boa-fé contratual. Apesar de seu recente protagonismo, se trata de requisito funcional ínsito a todo e qualquer acordo de vontades.

Sobre este aspecto, insta guisar o duplo viés assumido pela boa-fé: se observa a conduta do sujeito em âmbito psicológico, aferindo o conhecimento o não das circunstâncias incidentes à vida do acordo pactuado, assim como se examina as condições objetivas relativas aos deveres de lealdade, zelo e cuidado mútuo (REALE, 2003). Neste ponto, se percebe a dissemelhança entre boa-fé subjetiva, e boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), sendo esta última elevada ao patamar de princípio contratual basilar, com estreito vínculo à ideia de confiança *inter partes*, cuja origem nos remonta a aspectos de natureza sociológica.

Os deveres relativos à lealdade, inerentes à qualquer instrumento contratual, guardam estreita relação ao sentimento de solidariedade, definido por Émile Durkheim enquanto tecido garantidor da coesão social (1988, p. 33). Nessa esteira, designando-se o contrato enquanto vestimenta jurídica da economia (ROPPO, 2009, p. 11) o florescimento da ideia de coletividade se consubstancia em ponto nevrálgico à saudável continuidade das atividades de mercado (MACNEIL, p.88).

O fenômeno das solidariedades é caracterizado pela ponderação dos sentimentos coletivo e individual, se ramificando em modalidade mecânica - própria de pequenos agrupamentos humanos, em que todas as ações são voltadas à

satisfação do interesse coletivo, com rasa divisão de tarefas e homogeneidade ideológica - e orgânica - predicado de construções sociais complexas, em que a lógica individual sobrepõe o sentimento de coletividade, com profunda especialização laboral e heterogeneidade ideológica. Em ambos os casos, é possível se verificar a continuidade da estrutura social a partir do exame das solidariedades: em coletivos mecânicos, a fluidez é garantida pela alteridade e uniformidade ideológica, ao passo que sociedades orgânicas perseveram pela interdependência funcional, vide alto grau de especialização de trabalho.

Cá, jaz a importância do Direito na concretização do *Treu und Glauben*: sedimentar, de modo cogente, conjunto axiológico a ser seguido em vida social. A partir dessa construção, se pode antecipar os comportamentos de terceiros, mantendo a expectativa de adimplemento e exercitando o princípio da confiança, inclusive, em seara contratual.

Destarte, os deveres relativos à informação, presteza e lealdade têm raiz sociológica, brotando de fonte salutar à coesão social.

## **5. O DEVER ACESSÓRIO DE INFORMAÇÃO: digressões sobre a decisão alemã**

A exaustão enumerativa, apanágio-chave do *Code Civil français du 1804*, é expressão ideológica proveniente das revoluções burguesas (NETO, 2013, p. 68). Tendente ao respeito à igualdade entre as partes e à liberdade contratual, buscou garantir segurança jurídica aos cidadãos através de técnica legislativa excessivamente descritiva, e de baixa porosidade interpretativa.

Possivelmente, a maior referência histórica de índole liberal, o Código Civil Napoleônico representa o apogeu principiológico da força obrigatória dos contratos. A abertura da ordem jurídica às técnicas referentes às cláusulas gerais e aos conceitos legais indeterminados retrata, para além da mitigação do *pacta sunt servanda*, o declínio da metodologia exegética.

A hodierna representação do princípio da boa-fé objetiva, entendido enquanto dever de cuidado a ser observado no trato pactual (BURCHARTS, 2014, p. 46), denota a utilização de técnica legislativa com elevado grau de abstração, panorama impensável em era napoleônica. Com o fito de melhor descrever a cláusula geral boa-fé, desenvolveu-se estudo atinente aos deveres anexos ou laterais de conduta, naturais a toda e qualquer relação contratual, dentre os quais se destaca o dever de informação (TARTUCE, 2011, p. 502).

A constatação das disparidades à nível de conhecimento sobre o objeto pactuado faz da informação pressuposto primordial à límpida expressão da

vontade, ao passo em que o dever de mútuo auxílio faz de sua prestação um compromisso contínuo. Nessa esteira, a nova ótica contratual traz às partes, muito além do adimplemento objetivo das operações econômicas fixadas, o dever de cooperação contínua para a satisfação dos interesses recíprocos (SOARES, 2013).

No caso em tela, fora reconhecido o direito de duas crianças geradas através de inseminação artificial heteróloga à identificação das respectivas origens genéticas. A intervenção de reprodução assistida se realizou em clínica especializada, e fora reduzida a termo contratual, no qual consta cláusula de renúncia à identificação dos respectivos doadores de gametas.

Para o *Bundesgerichtshof*, a identificação dos genitores não só consubstancia os reconhecimentos histórico e genético relativos à filiação e, portanto, respeito aos direitos de personalidade e dignidade humana, mas, atento à contemporânea feição da disciplina dos contratos, decidiu o Tribunal pela identificação dos doadores de gametas também em razão do princípio *Treu und Glauben*.

A perspectiva contratual sob a ótica de vestimenta jurídica das operações econômicas (ROPPO, 2009, p. 11), traz à baila a inafastável lembrança das reverberações sociais atinentes a cada ato celebrado. Decerto, a renúncia à identificação por parte dos contratantes – pais legalmente incumbidos – assim como o pacto de sigilo guardado entre doador de gametas – pai biológico – e clínica de reprodução, não podem afetar a escolha da filiação em tomar conhecimento de si, conforme traduz o princípio do relativismo (TARTUCE, 2011, p. 517).

A decisão declarou a existência de relação jurídica *sui generis* entre filiação e clínica especializada em reprodução assistida. Desse modo, esta última deveria exercitar seus deveres contratuais de informação, reconhecendo o vínculo jurídico com a filiação e, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, permitir o acesso relativo às respectivas árvores genéticas.

A resolução do imbróglio a partir da cláusula geral boa-fé é expressão de marco de transição na sistemática contratual. Observa-se a mitigação do princípio da obrigatoriedade de cumprimento das disposições acordadas quando, com o fito de salvaguardar a dignidade humana e a boa-fé objetiva, se quebrou o sigilo do doador de material genético para assegurar conhecimento da origem à filiação. Na mesma ocasião, se faz notável a presença Estatal na definição e no cumprimento dos acordos de vontade, percebendo-se, pois, o movimento histórico de reestruturação da Autonomia: ontem, se circunscrevia à vontade livre e

praticamente irrestrita; hoje, se depara com obstáculos advindos do fenômeno de publicização do Direito, encontrando limites para a concretização de direitos e garantias fundamentais.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legado heideggeriano, através da ideia de *'dasein'*, designa o humano enquanto *'ser-no-mundo'*, personagem em construção contínua (HEIDEGGER, 2003), sugerindo a ideia de ninho social na representação dos elos firmados entre seus componentes. *Pari passu* à construção do humano enquanto ser, o Direito, enquanto instrumento germinado com finalidade de realização da paz social (FERRAZ JUNIOR, 2003), não se encontra escuso às ações do tempo. O homem se constrói. Também o Direito. Esse panorama é perceptível em âmbito contratual, e resta caracterizado, nesta esfera apreciativa, a partir da guinada de um conjunto de restrições impostas pelo Estado na concretização dos ideais de igualdade e solidariedade. Este caminhar dos influxos da vontade absoluta, às intervenções protetivas aos direitos e garantias fundamentais, corresponde a mudança do instituto Autonomia da Vontade enquanto paradigma máximo das relações contratuais, para o que se denomina, hodiernamente, por Autonomia Privada.

Sob esta nova ordem, as partes passam a manter relação que supera os deveres de adimplemento das condições firmadas em instrumento solene. A sistemática contratual assume as desigualdades inerentes à qualquer relação humana, devendo cada sujeito se comportar de modo leal e cooperativo. Percebe-se pois o norteamo solidário dado ao contrato, reconhecendo-se seus reflexos à economia como um todo, de modo a se tornar insustentável discursos de índole essencialmente relativista.

O dever de lealdade e cooperação em esfera contratual requer fino trato. Nessa esteira, a doutrina busca esmiuçar em deveres anexos as altíssimas abstração e porosidade ínsitas ao princípio da boa-fé objetiva, entendido enquanto cláusula geral.

O *Bundesgerichtshof*, Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, ao decidir pelo acolhimento da pretensão de identificação dos pais biológicos, norteou-se pelos Direitos Constitucionais relativos à personalidade e, conseqüentemente, em elegia à Dignidade Humana. Todavia, em âmbito contratual, seu viés emblemático se deve à mitigação do princípio *pacta sunt servanda*, frente à boa-fé objetiva. Ao designar o dever jurídico de informação enquanto supedâneo do *Treu und Glauben*, a Corte reconheceu a não- oponibilidade dos pactos de anonimato aos descendentes biológicos. Portanto, apesar da existência de

instrumentos solenes nos quais os pais legalmente constituídos renunciaram ao direito de reconhecimento, e de pactos de não-divulgação realizados entre doadores de gameta e Clínica de Reprodução Assistida, estes não consubstanciam obstáculo ao direito de informação, dever anexo ao princípio da boa-fé objetiva.

A ideia de força obrigatória dos contratos vem sendo remodelada sob os paradigmas do respeito aos direitos e garantias fundamentais. Desse modo, a decisão do Tribunal Alemão denota grande avanço da atuação Estatal na promoção de ideologia extrapatrimonial às relações individuais.

#### REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Disponível em: . Acesso em: 19/10/2016.
- \_\_\_\_\_. **Personenstandsgesetz**. Disponível em: . Acesso em: 22/10/2016.
- \_\_\_\_\_. **XII ZR 201/13**. Disponível em: [1&Seite=1&nr=70419&pos=37&anz=238&Blank=1.pdf](#)>. Acesso em: 15/10/2016.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**; tradução, Plínio Dentzien – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti - Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 7.<sup>a</sup> Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- DAMATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do social do trabalho**. Tradução: Eduardo Brandão. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FRANÇA. **Code Civil des Français du 1804**. Disponível em: . Acesso em: 16/11/2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.<sup>a</sup> edição - São Paulo: Atlas, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15<sup>a</sup> Edição. Editora Vozes: São Paulo. 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 6<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NETO, Agostinho Ramalho Marques. **A Ciência do Direito – Conceito, Objeto, Método**. 2<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Renovar. 2001.

NETO, Eugênio Fachini. **Code civil francês: Gênese e difusão de um modelo.** Disponível em: . Acesso em 24/11/2016.

REALE, Miguel. **A boa fé no Código Civil.** Disponível em: Acesso em: 23/11/2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. **Reflexões sobre o dever de informação.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: . Acesso em: 24/11/2016.

NOTAS:

[1] “Art. 1.134 As convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes.” (livre tradução) (FRANÇA, 1804)

## ENTENDA A DISCUSSÃO EM TORNO DO FUNRURAL

**ADAMIR DE AMORIM FIEL:** Advogado e Consultor Jurídico em Brasília e em Alagoas; Procurador do Distrito Federal; Procurador-Chefe do Centro de Apoio Técnico da Procuradoria Geral do Distrito Federal; Membro da Comissão de Assuntos Institucionais do Fórum Nacional de Precatórios - FONAPREC/CNJ; especialista em Direito Público; Especializando MBA em Agronegócio pela ESALQ/USP; pós-graduando MBA LLM em Direito Empresarial pela FGV; especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário da UnB; ex-Procurador da Fazenda Nacional; ex-Procurador Federal. Professor do Instituto de Magistrados do Distrito Federal - IMAG/DF; Professor da Faculdade de Direito da FACITEC; co-autor do livro Direito Constitucional, Ed. Método, São Paulo; co-autor do Livro Estudos Dirigidos: Procuradorias, Ed. Jus Podivm;

**Resumo.** Este artigo tem o objetivo de apresentar as principais discussões e o posicionamento de entidades governamentais e ruralistas em torno das negociações sobre dívidas e pagamentos futuros com o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - Funrural. Para tanto, o trabalho apresenta os parâmetros utilizados nas tratativas, bem como as pretensões almejadas pelas diversas instituições. Utilizando uma metodologia qualitativa de pesquisa, o artigo conceitua o Funrural, identificando a sua alíquota e o sujeito passivo da obrigação. Finalmente, o texto apresenta esclarecimentos sobre a possibilidade de incidência da bitributação quando do pagamento do débito tributário.

**Palavras-Chave.** Funrural. contribuição social. alíquota. bitributação. ruralistas. Frente Parlamentar da Agropecuária. Receita Federal.

**Sumário.** 1. Introdução. 2. O que pretende a Receita Federal? 3. O que pretendem a Frente Parlamentar da Agropecuária e as entidades ruralistas? 4. Quais os parâmetros da negociação? 5. Últimas negociações sobre o Funrural 6. O que é o Funrural? 7. Qual é a alíquota do Funrural e quem deve pagar? 8. Como as demais pessoas pagam o Funrural? 9. Há bitributação no pagamento do Funrural? 10. Conclusão. 11. Referências bibliográficas.



## 1. Introdução

Tem-se veiculado, na imprensa, notícias relacionadas às negociações travadas entre a Receita Federal e bancada ruralista sobre dívidas e pagamentos futuros com o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - Funrural. A discussão foi retomada porque o Governo pretende editar uma Medida Provisória que deverá definir as novas alíquotas para o tributo.

A contribuição social tornou-se constitucional no final de março, quando o Supremo Tribunal Federal - STF, com repercussão geral reconhecida, proferiu a decisão no Recurso Extraordinário (RE) nº 718874. O tributo incide sobre a receita bruta obtida com a comercialização da produção rural. Por seis votos a cinco, os ministros do STF validaram a tributação do empregador rural, em 2,1% de sua produção.

A contribuição substitui a cota patronal do encargo previdenciário, acrescido do percentual dos Riscos Ambientais do Trabalho – RAT. Em 2011, ela foi considerada ilegal pelo STF, provocando uma alta da inadimplência entre os agricultores brasileiros.

O Funrural, que está previsto no artigo 25 da Lei nº 8.212/91 (com redação dada pelas Leis nºs 8.540/92, 9.528/97 e 10.256/01), foi criado com o escopo de subsidiar o pagamento de benefícios assistenciais aos trabalhadores rurais. No entanto, com a Constituição de 1988, os recursos foram destinados ao Regime Geral da Previdência para compor as verbas que financiam a aposentadoria no país.

## 2. O que pretende a Receita Federal?

A proposta da Receita Federal do Brasil para o texto da Medida Provisória é reduzir a alíquota da contribuição social, incidente sobre a comercialização da produção rural, de 2,1% para 1,8%.

O Governo Federal também propõe a instituição do Refis para o produtor, com o objetivo de promover o refinanciamento de débitos tributários contraídos com o Funrural. Com isto, o poder público deve refinar um passivo de 15 anos, perdoando juros e multa da dívida a ser paga. Acredita-se que, mantendo a alíquota do Funrural em 2,1%, este passivo seja quitado.

No dia 16 de maio de 2017, a Fazenda também propôs aos ruralistas que os produtores inadimplentes quitem, a partir de dezembro deste ano, no mínimo, cinco parcelas mensais correspondentes a 5% do valor total de suas dívidas com o Funrural. Em maio de 2018, estes profissionais passariam a pagar o percentual de 2,3%.

### **3. O que pretendem a Frente Parlamentar da Agropecuária e as entidades ruralistas?**

A bancada e as entidades ruralistas negociam uma redução para a contribuição social do Funrural entre 1,2% e 1,4%. As porcentagens continuariam a incidir sobre a comercialização da produção rural e valeriam para pagamentos futuros.

Estas instituições consentem com o Governo no que diz respeito ao Programa de Refinanciamento de Débitos Tributários – Refis, que deverá parcelar cerca de R\$ 10 bilhões, com desconto em multas e juros.

Representantes da Frente Parlamentar da Agropecuária ainda chegam a afirmar que, após quitados os passivos dos produtores, a bancada pretende propor a extinção do Funrural. No entanto, no setor da agropecuária, há divergência sobre o tema. Produtores com alta mecanização na produção preferem que a contribuição seja substituída por outro tributo incidente sobre a folha de pagamento. Por outro lado, produtores de lavouras intensivas em mão de obra, como o café, têm preferência pela manutenção do Funrural.

Veja o que algumas entidades propõem para o tributo:

- A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA apóia a Frente Parlamentar Agropecuária para obter o parcelamento alongado de dívidas passadas, sem a cobrança de juros e multa. A entidade também quer a redução da alíquota do Funrural.

- A Associação Brasileira dos Produtores de Algodão – Abrapa possui algumas propostas para as dívidas do passado. Uma delas refere-se ao parcelamento do valor devido nos últimos cinco anos, sem juros, correção monetária e multa.

A associação ainda defende que o produtor rural deve ter liberdade para escolher entre recolher para a seguridade sobre a receita bruta ou recolher sobre a folha de pagamento.

Além destes pontos, a entidade acredita que não deva ser negociado nada a respeito da equiparação entre os produtores rurais pessoas físicas e os produtores rurais pessoas jurídicas. Isto porque, para a Abrapa, o que os diferencia é apenas o padrão contábil de sua atividade.

- A Associação dos Produtores de Soja do Brasil – Aprosoja Brasil e entidades vinculadas ao Instituto Pensar Agro – IPA não adotaram ainda um posicionamento, pois aguardam a publicação do acórdão do STF sobre o tema.

- O Ministério da Agricultura acredita na implementação de um Programa de Refinanciamento de Débitos – Refis.

### **4. Quais os parâmetros da negociação?**

Até as últimas negociações, o valor da alíquota tendia a convergir para 1,5%, com cobrança de 0,2% destinados ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - Senar e mais 0,1% a título de acidente de trabalho.

Para se obter o valor de 1,5%, o novo Funrural precisa apresentar uma alíquota de 1,2%. Hoje a alíquota cheia corresponde a 2,3% da comercialização da produção rural.

Em relação às dívidas antigas, técnicos da receita afirmam que apenas será possível perdoar 100% dos juros. As multas deverão ser reduzidas em 25%.

### **5. Últimas negociações sobre o Funrural**

No dia 15 de maio de 2017, noticiou-se na imprensa que o Governo Federal teria decidido pela redução da alíquota do Funrural de 2,3% para 1,5%.

No que diz respeito aos produtores rurais pessoas físicas que deixaram de recolher o tributo enquanto permanecia discussão no STF sobre a legalidade de sua cobrança, os gestores públicos já sustentavam que deveriam continuar pagando temporariamente o tributo sob a alíquota de 2,3%, até quitar a totalidade da dívida.

Nesta mesma data, a Frente Parlamentar da Agropecuária, já afirmava o consentimento da Administração Pública em anistiar os juros das dívidas passadas, mantendo o percentual de 25% para as multas.

### **6. O que é o Funrural?**

O Funrural é o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, que, quando criado pela Lei Complementar nº 11 de 1971, fazia parte de um sistema de seguridade do campo. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e criação de um novo sistema de previdência, a contribuição foi extinta.

Em 1991, a Lei nº 8.212 passou a exigir que produtores rurais empregadores deveriam contribuir com um valor referente ao resultado da comercialização de sua produção, além de um percentual de suas receitas, como contribuinte individual (artigo 25 da Lei nº 8.212/1991, alterado pelas Leis nºs 8.540/1992 e 9.528/1997).

Em poucas palavras, pode-se definir o Funrural como a contribuição social devida pelo produtor rural pessoa física em percentual, definido em lei, sobre o valor total das receitas obtidas pela comercialização de sua produção. O tributo substituiu a cota patronal do encargo previdenciário, acrescido do percentual dos Riscos Ambientais do Trabalho – RAT.

O objetivo do Funrural é subsidiar os benefícios assistenciais destinados aos trabalhadores rurais. A partir da Constituição Federal de 1988, a arrecadação foi designada ao Regime Geral da Previdência, financiando a previdência de todos os brasileiros.

### **7. Qual é a alíquota do Funrural e quem deve pagar?**

Atualmente a alíquota do Funrural é de 2,1%. Deste percentual, 2% correspondem a valores destinados ao INSS e 0,1% são reservados para a contribuição RAT (Riscos Ambientais do Trabalho). O Funrural é devido pelo produtor rural pessoa física que mantém empregados em sua propriedade.

#### **8. Como as demais pessoas pagam o Funrural?**

Agricultores familiares não empregadores são enquadrados como Segurados Especiais. A Constituição impôs a esses trabalhadores (Emenda nº 20/98), o recolhimento do Funrural sob a alíquota de 2,1% sobre a comercialização da produção.

O produtor rural pessoa jurídica também possui a sua contribuição patronal substituída, como ocorre com o agricultor pessoa física. No entanto, o valor da alíquota é de 2,6% sobre a comercialização da produção.

#### **9. Há bitributação no pagamento do Funrural?**

O produtor rural que pagar o Funrural não será bitributado, já que o tributo substitui a contribuição patronal incidente sobre a folha de pagamento. Assim, ao invés de o contribuinte pagar 20% sobre a folha de pagamento de seus empregados, deverá arcar com um valor correspondente a 2,1% incidente sobre a comercialização de sua produção. A vantagem está no fato da cobrança apenas ser realizada quando houver produção.

De qualquer forma, a contribuição devida pelo empregado, que varia entre 8% e 11%, deve ser descontada dele. Deste modo, não se deve confundir esta contribuição com a patronal, incidente sobre a receita do empregador rural.

#### **10. Conclusão**

O Brasil é um dos países com maior carga tributária no mundo. Pior: a matriz tributária brasileira incide fortemente sobre fatores produtivos e sobre o consumo. Desse modo, não se pode perder de vista que tanto produtores rurais, quanto agentes econômicos em etapas posteriores da cadeia produtiva serão prejudicados pela tributação que se desenha. Mais: qualquer incremento nos custos de produção implicará acréscimo em preços de produtos agropecuários em desfavor dos consumidores. Enfim, seja qual for a alteração legislativa que prevaleça a respeito do Funrural, não se pode desconsiderar a visão do todo no setor econômico mais pujante do país: o agronegócio.

#### **11. Referências bibliográficas**

ARAÚJO, Massilon J. Fundamentos do agronegócio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

BURANELLO, Renato Macedo. Manual de direito do agronegócio. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVIS, J. H.; GOLDBERG, R. A. A concept of agribusiness. Boston: Harvard University, 1957.

LACERDA, Manaíra. Funrural: **Governo deve** propor alíquota de até 2,3%. Canal Rural, Brasília, 9 maio. 2017. Disponível em: <http://www.canalrural.com.br/noticias/rural-noticias/funrural-governo-deve-propor-aliquota-ate-67276>. Acesso em 18 abr. 2017.

Contribuição de empregador rural pessoa física ao Funrural é constitucional. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 30 mar. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339602>. Acesso em 18 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 18 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília. Congresso Nacional, 24 jun. 1991. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm). Acesso em 18 abr. 2017.

## SOCIOAFETIVIDADE EM FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

**FERNANDO COSTA SANTOS**

**BEZERRA:** Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado.

**RESUMO:** O presente trabalho possui como objetivo apontar o exercício da autoridade parental pelos pais afins nas famílias recompostas por meio da posse de estado de filho e da socioafetividade, com respaldo na Constituição Federal de 1988, no Novo Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. A possibilidade de dissolução do vínculo conjugal anteriormente proibida pela legislação favoreceu a ampliação do número de separações e, conseqüentemente, de novas uniões. Estas uniões, são, pois, o objeto de estudo do presente trabalho, em que se buscou elucidar a função do cônjuge ou companheiro nestes novos arranjos familiares, por entender que a regulamentação da autoridade parental nos lares recompostos facilita a convivência e, conseqüentemente, o êxito no novo núcleo familiar. Para subsídio das conclusões, optou-se por uma metodologia que privilegiou a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, pautando-se na força normativa que os princípios constitucionais vêm assumindo do mundo jurídico contemporâneo e na aplicabilidade destes no Direito de Família.

**Palavras-chave:** Família recomposta. Autoridade parental. Pai afim. Socioafetividade.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 FAMÍLIA: CARACTERÍSTICAS E NUANCES. 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA.. 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA. 2.3 FAMÍLIAS CONSTITUCIONALIZADAS: MATRIMONIAL, CONVIVENCIAL E MONOPARENTAL 3. AUTORIDADE PARENTAL, FAMÍLIAS RECOMPOSTAS E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.. 3.1 DO PÁTRIO PODER À AUTORIDADE PARENTAL. 3.2 FAMÍLIAS RECOMPOSTAS. 3.3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. 4 AUTORIDADE PARENTAL EM FAMÍLIAS RECOMPOSTAS. 4.1 A APLICAÇÃO DA AUTORIDADE. 4.2 ATUAÇÃO DOS PAIS AFINS.. 4.3 A PROBLEMÁTICA REGISTRAL. 4.4 O DESFAZIMENTO DE UMA FAMÍLIA RECOMPOSTA, E AGORA? 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO.

Tema bastante relevante, merecedor de estudo específico e de inegável importância social, sobretudo para o ramo do Direito de Família, diz respeito às transformações sociais que deram surgimento à uma gama de novos arranjos familiares anteriormente inexistentes e não reconhecidos pela legislação pátria.

As famílias recompostas – arranjos familiares em que pelo menos um dos cônjuges ou companheiro leva para o novo lar um filho de um relacionamento anterior –, por se tratar de um novo tipo de família, merece especial atenção, razão pela qual necessita de um estudo e identificação de suas especificidades, por conter particularidades não compreendidas nos outros núcleos familiares. Dentre eles, tem-se o preconceito sobre os enteados, ao inseri-los como membros pertencentes a uma segunda classe.

A autoridade parental dos pais afins nas famílias reconstituídas, apesar da abordagem doutrinária historicamente recente, é uma situação aceita e consolidada na sociedade. Em que pese a legislação civil ainda não contemplar a paternidade socioafetiva, o Poder Judiciário vem reconhecendo a aplicação da filiação socioafetiva em casos concretos. Com atenção, sobretudo, ao melhor interesse da criança e do adolescente, por verificar sua inegável e sólida presença na comunidade.

Com o advento da emancipação feminina, a criação da Lei do Divórcio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 88, entre tantos outros dispositivos caracterizadores da evolução social, houve um grande aumento do fenômeno da multiparentalidade. Com isso, a própria função dos pais afins passou a ser compreendida de maneira diversa. Há possibilidade de o seu papel variar de acordo com uma série de fatores como, por exemplo, a participação ativa ou ausência do pai biológico na vida do filho.

O presente trabalho busca elucidar a autoridade parental em famílias recompostas, mostrando, a consolidação deste instituto e o seu crescimento no cotidiano das famílias brasileiras. Como também, exteriorizar a participação do padrasto/madrasta na criação, educação e desenvolvimento do enteado através

da socioafetividade. Parentesco este que advém da convivência diária, fazendo nascer direitos e deveres entre os indivíduos dessa relação.

Este estudo fundamenta-se, sobretudo, nos posicionamentos doutrinários e na jurisprudência pátria. Sendo fracionado em três capítulos, quais sejam: (1) Família: características e nuances, onde será abordado o conceito de família, os princípios que norteiam o Direito de Família e as famílias constitucionalizadas; (2) Autoridade parental, famílias recompostas e socioafetividade paterna, que trará a definição jurídica destes institutos; e (3) Autoridade parental em famílias recompostas, o qual demonstrará sua aplicabilidade, importância, características, o posicionamento jurisprudencial e a necessidade da abrangência pelo legislativo.

Com o intuito, portanto, de contribuir decisivamente para a consolidação dos preceitos fundamentais tutelados pela *Lex Suprema*, pautando-se, sobretudo, no caráter deôntico que os princípios vêm assumindo no mundo jurídico contemporâneo, passa-se à análise minuciosa das temáticas pertinentes ao objeto de estudo em questão.

## FAMÍLIA: CARACTERÍSTICAS E NUANCES

### 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

A família é como um espelho d'água. Diz-se espelho por refletir a sociedade e suas características da maneira mais original e verdadeira possível, mostrando, inclusive, através de simples observação, a época na qual está inserida. Diz-se água por ser transparente e límpida, evidenciando seus aspectos, defeitos, qualidades e temores, sendo tão sensível na sua essência e tão frágil em sua superfície que, ao mínimo tremor, seja ele externo ou interno, ocasiona uma distorção na imagem ali projetada. Sobre o conceito de família, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho dispõem que

nenhuma definição nessa seara pode ser considerada absoluta ou infalível, uma vez que a família, enquanto núcleo de organização social, é, sem dúvida, a mais personalizada forma de agregação intersubjetiva, não podendo, por conseguinte, ser aprioristicamente



encerrada em um único *standard* doutrinário. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 43)

E continuam,

A disseminação mundial de um novo modelo econômico, já a partir do século XIX, fez estremecer os alicerces da família como instituição, não sendo raras as vozes que, tais quais trombetas do apocalipse, bradavam que era o início do fim da família... Talvez, sim, fosse o início do fim, não dá família, em si, mas da concepção uniforme e conservadora de um *único formato* de família. O século XX, nessa trilha, foi pródigo em eventos e fenômenos que abalaram tal discriminatória imposição de pensamento único. A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um “LAR, Lugar de Afeto e Respeito”..., tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 51)

Em que pese à dificuldade de exprimir um posicionamento conceitual, em virtude, sobretudo, das transformações históricas e das especificidades de cada núcleo familiar, Gustavo Tepedino desenvolve a ideia de que o ser humano sente a necessidade de saber que existem pessoas com as quais se identifica, preocupa-se e que pode contar. A esse porto seguro, chama de família, e que “difícilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social” (TEPEDINO, *on-line*, p.26).

Doutrinadores como Maria Berenice Dias e Paulo Netto Lôbo procuram conceituar família no mesmo prisma dentro de uma perspectiva de mudanças:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônia reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo estado. (DIAS, 2010, p.43)

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LÔBO, 2011, p.18)

Assim sendo, de maneira sintética, a família pode traduzir-se em uma organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.

Deve-se estar atento à proteção da família pelo fato de que é por meio dela que se dá o surgimento de uma sociedade e sua sustentação, pois é nela que cada pessoa desenvolve seu caráter e aprende a ser um cidadão, é com ela que se dividem as maiores conquistas e é a ela que se recorre na adversidade. Seu prestígio é tamanho que os legisladores sentiram a necessidade não só de proteger a família como também qualificá-la quanto a sua importância na sociedade, conforme explicitado no artigo 226 da Constituição Federal: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Superado o período da ditadura militar que assolou a sociedade brasileira por mais de vinte anos, a Constituição Federal de 1988, em relação às demais que

outrora vigeram no ordenamento jurídico pátrio, apresentou-se como um conjunto normativo definidor de direitos até então menosprezados. Para Luís Roberto Barroso (*in* NOVELINO, 2009, p. 150):

No Direito Contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.

Os princípios, portanto, vêm desempenhando no mundo jurídico o papel fundamental de orientar a aplicação das normas, adequando-as aos casos concretos, afastando-se do positivismo jurídico tradicional, há muito esfacelado por não atender ao dinamismo das demandas sociais, acarretando, inclusive, significativas mudanças em todo o Código Civil e na sua aplicação pelo Judiciário.

Dentre os vários princípios expostos na Carta Magna de 1988, os galgados como norteadores do Direito de Família são: (a) o da dignidade da pessoa humana, fundamento de um Estado Democrático de Direito, que impede a equiparação entre seres humanos e coisas; (b) o do pluralismo familiar, que reconhece a existência de diferentes arranjos familiares, inclusive daqueles que não estejam explicitamente elencados na Constituição Federal; (c) o da autonomia e da menor intervenção estatal, que preconiza a liberdade de cada indivíduo para organizar seu planejamento familiar; (d) o da igualdade e do respeito às diferenças, que defende a isonomia entre os cônjuges e entre filhos; (e) o da afetividade, que permite o reconhecimento de laços familiares ainda que inexistente a consanguinidade; (f) o do melhor interesse da criança e do adolescente, que garante a especial proteção que estes seres em formação

necessitam; e (g) o da responsabilidade, que cria deveres de cuidados entre os familiares.

De inegável importância para o objeto de estudo deste trabalho, passa-se à análise das principais características dos princípios acima elencados, cuja observância é obrigatória em face da força normativa que possuem.

#### a) A dignidade da pessoa humana

O pressuposto para o surgimento da dignidade da pessoa humana é a existência do ser humano, ou seja, o nascimento com vida já caracteriza a detenção do direito de ser tratado de maneira digna. Antes do nascimento há apenas a expectativa deste direito.

Este princípio passou, e ainda passa, por transformações de interpretação ao longo dos anos. Em um passado não muito remoto, a ideia de dignidade estava atrelada à moral e aos bons costumes. Por esta razão, a figura masculina, por exemplo, ao descobrir que fora traído, partia em proteção de seu nome e de sua honra, fazendo “justiça” com as próprias mãos, podendo chegar, inclusive, a matar a mulher infiel ou o amante desta, sem que nenhuma sanção fosse a ele imposta. Ao contrário, era um reclame da sociedade. Hoje, entretanto, pelo reconhecimento da supremacia do bem da vida, o exercício arbitrário das próprias razões não encontra respaldo na legislação.

Ainda em caráter exemplificativo, sabe-se que, em épocas passadas, era comum o não reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Tidos como indignos, sofriam discriminação e eram marginalizados pela sociedade. Atualmente, não só são reconhecidos como filhos legítimos, como também têm o direito de pleitear em juízo o reconhecimento de sua filiação.

Estes avanços democráticos são resultantes, sobretudo, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. A citação direta desse princípio ainda no 1º artigo, inciso III da Constituição Federal, elencado como um dos fundamentos da República, expõe sua importância para a Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Mas, afinal, o que é a dignidade da pessoa humana?

O entendimento esposado por Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 96), fazendo alusão à Kant, é de que o ser humano não tem um valor venal, um preço, por ser dotado de uma consciência moral. Para o aludido doutrinador, ser detentor de dignidade é o que torna o homem superior às coisas materiais. Desta forma, dignidade nada mais é do que uma qualidade intrínseca do ser humano, por ser este dotado de valor inestimável, incalculável e merecedor de respeito.

Impende observar, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma dimensão metaindividual, ou seja, extrapola as barreiras da personalidade, interessando a toda coletividade. É o que se pode perceber por meio da análise do famoso caso de “arremesso de anões”. Sobre este episódio, expõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

No início da década de 1990, determinada boate nos arredores de Paris apresentava aos seus clientes, como uma das opções de entretenimento, o arremesso de anões. O cliente interessado divertia-se arremessando à distância uma pessoa portadora dessa deficiência. A Prefeitura de Paris, por entender que tal prática, em franco desrespeito à dignidade humana, violava a Declaração Europeia de Direitos Humanos, afigurando-se ilícita, embargou a atividade. A boate se defendeu argumentando que teria o direito de exercer aquela atividade econômica. E o mais surpreendente: o anão figurou no processo, ao lado da boate, sustentando que aquela era a sua atividade econômica, o seu meio de sustento de vida. O Tribunal de Versalhes, então, cassou o embargo administrativo, autorizando a prática combatida. Coube ao Conselho de Estado da França reformar a decisão do Tribunal, para proibir em definitivo a modalidade, deixando claro que a dignidade de um homem não interessa apenas a ele, mas a toda a sociedade. Seria o caso de inseri-lo em algum programa do governo, mas não permitir a continuação de uma atividade profissional degradante. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 74-75)

Desta forma, infere-se que a preservação da dignidade está intimamente ligada à esfera pessoal, mas também ao âmbito das relações sociais, onde os laços familiares estão inseridos.

Caracterizando o ambiente mais propício para o seu desenvolvimento, para Maria Berenice Dias (2010, p.63), “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”.

E inegável, portanto, o elo existente entre a família e a dignidade da pessoa humana, em que a primeira desempenha um importante papel para o desenvolvimento de um ser dotado de qualidades que o impedem de ser equiparado a coisas.

#### b) O pluralismo familiar

Para Adriana Maluf (2010, p. 98), “Diversas são as formas de agrupamento familiar que vêm se descortinando na atualidade, vivendo lado a lado com outras formas mais tradicionais de configuração de núcleo familiar”.

A ideia de que apenas por meio do casamento pode haver a formação de uma entidade familiar decaiu com o advento da Constituição Federal de 1988. Os novos arranjos familiares, criados em decorrência do dinamismo social, fez nascer, no âmbito legislativo, a necessidade de reconhecer grupos há muito tempo existentes na sociedade.

Pautando-se nas ideias de Albuquerque Filho (*on-line*), pode-se inferir que o princípio em comento está relacionado com o reconhecimento, pelo Estado, das diferentes possibilidades de arranjos familiares, preconizando o apoio às múltiplas estruturas familiares e legitimando os arranjos emergentes por meio do reconhecimento legal dos direitos e deveres a eles inerentes.

Defende-se, portanto, com respaldo nas ideias de Guilherme Gama (2008, p. 72), uma associação do disposto no artigo 1º, inciso V da Constituição Federal, que versa sobre o pluralismo político, com o Direito de Família, estendendo-o a este, quebrando, desta forma, o paradigma patriarcal e matrimonial enraizado na sociedade, de modo a possibilitar a livre escolha de composição do arranjo familiar pelo cidadão.

c) A autonomia e a menor intervenção estatal

Também conhecido como princípio da liberdade, o princípio da autonomia no Direito de Família defende uma menor intervenção estatal nas relações privadas, garantindo a cada indivíduo o livre planejamento familiar da melhor forma que lhe convir, podendo optar pela estrutura que pretende constituir sua família.

É em decorrência deste princípio, portanto, que doutrinadores afirmam que: “Ao Estado não cabe intervir no âmbito do Direito de Família a ponto de aniquilar a sua base socioafetiva” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 104).

Por esta razão, pode-se dizer que a menor intervenção estatal está intimamente ligada ao princípio do pluralismo familiar, uma vez que o Estado está impedido de interferir na liberdade de escolha dos indivíduos em optar por qualquer modelo de família, ainda que não expressamente previsto pela Constituição. Isto se dá, sobretudo, em atenção à prancha axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002, inclusive, zelando por uma intervenção mínima, reconheceu no artigo 1.513 que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” e, no artigo 1565, §2º, que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Por isso, o posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 103) é de que “O Estado abandonou a sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista”.

Impende destacar, entretanto, que o reconhecimento da aplicabilidade do princípio da menor intervenção estatal não pode afastar do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito de algum membro da estrutura familiar. É o caso, por exemplo, da inegável competência do Juiz da Infância e da Juventude para proferir

decisões que versem sobre guarda dos filhos ou, ainda, sobre destituição do poder familiar quando necessária.

d) A igualdade e o respeito às diferenças

A igualdade no Direito de Família deve ser respeitada em duas esferas: na relação conjugal, ou seja, entre o homem e a mulher e, por analogia, entre os companheiros no caso da união homoafetiva, e entre os filhos, havidos no matrimônio, fora dele ou por adoção, detentores de mesmos direitos e qualificações.

Não há dúvidas de que a Constituição de 1988 no artigo 5º, inciso I, estabeleceu a isonomia entre os sexos quando dispõe que “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Ainda, equalizando direitos e deveres entre ambos os cônjuges, a igualdade entre os gêneros foi reafirmada mais adiante no texto da *Lex Superior*, no artigo 226, §5º, que assim preceitua: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

A igualdade entre os filhos, por sua vez, foi tratada no artigo 227 da Carta Magna de 1988, extirpando diferenças e discriminações quando, atenta ao princípio isonômico, expõe que “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Invocando a preleção, Lôbo (*on-line*) manifesta-se:

A desigualdade de deveres entre os cônjuges foi o consectário natural do paradigma familiar que vigorou na legislação brasileira, até praticamente o advento da Constituição de 1988, que pôs cobro a seus últimos e resistentes resíduos. No plano infraconstitucional, o Código Civil de 2002 suprimiu explicitamente o tratamento legal assimétrico dos deveres do marido e da mulher, concentrando no art. 1.566 os deveres comuns de ambos. Contudo, a própria razão de ser da norma instituidora dos deveres comuns, sua utilidade e sua finalidade, perderam consistência porque ela integrava um conjunto normativo



voltado à consolidação do paradigma familiar fundado na entidade matrimonializada, no poder marital, na legitimidade e no pátrio poder. Esses pilares desapareceram ou foram profundamente transformados, mercê da refundamentação da família determinada pela Constituição de 1988, refletindo as intensas modificações sociais e culturais ocorridas na sociedade brasileira nas últimas décadas do século XX, principalmente pela adoção irrestrita (e, verdadeiramente, revolucionária) do princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher e entre os filhos.

O reconhecimento da igualdade, porém, não impede a observância das peculiaridades, sejam elas naturais ou culturais, de cada ser, uma vez que, somente por meio do respeito às diferenças, estaria assegurada a igualdade plena (LÔBO, *on-line*). Neste sentido, a efetivação do princípio da igualdade requer esforços muito além de um tratamento isonômico de modo geral.

Em consonância com o pensamento de Roselló (2009, p. 128), entende-se que o singular, ao ultrapassar a barreira da unicidade e passar a ser constituído como plural, não deve ser enxergado como uma massa ou coletividade no sentido genérico do termo, mas de maneira a considerar as diferenças existentes entre os componentes do todo para, somente assim, conseguir alcançar seu fim social, a igualdade. É por esta razão que Walber de Moura Agra (2008, p.141) defende:

A igualdade almejada é a jurídica, em que a lei não pode discriminar cidadãos que estejam em semelhantes situações. Sua exceção somente pode ser amparada em uma racionalidade que tenha por finalidade que este tratamento diferente amenize uma disparidade fática. Muitas vezes, a quebra da igualdade jurídica tem o escopo de realizar uma igualdade fática, pois do contrário, tratar de forma isonômica pessoa, bens ou situações desiguais seria ensejar o aumento de desigualdades já existentes.

e) A afetividade

Respaldando-se nas ideias de Lôbo (*on-line*), pode-se dizer que o princípio da afetividade, trazido de forma implícita na Constituição Federal e no Código Civil em seus artigos 227, §6º e 1.596, respectivamente, rege todas as relações familiares, demonstrando, sobretudo por meio da temática da filiação, sua importância.

A certeza da condição de filho, mais do que a verdade demonstrada por meio do exame de DNA, dá-se por uma relação de afetividade, podendo esse vínculo ser estabelecido com base nos sentimentos que envolvem as pessoas, e não somente pela compatibilidade genética. Por esta razão, Oliveira (2002, p.233), analisando a afetividade como amálgama dos laços familiares, defende a ideia de que

Fechando-se contra “ataques” externos, a família atual ganha, no seu cotidiano, razão suficiente para não aceitar a introdução, em seu meio, de fatores que possam levá-la à destruição. A afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.

Percebe-se, portanto, que a afetividade, ainda que associada na maioria das vezes à seara da filiação, é imprescindível para o estabelecimento e permanência de qualquer laço familiar. Este avanço na forma de pensar as ligações familiares é resultante da transposição de grandes desafios e da destruição de incomensuráveis barreiras psicossociais arraigadas no tempo e no espaço, em que a família era tida como garantia de crescimento econômico e amparo na velhice. Sem levar em consideração a vontade de estar junto ao outro e o sentimento existente, as uniões prendiam-se por laços matrimoniais, acorrentando, sobretudo a mulher, aos parâmetros culturais da época do “até que a morte nos separe”.

Passada essa obscura fase, pautando-se na doutrina de Lôbo (*on-line*), defende-se a ideia de que, além da afetividade, o núcleo familiar reveste-se das características da ostensibilidade e da estabilidade. A primeira faz referência ao comportamento dos indivíduos perante a sociedade, o *tractus*; a segunda, por sua

vez, possui o escopo de tirar os relacionamentos episódicos do rol, aqueles não duradouros.

f) O melhor interesse da criança e do adolescente

É de fundamental importância a análise desse princípio. Por se tratar de um indivíduo em formação e, por isso, ainda não completo, a criança e o adolescente precisam de atenção e cuidados específicos, obtendo, em decorrência de sua situação de fragilidade, regalias não inerentes a outros cidadãos. A quebra da igualdade fática neste caso é decorrente da situação de vulnerabilidade em que se encontram estes seres incompletos, sendo lançados privilégios para que se alcance a plenitude da igualdade.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra respaldo e força na percepção de que este período de transição pelo qual estão passando é marcado pela definição de sua personalidade, momento em que procuram encontrar seus espaços no meio social, ou seja, descobrem-se como pessoa humana possuidora de direitos e deveres, razão pela qual se justifica a atenção despendida.

Na seara do Direito de Família, a temática da infância e da juventude possui um dos pontos de maior cautela e apreensão no divórcio entre os pais. Pensamento também esposado por Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 132-138), percebe-se que, muitas vezes, a criança e o adolescente são usados como forma de atingir o outro cônjuge, sem que se perceba, contudo, o mal que praticam aos filhos. Exercendo verdadeiro bombardeio de atos de alienação parental, os pais acabam esquecendo que mesmo com o esgotamento do amor e o término do relacionamento, há algo muito maior e mais importante a ser preservado que frutificou da relação: o melhor interesse da criança e do adolescente.

g) A responsabilidade

Também compreendida por solidariedade, a responsabilidade aplicada ao Direito de Família estabelece obrigações de assistência, moral e material, entre os familiares, em atenção, sobretudo, à necessária efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com Flávio Tartuce,

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento de alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. (TARTUCE, *on-line*)

É importante esclarecer, tomando como base o exemplo trazido do pagamento de alimentos entre cônjuges, companheiros ou entre esses e seus descendentes e ascendentes, que o dever moral e social de prestar assistência não está relacionado à indenização por responsabilidade civil. Esta é decorrente de algum dano ocasionado, que deve ser ressarcido, enquanto que o princípio da responsabilidade justifica-se pelo dever de cuidado resultante dos laços afetivos.

Superada, portanto, a época do individualismo e instalado o ideal da solidariedade, foram sendo colecionados mandamentos que atribuem ao cidadão a responsabilidade de prover as necessidades de seu núcleo existencial. É neste sentido que se consolida o princípio da responsabilidade na seara familiar. E, ainda que a responsabilidade seja mais facilmente visualizada nas ações dos pais em relação aos filhos, impende reforçar a ideia que o dever de cuidado entende-se também aos filhos, que devem assistir aos pais na velhice, em atenção, sobretudo, ao princípio da proteção do idoso.

## 2.3 FAMÍLIAS CONSTITUCIONALIZADAS: MATRIMONIAL, CONVIVENCIAL E MONOPARENTAL

Buscando tecer um breve retrospecto histórico, pode-se dizer que a abordagem específica da temática familiar é algo recente na legislação brasileira. Despercebida pelos elaboradores da Constituição de 1824 – que não destinaram normas específicas sobre o assunto – e atrelada, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, ao casamento civil como único ato jurídico capaz de construí-la, a família somente ganhou capítulo próprio no ordenamento

jurídico com o advento da Constituição de 1934. Foi neste momento que surgiu, pela primeira vez, a expressão “especial proteção do Estado”, ideia repetida em todas as Constituições posteriores. Ainda sobre a Lei Maior de 1934, José Sebastião de Oliveira afirma que

o poder constituinte não se interessou em apresentar um conceito substancial de família, limitando-se a somente especificar o ato pelo qual ela se constituía e que o ato jurídico do casamento era indissolúvel, o que, vale dizer, não admitira o divórcio a vínculo. (OLIVEIRA, 2002, p. 48)

As Constituições subsequentes de 1937 – que acrescentou a necessidade de educação da prole com a promessa de colaboração estatal, igualou os direitos dos filhos naturais aos dos legítimos e atentou para os cuidados e garantias especiais por parte do Estado à infância e juventude – e a de 1946, que reestabeleceu a norma prevista na Constituição de 1934, suprimida na de 1937, sobre a extensão dos efeitos civis ao casamento religioso, não foram consideradas muito inovadoras no que diz respeito à conquistas de direitos sociais e de cidadania.

As Constituições de 1967 e 1969, por sua vez, tratando do tema em um único artigo e quatro parágrafos, limitaram-se a reconhecer os mesmos direitos já conferidos pelas Constituições anteriores, sem que nenhuma inovação temática fosse percebida.

Ainda que tenha recebido ferrenha oposição do clero nacional, a grande inovação na seara da família deu-se com a aprovação da Emenda Constitucional n. 09/77, que incorporou o instituto do divórcio no ordenamento jurídico pátrio, dando início à modernização do Direito de Família.

A evolução do modo de pensar da sociedade e a busca pela consolidação dos ideais democráticos fez surgir, em 1988, uma Constituição – dita, não por acaso, “Cidadã” – atenta à efetivação dos direitos e garantias estabelecidos em seu texto, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa. Esta nova Lei Maior, correspondendo à necessidade de adequação de situações fáticas às previsões legislativas, além de estabelecer a igualdade entre todos os filhos (legítimos, caracterizados por nascerem na vigência do matrimônio; ilegítimos, gerados fora do casamento, classificados em naturais, quando os pais não tinham

qualquer impedimento para se casarem, ou espúria, proveniente de uma relação incestuosa ou adúltera; legitimados, aqueles nascidos em momento anterior ao casamento dos pais; e adotivos, tidos como os de origem civil), reconheceu três espécies de família: a matrimonial, convivencial e monoparental.

A família matrimonial é aquela construída com base nos laços advindos do casamento, ato que, hoje, permite a efetivação da autonomia da vontade, sobretudo no que tange a escolha do regime de bens e a duração da união. Como dito outrora, esta era, em tempos remotos, a única forma admitida pela legislação para a constituição de uma entidade familiar. Para Adriana Maluf (2010, p.105),

Embora não traga consignada a doutrina pátria uma definição expressa do que seja em si o casamento, podemos entendê-lo como um ato solene, com forma prevista em lei, que tem em vista a formação de um grupo social, que visa ao amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando ao bem-estar, à felicidade, à perpetuação do ser humana em observância da higidez da sociedade.

A Carta Magna de 1988, entretanto, inovou ao abranger outro tipo de vinculação entre pessoas, qual seja, a união estável, também chamada de família convivencial, conferindo-lhe *status familiae*. O reconhecimento desta forma de laço familiar, entretanto, não foi simples. Ao contrário, defende-se que a trajetória deu-se da “ampla rejeição, com absoluta ausência de tutela jurídica, atravessando o silencioso constrangimento da simples tolerância, passando pela aceitação natural como fato social, até o reconhecimento e valorização constitucional” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 407-408).

De modo geral, os doutrinadores atribuem à união estável as características da convivência pública e duradora, entre pessoas do mesmo sexo ou não, com o fito de constituir uma família. É, pois, um relacionamento informal quando comparado ao casamento, uma vez que não possui como pressuposto existencial a diversidade de sexos e é desprovido de formalidades legais para a sua constituição.

A Constituição de 1988 reconheceu, ainda, a família monoparental, qual seja, aquela formada por qualquer dos pais e sua prole. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 508),

No que diz respeito ao momento de sua constituição, pode ser ela classificada em *originária* ou *superveniente*. Na primeira espécie, em que a família já se constituiu monoparental, tem-se, como exemplo mais comum, a situação da mão solteira. Salienta-se que tal situação pode decorrer de múltiplos fatores, desde a gravidez decorrente de uma relação casual, passando pelo relacionamento amoroso estável que não subsiste ao advento do estado gravídico (pelo abandono ou irresponsabilidade do parceiro ou mesmo pelo consenso) até, inclusive, a conhecida “produção independente”. Nessa família monoparental originária, deve-se incluir, logicamente, a entidade familiar constituída pela adoção, em que o indivíduo solteiro (independentemente do sexo) adota uma criança, constituindo um núcleo familiar. Já a família monoparental *superveniente* é aquela que se origina da fragmentação de um núcleo parental originalmente composto por duas pessoas, mas que sofre os efeitos da morte (viuvez), separação de fato ou divórcio.

Posicionando-se acerca da hierarquização axiológica entre as três espécies de famílias constitucionalizadas e defendendo a tese que propõe a igualdade dos tipos de entidades, Paulo Lôbo defende que

A igualdade dos tipos de entidades consulta melhor o conjunto das disposições constitucionais. Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode

o legislador definir qual a melhor e mais adequada.  
(LÔBO, *on-line*)

Ocorre que, sem uma justificativa jurídica razoável, deixou o legislador de contemplar no ordenamento outros laços existentes na sociedade, como, entre outras, é o caso (1) das famílias anaparentais, aquelas constituídas sem a presença dos pais, o que possibilita uma gama infinita de arranjos, desde a convivência entre irmãos órfãos até a união de duas amigas, viúvas, que decidem morar na mesma casa, por exemplo; (2) das famílias homoafetivas, reconhecidas como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, compostas por casais formados por pessoas do mesmo sexo; (3) das famílias recompostas, caracterizadas pela união de casal em que um deles, ou ambos, possuem filhos de relacionamentos anteriores; e (4) das famílias paralelas, em que um dos integrantes da união, ou ambos, participam como cônjuge em mais de uma família.

Defendendo a não taxatividade do rol elencado nos parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal e a inclusão das demais espécies de família, Paulo Lôbo ensina:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, *on-line*)

Por fim, sugerindo uma metodologia interpretativa, o aludido autor defende: “se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto”



(LÔBO, *on-line*), razão pela qual acredita que as famílias constitucionalizadas não encerram *numerus clausus* e que as outras espécies de família são igualmente tuteladas pela Constituição Cidadã.

### 3. AUTORIDADE PARENTAL, FAMÍLIAS RECOMPOSTAS E

#### PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

##### 3.1 DO PÁTRIO PODER À AUTORIDADE PARENTAL

A concepção atual de autoridade parental é resultante de uma evolução gradativa da expressão que tem por finalidade traduzir o conjunto de direitos e deveres na relação dos pais com os filhos.

Inicialmente, a autoridade parental foi chamada de pátrio poder, expressão oriunda do *patria potestas* do Direito Romano, nomenclatura que se justificava por meio do viés histórico, uma vez que a época na qual foi inserida era marcada pela supremacia do homem em relação à mulher, vista como relativamente incapaz, não sendo possível a ela uma participação real nas decisões de âmbito familiar.

Neste momento, então, ficava a cargo da figura masculina a educação e alimentação da prole, a escolha sobre que profissão deveriam os filhos seguir, a decisão de poder utilizar-se da prole para trabalhos e afazeres, a imposição de castigos moderados aos filhos, dentre tantas outras funções (COMEL, 2003, p.24).

Para Farias e Rosenvald (2011, p.4), neste passado, “as pessoas se uniam em família com vistas a formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos”. Em outras palavras, a procriação e o conseqüente crescimento da família eram vistos como meio de ascensão social, uma vez que a economia era baseada na agricultura familiar, em que, quanto mais mão-de-obra, maiores seriam as possibilidades de ganhos. Para Washington de Barros Monteiro (2007, p.340),

No terreno pessoal, o pai dispunha originalmente do enérgico *jus vitae et necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa mancipi* e o de

entregá-lo como indenização *noxae deditio*. No terreno patrimonial, o filho, como escravo, nada possuía de próprio. Tudo quanto adquiria , adquiria para o pai, princípio que só não era verdadeiro em relação às dívidas.

O artigo 233 do Código Civil de 1916, instituído pela Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916, dispondo que “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”, ainda retratava fielmente a supremacia do pai sobre a mãe nas questões familiares. Ainda sobre o antigo Código Civil, este era claro e taxativo quanto aos filhos que eram submetidos ao pátrio poder: os legítimos, legitimados e os legalmente reconhecidos, não contemplando os ilegítimos, como se podia inferir da leitura do artigo 379: “Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”.

Entretanto, estes dispositivos logo ficaram em total dissonância com o caminhar da civilização, que vinha a passos largos quebrando preconceitos históricos com a finalidade de deixar para trás esse passado acorrentado a discriminações.

Para Maria Berenice Dias (2010, p.10), “foi a libertação feminina que levou à decadência do viés patriarcal da família. É necessário reconhecer que foi a luta feminista que impôs o império da liberdade e da igualdade”. Neste sentido, mudanças comportamentais referentes à participação da mulher na sociedade e, em especial, como integrante de um núcleo familiar, começaram a ocorrer.

O advento do Estatuto da Mulher Casada, instituído pela Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, demonstrou, ainda que de modo tímido, os avanços democráticos pelos quais a sociedade vinha passando, no momento em que atribuiu o pátrio poder também à figura feminina. Porém, a legislação ainda permaneceu com resquícios dos tempos remotos ao prever que, havendo discordância entre os pais, preponderaria a vontade do patriarca.

Além desta, outras novidades puderam ser observadas com a publicação do mencionado Estatuto, como por exemplo, a eliminação da incapacidade relativa da mulher superveniente ao novo casamento, uma vez que, de acordo com o artigo 393, “A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos

do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido”, ratificando, desta forma, o direito da mulher de praticar espontaneamente atos sobre a pessoa e bens dos filhos do leito anterior (COMEL, 2003, p.35).

A mais robusta inovação, entretanto, deu-se em 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que trouxe, além de incalculáveis avanços democráticos em todas as áreas do Direito pátrio, atenta, sobretudo, à efetivação dos direitos fundamentais, alterações profundas – e, digam-se, benéficas – no Direito de Família.

A igualdade plena entre os sexos descrita no artigo 5º, I, da Carta Magna e reafirmada mais especificamente em relação aos cônjuges no art. 226, § 5º provocou a inutilização de vários artigos do Código Civil, levando doutrinadores e jurisprudencialistas a divergirem quanto ao alcance dessa nova norma.

Apesar do desconforto inicial provocado, a alteração legislativa beneficiou a mulher, e principalmente as mães, que passaram a ser reconhecidas como sujeitos com direitos plenos e proporcionais aos da figura masculina.

Em 1990, momento posterior, portanto, ao advento da Constituição Federal e, por consequência, trazendo preceitos que deviam coadunar-se com os novos mandamentos constitucionais, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – o ECA. Seu diferencial, quando comparado à Lei Maior, manifestou-se no amparo específico à criança e ao adolescente, reconhecendo a necessidade de implementação de uma política de proteção integral a estes sujeitos de direitos e deveres.

O pátrio poder, expressão que se manteve no ECA até a alteração legislativa de 2009, passou, então, a ser entendido como um dever inerente aos pais, decorrente da paternidade e da filiação, independentemente estado civil dos genitores, o que não ocorria com a abordagem trazida pela Constituição, que atrelava o pátrio poder à “sociedade conjugal”, relacionando-o, portanto, ao matrimônio dos pais. Por esta razão, para Comel (2003, p.47), “o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceu que todo menor tem direito ao pátrio poder, qualquer que seja a situação do pai e da mãe em relação ao casamento”.

No mesmo sentido, “A separação judicial ou o divórcio, assim como a dissolução da união estável, não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (MONTEIRO, 2007, p.349).

Ao estabelecer, no artigo 21, que “O pátrio poder, será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente”, o ECA efetivou a igualdade constitucional entre o homem e a mulher, razão pela qual a expressão “pátrio poder” já não traduzia a realidade das relações familiares.

Ainda que a referente ao Direito lusitano, mas que permite a aplicação por analogia ao Direito brasileiro, para Eduardo dos Santos, citado por Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 304), “O poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou preponderantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes-deveres, exercidos conjuntamente por ambos os progenitores”.

Assim sendo, a nomenclatura “pátrio poder” foi substituída, no novo Código Civil, por “poder familiar”, “distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres” (LÔBO *in* DIAS; PEREIRA, 2003, p. 177).

A expressão “pátrio poder” remetia ao poder exclusivo da figura masculina, não contemplando a autoridade da mãe. A nova expressão, entretanto, por dispor da palavra “familiar”, faz inferir a presença de mais de um sujeito detentor do poder, fazendo menção a um dever compartilhado.

Essa mudança não foi apenas estética, mas modificou, sobretudo, a interpretação da finalidade do poder familiar, alterando a própria causa de ser do instituto, que passou a ser compreendido como dever parental de realizar atos que zelem pelo bem da prole. Por esta razão, enfatiza Paulo Lôbo (2011, p.19) que “o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização, como pessoa em formação”. Para Washington de Barros Monteiro (2007, p.347),

Modernamente, o poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava.

Seu conceito, na atualidade, graças à influência do cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística. Outrora, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje o poder familiar é uma servidão do pai e da mãe para tutelar o filho.

Muitos doutrinadores, entretanto, concordam em dizer que a adoção dessa nova expressão não foi a melhor escolha, uma vez que o emprego da palavra “poder” remete à ideia de um direito próprio e não de um dever para com outrem. Para Silvio Rodrigues (2004, p.355),

O novo Código optou por designar esse instituto como *poder familiar*, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao *pai* (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidar para incluir na identificação o seu conteúdo real, que, antes de poder, [...] representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere o nome proposto.

Para a sociologia, o poder está relacionado à habilidade de uma pessoa em impor sua vontade sobre os demais. A análise desta definição, portanto, permite supor a supremacia de alguém sobre outrem, como se àquele que não detém o poder só restasse a obediência indiscriminada, sem observância do melhor interesse do menor. Sobre a temática, posicionam-se Teixeira e Rodrigues (2010, p.57):

Os filhos exercem papel ativo na própria vida, além de contribuírem para a constituição da dignidade dos pais, pois a preservação dos interesses dos filhos constitui fator de desenvolvimento da personalidade dos pais. Portanto, não pode falar que os pais sejam titulares de um poder e, em contrapartida, os filhos lhes devam uma prestação.

Afinal, “ninguém cresce sem fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir”.

Assim sendo, é importante reafirmar que, na sociedade atual, essa relação de autoridade dos pais sobre os filhos está relacionada, sobretudo, à realização de um dever social e jurídico de ambos os pais – ou, excepcionalmente, de um deles, na falta do outro – de prestar assistência à prole, ajudando-a em sua formação.

As críticas à expressão “poder familiar”, entretanto, levaram ao surgimento de uma nomenclatura bastante aceita e difundida modernamente no meio doutrinário, qual seja, a “autoridade parental”, pois parece ser esta a expressão que engloba, com mais perfeição, o conceito atual do referido instituto. A utilização da expressão “autoridade”, para Paulo Lôbo (*in* DIAS; PEREIRA, 2003, p. 178), “traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro”.

Mas, afinal, o que é autoridade parental?

LÔBO (2011, p.19), utilizando-se, ainda, da expressão “poder familiar” para se referir à autoridade parental, propõe que “o poder familiar, concedido como múnus, é um complexo de direito e deveres”.

Maria Helena Diniz (2008, p.537), por sua vez, aprofundando-se um pouco mais, explica que

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Podem ser elencadas como obrigações dos pais quanto à pessoa do filho:

I) dirigir-lhes a criação e educação; II) tê-los em sua companhia e guarda; III) conceder-lhes, ou negar-lhes, consentimento para casarem; IV) nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais

lhes não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V) representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (Cód. Civil de 2002, art. 1.634); VIII) cumprir e mandar cumprir, no interesse deles, as determinações judiciais; IX) assegurar-lhes convivência familiar e comunitária em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (Estatuto da Criança e o Adolescente, arts. 19 e 22). (MONTEIRO, 2007, p. 350)

Em relação aos bens dos filhos, “A administração e o usufruto são inerentes ao poder familiar; cabem ao genitor, investido no seu exercício, e apenas cessam com a maioridade, emancipação, morte do filho ou inibição do poder familiar” (MONTEIRO, 2007, p. 353-354). Os atos praticados pelos pais, entretanto, devem restringir-se à simples administração, ou seja, atos que conservem o bem ou o explore – locação de imóvel, por exemplo –, tornando-se necessária a autorização judicial para celebração de negócios que extrapolem esse limite, sob pena de nulidade do negócio.

Pode-se concluir, então, que a autoridade parental consubstancia-se em um conjunto de obrigações inerentes aos pais em detrimento dos filhos menores e não emancipados, o qual engloba, de modo genérico, os deveres de educação, guarda, construção de um ambiente propício ao desenvolvimento com dignidade e sustento material e moral.

Por fim, coadunando-se ao esposado no artigo 21 do ECA e 1.631 do Novo Código Civil, impende ressaltar a fiscalização complementar exercida pelo Poder Público nas relações familiares. “Sem perder de vista que a missão confiada aos genitores se reveste de importância social, o Poder Público vigia, corrige, completa e algumas vezes supre a atuação daquele que exercita o poder familiar” (MONTEIRO, 2007, p.347).

### 3.2 FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

Como já mencionado outrora, com o advento da Emenda Constitucional nº 9, regulamentada pela Lei 6.515 de 1977, foi instituído, no Brasil, o divórcio, acarretando a revogação da legislação anteriormente vigente que previa a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Essa possibilidade, reconhecida legislativamente, de desfazimento do casamento trouxe uma inegável abertura ao surgimento de novos mosaicos familiares.

O divórcio, entretanto, não foi o único facilitador para formação desses novos arranjos. A viuvez, a dissolução da união estável e a configuração da família monoparental formada por pai ou mãe solteiro são exemplos de situações familiares que também permitem novas composições.

É importante salientar que esses novos laços familiares não surgiram para colocar em desuso o modelo da família clássica, conhecida como entidade heteroparental, formada por ambos os pais e a sua prole. Ao contrário, essas novas composições, resultantes do processo de transformações sociais, agregam-se ao modelo clássico como mais uma forma de organização familiar, detentora dos mesmos direitos e deveres.

A designação “família”, entretanto, usualmente faz referência à família nuclear, caracterizada como tradicional, composta pelos ascendentes e sua prole comum (pai-mãe-filhos). Por esta razão, há uma necessidade de se nomear esses novos arranjos familiares, visto que, para Grisard Filho (2010, p.87),

continuar a chamar estas famílias só de famílias supõe uma conduta social de ocultamento e não discrimina as diferenças relacionadas com a especificidade dos novos vínculos, tanto no social e afetivo como no jurídico.

Assim, partindo da necessidade de denominação desses novos núcleos familiares, Marianna Chaves (*on-line*) enuncia:

Relativamente à terminologia utilizada, optou-se por família reconstituída, por ser a expressão mais utilizada na



literatura jurídica brasileira. Sem embargo, encontram-se na doutrina as expressões como famílias recompostas, família mosaico, família pluriparental, família transformada, família rearmada, família agregada, família agrupada, família combinada, família mista, família extensa, família sequencial ou família em rede.

Ainda, fazendo referência à terminologia argentina, explica Débora Gouveia (*on-line*):

Na argentina é utilizado o termo ‘família ensamblada’, para designar as famílias por nós chamadas de reconstituídas. ‘Ensamblada’ segundo o dicionário, vem de ‘ensamblar’, cuja tradução para a língua portuguesa é ‘encaixar’, ‘embutir’. A denominação ‘famílias ensambladas’ provém da linguagem musical. Os ‘ensambles’ são obras musicais escritas para um grupo de solistas e a palavra não apenas se refere ao conjunto musical como também descreve o grau de coerência com a execução musical, e o resultado do esforço de todos, proporciona algo harmônico e gratificante tanto para os músicos como para o auditório. Esta metáfora se popularizou e foi adotada pela doutrina.

Mas como são caracterizadas essas famílias recompostas?

Grisard Filho (*in* GROENINGA; PEREIRA, 2003, p.257) as identifica como sendo “uma estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem filho ou filhos de um vínculo anterior.” Ou seja, é a composição familiar resultante da nova união de indivíduos divorciados ou viúvos – desde que haja prole, pelo menos, de um dos membros do casal – ou, até mesmo, do primeiro casamento do pai ou mãe solteiros, formando assim “um novo lar com regras próprias, no qual cada um traz consigo a experiência vivida na família anterior” (TEIXEIRA, 2005, p.120).

Teixeira e Rodrigues (2010, p.193) expõem as possíveis configurações das famílias reconstituídas, elencando quatro possibilidades:

(a) o genitor, seu filho e o novo companheiro ou cônjuge, sem prole comum; (b) o genitor, seu filho e o novo companheiro ou cônjuge, com prole comum; (c) os genitores de famílias originárias distintas e seus respectivos filhos, inexistindo prole comum; (d) os genitores de famílias originárias distintas e seus respectivos filhos, com prole comum.

Fica evidente, portanto, que as famílias recompostas são caracterizadas de acordo com a origem da prole, ou seja, se é apenas de um membro do casal, se exclusivamente do outro, se ambos são possuidores de filhos de relacionamentos anteriores ou se os dois têm filhos de outra relação e também filhos em comum. Assim, infere-se que a configuração de uma família recomposta obriga a ocupação, por um dos cônjuges, do cargo de madrasta ou padrasto do filho advindo de uma relação anterior de seu companheiro.

### 3.3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O Novo Código Civil, em seu artigo 1.595, regularizou a relação de parentesco entre o padrasto/madrasta e o enteado elucidando que “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. Esse artigo pôs em ordem não só a relação do cônjuge com a prole do companheiro como também, no §1º, estende a afinidade aos ascendentes e irmãos do cônjuge, explicitando que “O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

Em outras palavras, cada cônjuge ou companheiro é vinculado aos parentes do outro pela afinidade. Esse parentesco na linha reta liga, de maneira ilimitada, o cônjuge ou companheiro aos ascendentes e descendentes do outro. Já na linha colateral, abrange os irmãos do cônjuge ou companheiro.

Vale ressaltar que na legislação brasileira, o parentesco por afinidade em linha reta não se dissolve, mesmo com o divórcio ou dissolução da união estável ou, até mesmo, com a morte de um dos cônjuges. “Tal situação tem como desiderato confirmar a regra de impedimento matrimonial (CC, art. 1.521) entre os parentes por afinidade na linha reta, mesmo após a dissolução do vínculo” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p.552).

A afinidade na linha transversal, por sua vez, não continua em caso de divórcio, dissolução da união estável ou óbito de um dos cônjuges. “O casamento entre quem foi cunhado, anteriormente (após a dissolução das núpcias) não está proibido, sendo factível” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 553).

Uma nomenclatura usada na doutrina para dar maior intimidade a essa modalidade de parentesco é pai ou mãe afim e filho afim.

É importante que se entenda, inicialmente, que a afinidade não gera direitos e deveres para o pai afim, como os deveres de alimentar, cuidar, educar, entre outros, como é o caso do parentesco natural e o civil. Paulo Lôbo (2011, p.212-213), ao comentar sobre o parentesco por afinidade, explica:

O parentesco por afinidade é estabelecido forçosamente em decorrência do casamento ou da constituição de união estável. O vínculo jurídico independe da vontade das partes ou da eventual rejeição dos que a ele ficam sujeitos. No sentido comum, afinidade compreende-se como coincidência ou semelhança de gostos, interesses, sentimentos, como pontos comuns entre duas coisas da mesma espécie ou até mesmo como identidade. No sentido jurídico, contudo, diz apenas respeito a parentesco específico com os parentes do outro cônjuge ou companheiro.

Pautando-se nas ideias do aludido autor, portanto, pode-se inferir a obrigatoriedade do vínculo afetivo, no sentido jurídico do termo, entre os indivíduos dessa nova rede familiar, ainda que esta não seja a vontade dos membros, realçando, assim, a não espontaneidade desta ligação.

Todavia, não é por meio da afinidade que o pai ou a mãe afim tornam-se detentores de direitos e deveres para com o filho afim, pois esse parentesco trouxe apenas o efeito de estabelecer um impedimento legislativo, qual seja, o de convalidação de núpcias entre os parentes por afinidade. É, entretanto, com base na socioafetividade que essas obrigações se constituem.

O artigo 1.593 do Código Civil dispõe que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Entende-se que nesta “outra origem” citada pelo referido artigo está inserida a socioafetividade.

A problemática encontra-se na circunstância de que nem todo parentesco por afinidade desencadeia, necessariamente, numa relação socioafetiva. Então como saber diferenciá-los? Para Leila Donizetti (2007, p.15),

A despeito de ser uma realidade, a paternidade socioafetiva, diferentemente da paternidade jurídica e da paternidade biológica, precisou encontrar subsídios que legitimassem a verdade socioafetiva. É a partir dessa necessidade que surge o instituto da posse do estado de filho, cujo objetivo é valorizar a *affectio*, o caráter sociológico da filiação.

A socioafetividade, portanto, é comprovada a partir do reconhecimento da posse de estado de filho, mas essa aprovação “não é capaz de constituir o próprio vínculo, pois, como sabido, posse de estado é apenas meio de prova subsidiário e, portanto, não gera estado” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.194).

O que define a substância desse novo tipo de parentesco, o que constitui a essência da socioafetividade, para Teixeira e Rodrigues (2010, p.194),

é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincubir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consangüíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou a maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.

Seguindo a mesma corrente, Farias e Rosenvald (2011, p.616) expõem:

A filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente. Naturalmente, a filiação socioafetiva não decorre da prática de um único ato. Não teria sentido estabelecer um vínculo tão sólido através de um singular ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência entre uma relação de pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela relação.

A posse de estado de filho é caracterizada com a comprovação de três requisitos, quais sejam, *nomem* (nome), *tractus* (trato) e *fama* (fama). O nome, requisito sem importância fundamental, refere-se à atribuição do nome de família do pai ao filho. Os outros dois elementos têm uma maior relevância. A fama é a reputação perante a sociedade, “é a publicidade do estado de filho” (FUJITA, 2011, p.116). O último, o trato, de maior importância, é a verificação prática do tratamento entre os membros da família como se pais e filhos biológicos fossem, ou seja, é a percepção da condição real de filiação.

Estes requisitos, todavia, devem estar aliados a uma extensão cronológica, ou seja, é fundamental que se perdue a posse de estado de filho, “porquanto a posse somente se revelará após um espaço de tempo já passado. O ‘tempo’ condiciona, simultaneamente, a existência e a força da posse de estado” (FUJITA, 2011, p.117).

É a posse do estado de filho que garante a possibilidade de reconhecimento, por intermédio do Poder Judiciário, da filiação socioafetiva que, se comprovada, garante aos filhos afins os mesmos direitos dos filhos biológicos.

Neste sentido consubstancia-se o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.189.663/RS, 2011).

Em outra importante decisão, defendendo, inclusive, a preponderância da filiação socioafetiva sobre a biológica ao declarar, em lide entre pai biológico e pai de criação, que a filha deveria permanecer registrada com o nome do pai afetivo, posicionou-se o Tribunal Superior de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI

BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica. 7. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.087.163/RJ, 2011)

Albuquerque Júnior (2007, p.62-63), traçando, portanto, uma linha evolutiva, determina que

Quando da consolidação do sistema de filiação típico do direito civil tradicional, vivia-se quase que sob a exclusividade do paradigma do biologismo, ressalvado apenas o papel da adoção, tornado secundário pelo fato de ter o filho adotivo, antes das reformas no direito de família, um *status* prejudicado e menos direitos que o filho consanguíneo dito legítimo; em seguida, já como uma manifestação do direito civil contemporâneo, estabeleceu-se um novo paradigma, o da socioafetividade, convivendo lado a lado com o parentesco biológico; e, por fim, no estágio atual, chega-se à prevalência do paradigma socioafetivo, como meio de privilegiar as diretrizes constitucionais principiológicas que regem o direito de família, notadamente a afetividade, o melhor interesse da criança, a liberdade e a igualdade.

Na concepção atual, portanto, a “precisão dos testes genéticos deve ser vista [...] de forma relativa e sem exageros, como uma ferramenta útil, mas que não pode conduzir a sobrepujar o parentesco constituído com base na afetividade” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2007, p. 61). É preciso, pois, enxergar o biologismo como, apenas, um dos critérios para determinação da filiação, em que a socioafetividade apresenta-se como elo determinante. Por esta razão, outrora se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE BIOLÓGICA NÃO CONFIRMADA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. AFETIVIDADE ENTRE PAI REGISTRAL E FILHO. ANULAÇÃO DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. A paternidade registral, não biológica, deve ser mantida quando inexistente vício de consentimento e presente a relação de socioafetividade entre as partes. RECURSO**



IMPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70023979875, 2008).

Ao comentar esta jurisprudência, expõe Zeni (2009, p. 97):

O vício de consentimento mencionado é quando o pai é induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando que ela é sua filha biológica. Vício bastante possível de acontecer, uma vez que a maternidade é certa, mas a paternidade se presume. A presença desse vício poderia, sim, acarretar na procedência de ação negatória de paternidade, porém, até a ciência, pelo pai, de que não é o pai biológico do menor, passam-se, muitas vezes, anos. Período no qual nasce e cresce o afeto de um para com e pelo outro e, diante da supremacia do afeto, a ação é indeferida com fundamento na socioafetividade.

Conclui-se, desta forma, que a socioafetividade nasce com o passar do tempo, à medida que as pessoas vão se relacionando e se conhecendo, não possuindo um momento exato para sua origem, sendo caracterizada pela posse de estado de filho.

Enquanto a afinidade apenas vincula os cônjuges aos parentes consangüíneos do outro, é a socioafetividade que faz a união desse grupo familiar, criando direitos e deveres que devem ser reconhecidos por toda a sociedade, razão pela qual se defende que

pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser providenciando-lhe a criação, o bem-estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter. Aquele que se dispõe a assumir, espontaneamente, a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento. (MAIDANA *apud* DONIZETTI, 2007, p.38)

## 4 AUTORIDADE PARENTAL EM FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

### 4.1 A APLICAÇÃO DA AUTORIDADE

Uma família nuclear, quando em seu interior não há mais sentimento entre os cônjuges, ou seja, quando o matrimônio não logrou êxito, não há motivos para a continuidade dessa relação, uma vez que “não se justifica a manutenção do núcleo social, que, em alguns casos, só permanece pela formalidade que reveste; permanece a forma, mas não a essência” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.191).

Por isso, é necessário reconhecer o direito de ambos os cônjuges de tentar encontrar, com outra pessoa, o sucesso em um novo relacionamento e a sua felicidade pessoal, levando consigo, se houver, a prole do matrimônio anterior. Percebe-se então que

Com o casamento ou a união estável de duas pessoas, que levam para o novo lar um ou mais filhos de relações anteriores – seja em decorrência da viuvez, separações, divórcios, dissoluções de uniões estáveis ou do pai e mãe solteiros que criam sozinhos seus filhos –, há o estabelecimento de um conjunto próprio de regras de convivência para aquela nova família, principalmente no que se refere à continuidade de criação e educação dos filhos. Isso porque o espaço de liberdade de cada um sofre interferências, em decorrência das novas pessoas que se agregam àquele núcleo familiar. Tais interferências podem ser positivas ou negativas, no que se refere ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, de modo que podem vir a configurar situações patológicas ou promocionais (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.197).

Para que essas interferências sejam caracterizadas como positivas faz-se necessária uma maleabilidade e compreensão de todos os novos integrantes dessa pluriparentalidade, ambiente em que será adotado um novo conjunto de regras, distinta das observadas no vínculo anterior. Por esta razão, para Grisard Filho (*in* GROENINGA; PEREIRA, 2003, p.259), “estas estrutura e história fazem com que o começo e o desenvolvimento de uma família reconstituída seja muito

diferente que o de uma família originária. Novas núpcias, novos filhos, novas relações (...).”

Esses percalços trazem pequenos conflitos, muitas vezes de difícil resolução, para a família reconstituída, “atribuindo ao novo grupo uma gigantesca tarefa, a de construir sua própria identidade, pois seus integrantes organizam-se sob condições individuais, culturais e sociais diferentes” (GRISARD FILHO *in* GROENINGA; PEREIRA, 2003, p. 259).

Muitas vezes, o filho trazido para o novo casamento viveu, anteriormente, em um lar monoparental, ocasionando a priori, um desconforto quanto a aceitação de um novo integrante no ambiente familiar.

Todavia, superada essa etapa, mesmo sem perceberem, o pai/mãe afins vão executando funções no dia-a-dia características do exercício da autoridade parental, como levar ao colégio, repreender a criança e o adolescente diante de um erro, pagar despesas eventuais, dar conselhos, entre outras funções que passam despercebidas no cotidiano.

Há, nesses casos, o nascimento da socioafetividade, pois é dessa convivência diária que gera o sentimento e se instala, com o passar do tempo, a posse de estado de filho por meio da *nominatio, tractatus e reputatio*.

É importante, neste momento, esclarecer a distinção entre o princípio da afetividade e a socioafetividade. Apesar de parecidos, estes institutos não se confundem, pois, enquanto esta “ministra condutas objetivas, externalizadas pelos deveres de criar, educar e assistir” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.194), aquele, para Teixeira e Rodrigues (2010, p.194),

funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do direito de família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade.

Especial atenção deve, também, ser dada ao que dispõe o artigo 1.636 do Código Civil: o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao

poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

É perceptível, no final do mencionado artigo, sua dissonância com a realidade, bem como o fato de não levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, excluindo o novo cônjuge ou companheiro de qualquer envolvimento na criação do menor, o que, na realidade, não pode ser obedecido, uma vez que a convivência torna impossível a não interferência do outro adulto no âmbito familiar.

Defende-se, portanto, a necessidade de se atualizar o artigo 1.636, para que ele se adéque à realidade das famílias ensambladas, bem como se coadune aos princípios constitucionalmente tutelados.

Nesta mesma linha de pensamento, Teixeira (2005, p.125), comentando o citado artigo, explana:

A situação se torna mais complexa em função da última parte do caput daquele dispositivo, que estabelece que o exercício da autoridade parental se perfaz sem a interferência do novo cônjuge ou companheiro. O mesmo ocorre quando o genitor solteiro casar ou estabelecer união estável. Entretanto, a prática reflete exatamente o oposto. A realidade impõe novas formas de arranjos familiares, que provocam rearranjos internos, decorrentes da estrutura havida na família anterior, agora desfeita (...) é inevitável que algumas funções, sejam maternas ou paternas, sejam cumpridas pelo pai ou pela mãe afim.

Não há que se negar o direito à autoridade parental ao padrasto ou madrasta por puro formalismo legal, prendendo-se a exatidão da lei, deixando de contemplar o justo e de dar o direito a quem realmente o deveria ter. Como afirma Lôbo (2011, p.96):

são justamente os conflitos e os meios de solução, para assegurar uma convivência saudável e razoável entre esses figurantes antigos e novos da vida da criança, no melhor interesse desta, que o direito brasileiro

desconhece, parecendo que essas entidades familiares são invisíveis.

Ignorar a multiparentalidade e os seus efeitos é ignorar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, não contemplar, o legislativo, o direito-dever ao padrasto/madrasta da autoridade parental sobre o enteado é muito mais do que fechar os olhos para essa relação socioafetiva, é ferir os direitos básicos do menor, “por lhes suprimir convivência familiar, assistência moral e material em relação àqueles que se responsabilizaram faticamente pela prática de condutas típicas da tríade criar, educar e assistir” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.204).

Impende ressaltar, ainda, que este direito-dever atribuído ao pai/mãe afim deve ser completo. Explica-se: Lôbo, ao referir-se à legislação alemã, expõe que naquele ordenamento é direito dado ao padrasto e à madrasta a codecisão, conjuntamente com o cônjuge, quanto às questões relativas à prole, nos casos de guarda unilateral. Ocorre que “esse direito depende de comum acordo, podendo o guardião revogá-lo a qualquer tempo” (LÔBO, 2011, p.97-98).

Pode-se concluir, então, que esse privilégio não passa de uma espécie de procuração, onde o guardião cede ao seu companheiro poderes para realizar atos de seu interesse e em comum acordo. Havendo, entretanto, discordância entre os cônjuges, pode, o guardião, tornar esse direito sem efeito por meio de sua revogação. Fica evidente que a legislação alemã não passa de atribuir ao pai/mãe afim um direito pela metade, que não pode ser considerado como algo inovador, moderno ou uma solução. Esse direito, ao ser entregue a alguém, deve ser completo para que sua atuação no desenvolver da criança e do adolescente também o seja. Por esta razão, entende-se que esta metodologia estrangeira não se deve ser adotada no Brasil.

É compreensível, em algumas situações, a timidez por parte do legislador de abranger determinados grupos por se tratar de algo, muitas vezes, não unânime, uma vez que o ser humano tende a ser averso a mudanças. Esse é o maior percalço encontrado na autoridade parental em famílias recompostas, resultante do medo de se desprender de velhos hábitos, de se desvincular de costumes muitas vezes enraizados na sociedade, ainda que essas mudanças sejam para melhor, pois, uma vez alterado, torna-se mais difícil voltar atrás.

Esse temor em se perder o já conquistado, ou de sair dessa sua zona de conforto, é o que traz incertezas para mundo jurídico, mesmo que tais mudanças já estejam intimamente presentes no mundo fático, no cotidiano. Tem-se, como exemplo, “a constante busca das famílias homoafetivas de terem seus amplos direitos familiares igualmente reconhecidos. Isso inclui o direito ao planejamento familiar e, por conseqüência, o direito à adoção conjunta por parte desses casais” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.203).

Pode-se concluir, portanto, utilizando-se das palavras de Marianna Chaves (*on-line*), que

O pai ou mãe afim possui, dentro destes temas tratados, tantos direitos ou deveres quanto os pais biológicos. E tudo se traduz basicamente em uma conjunção de duas palavrinhas: afinidade e socioafetividade. Essa conjugação faz da afinidade entre as crianças e os seus pais-afim um verdadeiro parentesco, de onde emergem diversas situações que merecem uma tutela digna e ajustada.

#### 4.2 ATUAÇÃO DOS PAIS AFINS

Em uma família nuclear, a função de cada pessoa já está bastante definida pelo critério biológico e “os atributos do poder familiar, como guarda, sustento e educação dos filhos, são comportamentos sociais bem definidos e conhecidos por todos”. (GRISARD FILHO, 2010, p.136).

Todavia, o mesmo não se verifica na família mosaico, em que, para a mesma prosperar, faz-se necessária, como dito outrora, uma readaptação de seus integrantes, para que se adéquem à nova situação, uma vez que “a realidade impõe novas formas de arranjos familiares, que provocam rearranjos internos, decorrentes da estrutura havida na família anterior, agora desfeita”. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.200)

Tema de profunda relevância diz respeito ao comportamento do novo cônjuge ou companheiro frente aos filhos da relação anterior, se “como ‘um pai’, ‘um amigo’ ou ‘o outro adulto da casa’”. Esta ambigüidade constitui a dificuldade

mais significativa das famílias reconstituídas para obter a plena satisfação de seus integrantes” (GRISARD FILHO, 2010, p.136).

Para elucidar essa questão, é de bom alvitre, tratar sobre três casos distintos na família reconstituída, na qual a atuação dos pais afins está intimamente ligada à relação do ex-cônjuge com a prole: se o genitor é falecido; se é vivo, porém não tem convívio com o menor; ou se é vivo e participa ativamente de sua criação.

No caso do genitor ser morto, o pai afim pode preencher essa função, pelo fato de estar o cargo vago, devido ao falecimento do pai biológico, ou seja “o pai ou mãe afim cumprem um papel de substituição, *in loco parentis*” (GRISARD FILHO, 2010, p. 138).

Incide no mesmo resultado a situação em que o genitor, apesar de vivo, é totalmente ausente de suas funções parentais, não procurando saber do desenvolvimento da criança ou adolescente, podendo o pai ou mãe afim se encarregar de exercer o poder familiar.

O terceiro caso, por sua vez, compreende o fato do genitor não guardião se fazer presente na vida do filho. O novo cônjuge deve, então, posicionar-se complementando a criação, educação e desenvolvimento da criança. Entretanto, essa “complementaridade não significa mera acessoriedade, mas integração da função, suprimindo o paradigma da exclusividade do exercício parental” (GRISARD FILHO, 2010, p.138).

Grisard Filho (2010, p.139) ainda comenta a interferência que a situação econômica e social gera nas famílias recompostas. Voltando os olhos para o nível de envolvimento entre pais e filhos afins, explana o referido autor que quanto maior o poderio econômico dessa família, menor essa interação, e quanto menor o seu poder aquisitivo, mais íntimos são esses laços. Isso pode se justificar pela possibilidade da família mais favorecida economicamente vir a educar seus filhos em ambientes diversos, evitando com isso, possíveis atritos ou rivalidades decorrentes da convivência.

Diante do exposto, conclui-se que

A convivência sob um mesmo teto exige uma organização familiar comprometida com o bem estar comum. Para tanto, é necessária a imposição de uma ordem de hábitos e atividades, decidida e coordenada pelo genitor biológico e pelo pai ou mãe afim, aos quais os filhos afins não podem ficar alheios. Para isto, é necessário conferir ao pai ou mãe afim certa autoridade no âmbito doméstico, que nasce daquela convivência e da responsabilidade de todo adulto sobre menor a seu encargo. (GRISARD FILHO, 2010, p.139).

### 4.3 A PROBLEMÁTICA REGISTRAL

Caso de extrema controvérsia doutrinária e jurisprudencial diz respeito ao registro, pelo cônjuge do genitor, do filho advindo de uma relação anterior de seu companheiro. Ou seja, é o caso de o padrasto ou madrasta vir a adotar o enteado.

Esse desejo de registrar como seu o filho de outrem é decorrente de laços de afetividade e afinidade construídos pela convivência entre ambos, em que o pai afim, ao assumir no cotidiano o papel de responsável pelo menor, exercendo sobre ele a autoridade parental, sente a necessidade de reconhecer juridicamente como seu um filho não gerado por ele, pois “a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen” (VILELA *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2011, p.615).

A edição da Lei 11.924/09, conhecida como Lei Clodovil Hernandez, foi um avanço em relação à problemática registral do enteado pelo pai ou mãe afim. A referida Lei incluiu o §8º no artigo 57 da Lei 6.015/73, dispondo que o enteado ou a enteada poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Ou seja, pode-se fazer um acréscimo no nome do enteado com a devida concordância do padrasto ou madrasta, e é essa a palavra mais correta a ser entendida, acréscimo, pois nada mais é do que uma soma e não uma substituição do vínculo anterior.



Nesta mesma linha, ao discorrer sobre o assunto, afirma Lôbo (2011, p.97) que “a averbação não significa substituição ou supressão do sobrenome anterior, mas acréscimo, de modo a não ensejar dúvida sobre a antiga identidade da pessoa, para fins de eventuais responsabilidades”.

Todavia, a referida Lei faz referência, apenas, ao direito à mudança do nome, não contemplando a responsabilidade ulterior que venha a recair sobre os representantes da criança e do adolescente, isentando estes novos pais de qualquer função.

O Estatuto da Criança e do Adolescente inovou ao comentar sobre a possibilidade de adoção do pai ou mãe afim com relação à prole do companheiro. Determina o artigo 41, § 1º que, se um dos cônjuges ou concubinos, adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

Foi, assim, por meio da adoção que essas famílias conseguiram legitimar direitos e deveres como herança, alimentos, dever de cuidado e amparo, entre tantos outros. No entanto, a adoção comum gera empecilhos para a família recomposta, pois retira – o judiciário – um dos pais registrais para dar lugar ao nome do novo pai. Ou seja, há uma substituição no registro da criança de um pai por outro, eliminando um vínculo para que outro seja instaurado. Não se vislumbra, entretanto, que esta seja a melhor forma de resolver tamanha problemática.

Uma possível solução para os diversos arranjos familiares encontrada pela doutrina foi o registro da multiparentalidade, o qual defende o direito de se registrar mais de um pai e/ou mãe na certidão da criança ou do adolescente.

Contradições surgem, portanto, com relação a que nome deve o filho portar, se dos pais genéticos, dos socioafetivos ou dos dois e de que modo ficará escrito na certidão a pluriparentalidade, visto que, além do espaço ser reservado para apenas um pai e uma mãe, há também singularidade quanto ao parentesco dos gêneros, contendo apenas as expressões “pai” e “mãe”. Porém, como elucida Teixeira e Rodrigues (2010, p.210-211),

O registro não pode ser um óbice para sua efetivação, considerando que sua função é refletir a verdade real; e, se

a verdade real concretiza-se no fato de várias pessoas exercerem funções parentais na vida dos filhos, o registro deve espelhar esta realidade.

Em seguida, os referidos autores fazem uma analogia ao problema enfrentado pelos casais homossexuais no momento da adoção e explicita uma das possíveis soluções encontrada pelo Judiciário:

Problema semelhante pode ser constatado com a adoção por casais homoafetivos, de modo que muitos apontam como obstáculo à sua efetivação a operacionalização registral. Entretanto, julgados que têm deferido a adoção por pares homossexuais têm encontrado alternativas para superar esse obstáculo meramente formal, qual seja, “filho de”, o que dispensa a diferenciação dos genitores por gênero. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.211)

Apesar de parecidos, o registro da pluriparentalidade não se confunde com a adoção feita por casais homossexuais, pois, como diz Farias e Rosenvald (2011, p.623):

A pluriparentalidade não diz respeito à possibilidade de determinação de uma relação paterno ou materno-filial entre pessoas do mesmo sexo, como no exemplo do casal homoafetivo. Nesse caso, não há que se falar em multiparentalidade porque se estabelecerá o vínculo entre o filho e duas pessoas figurando como pais ou como mães. A tese da pluriparentalidade defende a multiplicidade de vínculos paternos e maternos.

No mesmo sentido, admitindo a pluralidade de vínculos maternos e/ou paternos outrora se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO

REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepôr uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70029363918, 2009).

Defendendo a pluralidade de registro, Belmiro Pedro Welter, autor da teoria tridimensional no Direito de Família, por entender o ser humano como um sujeito complexo, alega que

Todos os efeitos jurídicos (alimentos, herança, poder/dever familiar, parentesco, guarda compartilhada, nome, visitas, paternidade/maternidade genética e afetiva e demais direitos existenciais), das duas paternidades, devem ser outorgadas ao ser humano, na medida em que a condição humana é tridimensional, genética e afetiva e ontológica (WELTER, *on-line*).

Através dessa tríade, biologia, afetividade e ontologia, o autor defende a ideia de que se deve reconhecer, simultaneamente, a paternidade biológica e a genética, uma vez que não há sobreposição entre elas. Assim, para Welter (*on-line*),

Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de TODOS os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana.

Para o referido autor, portanto, de modo conclusivo,

Em decorrência da tese da teoria tridimensional no direito de família, há necessidade premente da doutrina e da jurisprudência avançarem mais um pouco, não admitindo apenas a existência do mundo genético OU do mundo afetivo, mas, sim, conceder ao ser humano o direito ao mundo biológico E ao mundo afetivo, isso porque o ser humano é detentor de três mundos, genético-afetivo-ontológico, pelo que ele tem o direito: a) à sua singularidade, ao seu mundo real, em sua perspectiva verdadeira, a base sobre a qual ele se relaciona consigo mesmo (mundo ontológico); b) ao relacionamento com a família e a sociedade (mundo afetivo); c) na transmitindo às gerações, por exemplo, de sua compleição física, os gestos, a voz, a escrita, a origem da humanidade, a imagem corporal e, principalmente, de todas as partículas de seu DNA (mundo genético), para que haja a pacificação familiar e social, um dos maiores fundamentos do Estado Constitucional (WELTER, *on-line*).

A aceitação da teoria tridimensional no Direito de Família, a qual se apresenta como justa por não estabelecer hierarquização de filiação, desencadeia a execução da “multi-hereditariedade, na medida em que seria possível reclamar herança de todos os seus pais e de todas as suas mães. Isto sem esquecer a possibilidade de pleitear alimentos, acréscimo de sobrenome, vínculos de parentesco...” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p.622). O assunto é, pois, inovador e

ainda carente de estudo da aplicação prática da referida teoria, atentando-se sempre para o melhor interesse da criança e do adolescente.

#### 4.4 O DESFAZIMENTO DE UMA FAMÍLIA RECOMPOSTA, E AGORA?

O ser humano, ao reeditar sua família por meio da recomposição de seu núcleo familiar, acrescentando um cônjuge ou companheiro em sua vida, em que um deles ou ambos levam filhos de relacionamentos anteriores para o novo lar, traz consigo a vontade de que este novo arranjo dê certo. Ocorre que, o simples querer, muitas vezes, é insuficiente para o êxito familiar, uma vez que há a necessidade de comprometimento de todos os integrantes desse arranjo e não há uma fórmula ou regra a ser seguida como maneira de se alcançar a frutificação dessa nova família.

Como brilhantemente lembrado por Albuquerque Júnior (2007, p.53-54),

Se a afetividade e convivência são elementos essencialmente fáticos, é natural cogitar da possibilidade de seu desaparecimento *a posteriori*. As vicissitudes das relações interpessoais, em sua imprevisibilidade, não raro contemplam situações de desentendimento, e o que era afeição se converte em indiferença ou desafeto. Também não são exíguos os exemplos em que cessa de todo a convivência, e os laços entre os indivíduos, que eram estreitos, tornam-se cada vez mais rarefeitos, até o virtual desaparecimento. Nada mais comum, nada mais humano.

Assim sendo, é natural o desfazimento de muitas dessas famílias recompostas, seja pela vontade dos cônjuges, seja por vontade alheia aos integrantes, como no caso da morte de um dos companheiros. É necessário, desta forma, que, inicialmente, ambos os cônjuges aceitem que o relacionamento chegou ao fim. Portanto, para Sarkas (*in* GROENINGA; PEREIRA, 2003, p.370),

Compreender e aceitar a separação, legitimar os motivos do outro para a ruptura e viver o sofrimento faz parte do reconhecimento da perda. A falta dessas

condições explica, em parte, os comportamentos de repetição de casamentos que muitas pessoas entram. A necessidade de companheirismo, de parceria, é um dado real para as pessoas, não se discute. O que não é real, mas não menos presente também até hoje, é o mito de que o casamento irá satisfazer plenamente um e outro. A crença de que o amor salva tudo, que só ele realiza não passa de uma crença, mas a maioria dos casais dela compartilham enquanto a separação não vem. O processo de luto é a ponte que permite aos recém-separados transpor esse “abismo” e chegar sãos e salvos do outro lado.

Deve-se ater, também, ao fato de que pode essa família ter dado certo, desde que tenha surgido, tenha havido aprendizado mútuo, evolução dos indivíduos, educação, companheirismo, enfim, desde que tenha produzido bons laços afetivos. Entretanto, deu certo durante um espaço de tempo determinado, tendo desaparecidos os motivos que justificassem sua manutenção, pois, “namoro, casamento, romance, tem começo, meio e fim. Como tudo na vida.” (ARNALDO JABOR, *on-line*).

Separações, de modo geral, prejudicam o filho, por sentir ele afetividade pelo ex-cônjuge, devido ao tempo empenhado na construção desse vínculo. O fim do relacionamento, entretanto, não deve fazer com que seja esquecido o melhor interesse da criança ou adolescente, que não pode sofrer consequência ao seu desenvolvimento com essa ruptura.

Por esta razão, para Albuquerque Júnior (2007, p.72),

Se a convivência, a afetividade os ambas vêm a ser interrompidas por fatos posteriores, não há a cessação da relação de filiação socioafetiva, por uma razão simples: a cláusula geral de tutela da personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar ao indivíduo, por vontade de outrem (e por vezes visando a um interesse meramente patrimonial), um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade. Constitui-se, pois, para todos os efeitos,

uma relação plena de filiação, a qual, para adequada proteção da pessoa pelo ordenamento, não pode se sujeitar a incertezas ou a instabilidades emocionais dos sujeitos envolvidos.

Assim sendo, com base no melhor interesse da criança, o pai ou mãe afim tem, por exemplo, o direito de visita, assim como o de pleitear a guarda compartilhada se esta for a melhor solução para o desenvolvimento do filho.

Ainda, têm também os pais afins deveres, como exemplo, o de prestar alimentos, caso o filho afim necessite. Essa obrigação, entretanto, não surge por meio do vínculo da afinidade ou pelo fato de ter ocorrido um convívio diário, porque “a coabitação, por si só, não faz nascer uma vocação alimentar entre os membros de um lar, pois o legislador limitou as pessoas reciprocamente obrigadas a isto”. (GRISARD FILHO, 2010, p.160). O que gera esse dever é a socioafetividade entre ambos, com respaldo no princípio da solidariedade, explicado por Grisard Filho (2010, p.168):

Diante do princípio da solidariedade, de fundo constitucional, é possível a concessão de alimentos entre pais e filhos afins, porque a relação familiar que existe entre eles acha-se amparada por lei (CC, arts. 1.593 e 1.595).

Diante do explicitado, utilizando-se das palavras do supramencionado autor, pode-se concluir que:

Apesar da dissolução do vínculo conjugal por morte ou divórcio, julga-se razoável que o pai e a mãe afim continuem a visitar e a comunicar-se com seus filhos e filhas afins, menos prejudicial a estes pelo luto originado na ruptura do casal, bem assim de seus meio-irmãos. Considera-se justo e importante que a mãe afim continue a criação dos filhos de seu ex-cônjuge, se resultar benéfico para eles. O dissenso sobre estas questões, por ocasião da família biológica, resultará em demanda judicial, que o juiz, com a máxima discricionariedade e no interesse superior do menor, decidirá. (GRISARD FILHO, 2010, p.105).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os pais e mães afins têm nas famílias recompostas uma importância ímpar para a prosperidade desse arranjo familiar. Sua participação ativa no novo lar e na vida do menor é fundamental. E não deve ser desconsiderada.

O artigo 1.593 do código civil ao tratar de parentesco, deu visibilidade para se enxergar uma nova filiação ao afirmar que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou de outra origem. Ao citar o legislador uma outra origem, faz ele menção a socioafetividade, colocando ela em paralelo com a consaguinidade, dando com isso, sua devida importância.

Muitas famílias da atualidade, não seguem mais os parâmetros da família matrimonial de tempos passados. Não há também, a necessidade de se copiar esses antigos costumes. Questão de bastante relevância na atualidade é se a família está cumprindo com o seu fim, independentemente de seu modo de constituição, que é propiciar um ambiente adequado para o desenvolvimento de seus integrantes com respeito e dignidade.

Para isso, são de suma importância o reconhecimento e a regularização pelo legislativo, das funções dos pais afins no âmbito familiar. Alocando, esses novos integrantes de famílias reconstituídas, em um lugar de colaboração e legitimidade na criação do filho afim.

É notória, a necessidade de se alterar o artigo 1.636 do CC. Ao comentar sobre a autoridade parental dos pais biológicos após o estabelecimento de novas núpcias, retirando de maneira expressa, qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro na educação do menor. O supracitado artigo comete total desvelo quanto ao melhor interesse da criança ou adolescente, por não abarcar a influência do pai afim.

Tratar a filiação, considerando apenas o lado biológico, seria limitar a afetividade, como se fosse praticável exigir do ser humano que amasse um número restrito de pessoas. Levando a acreditar na possibilidade de se aprisionar o envolvimento emocional de um indivíduo a outro.



Havendo então sobre a mesma criança mais de um adulto por gênero, se sentindo no papel de responsável e exercendo autoridade em sua criação e educação, deve-se reconhecer direitos e deveres a todos os indivíduos dessa relação. Uma vez que, ter um pai é melhor do que não ter nenhum e, por conseguinte, ter dois pais é mais vantajoso do que ter apenas um.

Não delegar autoridade parental às famílias recompostas é o mesmo que economizar afeto, como se ele fosse limitado em sua fonte a uma quantidade já definida quanto a sua produção.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adulterino**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2839>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A Filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 150.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.087.163/RJ**. Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em 18 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28pai+biol%F3g%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1.189.663/RS**. Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em 06 set. 2011. Disponível em:

<[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP\\_1189663\\_RS\\_1327095468827.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP_1189663_RS_1327095468827.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2013.

CHAVES, Marianna. **A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17987>>.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.5.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOUVEIA, Débora Consoni. **A autoridade parental nas famílias reconstituídas**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16122010-105204/>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: Novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

JABOR, Arnaldo. **Relacionamentos**. Disponível em: <[http://pensador.uol.com.br/relacionamentos\\_arnaldo\\_jabor/](http://pensador.uol.com.br/relacionamentos_arnaldo_jabor/)>. Acesso em: 05 abr. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 10 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6929>>. Acesso em: 26 out. 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70023979875**. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 10 jul. 2008. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-41822590>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº 70029363918**. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 07 maio 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-57760703>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.

ROSELLÓ, Francesc Torralba i. **Antropologia do Cuidar**. Petrópolis: Vozes, 2009.

SARKAS, Melanie. O luto de uma separação. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise**: Rumo a uma Nova Epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares**: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.gov.br/pub/biblioteca/NovasFormasEntidadesFamiliar.es.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família.** Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id17076.htm?impressao=1>. Acesso em: 04 abr. 2013.

ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. **Direito em Debate**, Ijuí, ano XVIII, n° 32, jul./dez. 2009.

## **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL MILITAR**

**REBECA LIMA AGUIAR:** Advogada.  
Graduada em Direito pela Universidade  
Federal do Ceará.

Orientador(a): Prof.(a) Beatriz  
Acampora e Silva de Oliveira

**RESUMO:** O presente artigo busca elucidar o princípio da insignificância e a possibilidade de sua aplicação no Direito Penal Militar, demonstrando para isso a tese da prevalência do princípio da mínima intervenção penal sobre o princípio da hierarquia e disciplina, quando configurado um crime militar de mínima ofensividade e lesividade. Além da busca por conceitos e definições referente ao crime militar, abordando algumas de suas peculiaridades que o distingue do crime comum, bem como a aplicação do princípio em análise que o transforma em transgressão disciplinar militar, em alguns casos específicos. Desta forma tem-se como escopo trazer através deste estudo o máximo de informações de grande valia, com uma linguagem que visa atingir ao público em geral que carece de uma proximidade a este ramo do direito, de caráter especial.

**PALAVRAS CHAVE:** Crime. Insignificância. Militar.

**ABSTRACT:** This article seeks to elucidate the principle of insignificance and the possibility of its application in Military Criminal Law, demonstrating for this the thesis of the prevalence of the principle of minimum criminal intervention on the principle of hierarchy and discipline, when configured a military offense of minimum offense and Lesivity. In addition to the search for concepts and definitions regarding military crime, addressing some of its peculiarities that distinguishes it from common crime, as well as the application of the principle under analysis that transforms it into military disciplinary transgression, in some specific cases. In this way we have as a goal to bring through this study the maximum information of great value, with a language that aims to reach the general public that lacks a proximity to this branch of law, of special character.

**KEYWORDS:** Crime. Insignificance. Military.

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO CONCEITOS DE CRIME E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO 1. DO TIPO PENAL 2. DO DIREITO PENAL MILITAR 3. CRIME PROPRIAMENTE E IMPROPRIAMENTE MILITAR 3.1. MILITAR PRÓPRIO 3.2. MILITAR IMPRÓPRIO 3.3. CRIME MILITAR EM TEMPO DE PAZ 3.4. CRIME MILITAR EM TEMPO DE GUERRA 4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 4.1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES MILITARES 4.1.1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL MILITAR 4.1.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES MILITARES CONCLUSÃO BIBLIOGRAFIA**

---

## INTRODUÇÃO

De maneira a não se esgotar o tema ou aprofundar-se nos estudos científicos históricos que deram início a teoria do tipo no Direito Penal Moderno, este artigo tem por objeto o instituto denominado pela doutrina e jurisprudência de princípio da insignificância e sua aplicabilidade no Direito Penal Militar.

De tal princípio se deduz que, em uma conduta formalmente típica, se não se apresentar uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado penalmente, o fato será considerado atípico materialmente e, logo, não será punível criminalmente, ocorrendo assim à possibilidade na seara castrense de haver simplesmente uma punição no viés administrativo.

Neste artigo importante destacar a discussão sobre a admissibilidade da hipótese de aplicação do princípio da insignificância em crimes militares, mesmo com a existência de tamanha rigidez típica das relações entre militares, esta hipótese admite a prevalência dos princípios penais da proporcionalidade, razoabilidade, subsidiariedade, anterioridade, reserva legal e principalmente o da legalidade, conforme expresso no artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso XXXIX, e também no artigo 1º do Código Penal Militar, sendo este a base do ordenamento jurídico castrense, independentemente da condição do indivíduo de subordinação às corporações militares, cujas condutas são pautadas pelos princípios da hierarquia e disciplina.

Desta forma cabe uma série de questionamentos referente ao tema em análise e suas nuances, pois será cabível a aplicação deste princípio

tão controverso doutrinariamente e nas jurisprudências de nosso ordenamento jurídico em qualquer tipo de crime militar, ou seja, nos próprios ou impróprios, praticados por militares ou civis, e ainda aqueles em tempos de paz (artigo 9º, decreto lei 1001/69) ou de guerra (artigo 10º, decreto lei 1001/69)?

Em busca de um real esclarecimento ao final deste artigo científico, adentraremos no mundo jurídico castrense, nas doutrinas e jurisprudências, em busca de conceitos, características, elementos, princípios e fundamentos legais trazendo essa elucidação para melhor compreensão sobre o tema que cerne esse estudo, estabelecendo assim uma abordagem sobre o crime militar em relação ao crime comum, tão ampla quanto possível, tão didática quanto necessária, demonstrando que sempre a mais que se aprender referente a um tema especial e ao mesmo tempo com um nível alto de complexidade quanto a sua aplicabilidade no caso concreto.

## **CONCEITOS DE CRIME E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO**

### **1. DO TIPO PENAL**

Antes de adentrarmos no âmago do tema supracitado, importante destacar na teoria do crime, o tipo penal, sendo este o primeiro a ser estudado na construção dogmática que Hungria (1978, p. 10) denominou como “teoria jurídica do crime”, de forma a se enfrentar, através de um roteiro científico jurídico, o conceito de crime, na procura de se evitar, na dogmática penal, um “abstracionismo difuso, confuso e infecundo”. O conceito de tipo foi primeiramente descrito por Beling em contraponto a teoria vigente à época, de correspondente ao corpus delicti ou Tatbestand (REALE JÚNIOR, 2009, p. 135). Anteriormente à teoria de Beling se considerava que “como fato peculiar ao direito penal, o crime constitui uma espécie particular do injusto, isto é, da ação culposa e ilegal” (VON LISZT, 1899, p. 1).

Em conformidade a este entendimento, Beling, adepto da teoria causalista (GOMES; MOLINA, 2010, p. 158), o tipo tinha função autônoma e caráter exclusivamente descritivo, apresentando elementos puramente objetivos, não cabendo na descrição do tipo elementos subjetivos ou valorativos (REALE JÚNIOR, 2009, p. 136).



Essa compreensão do tipo, criada por Bebing em 1906, causou uma verdadeira revolução no Direito penal (BITTENCOURT, 2010, p. 299), “constituindo um marco a partir do qual se reelaborou todo o conceito analítico de crime” prevendo, dessa maneira o delito como composto de elementos que se apresentam de forma harmônica e independente, a formar um todo unitário, composto pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e em âmbito do direito especial, mais especificamente no Direito penal Militar complementa-se este conceito com o previsto no artigo 9º, crimes em tempo de paz e no artigo 10º, crimes em tempo de guerra. O ilustre doutrinador e professor Fernando Capez (2011, p.134) conceitua crime:

No aspecto material, é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social. No aspecto formal, o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. No aspecto analítico crime é todo fato típico e ilícito.

## 2. DO DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Penal Militar é um ramo especializado do direito público, sendo um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a definição das infrações penais militares, as respectivas sanções decorrentes da violação às normas, buscando proteger a hierarquia e a disciplina, princípios basilares das Instituições Militares. Trata-se de um conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade.

Importante salientar que assim como o Direito Penal Comum, o castrense tem suas fontes, sendo estas compreendidas como os modos de formação das normas jurídicas, ou seja, a sua entrada no ordenamento jurídico. Dividem-se em fontes materiais (de produção) e formais (de conhecimento). A fonte material do Direito Militar é o Estado. Em se tratando de Direito penal, incluindo o Militar, somente a União pode legislar sobre a matéria, conforme mandamento contido no artigo 22, I, da Constituição Federal. Já a fonte formal é o modo como o direito se articula com os seus destinatários, é a exteriorização das normas castrenses e dividem-se em imediatas (principais) e mediatas (acessórias).

A distinção preponderante entre o crime comum e o crime militar está no bem jurídico a ser tutelado. No Direito Penal militar existe uma proteção precipuamente a administração militar e os princípios basilares da hierarquia e disciplina. No Direito Penal comum a tutela é destinada aos bens jurídicos fundamentais, como exemplo à vida, à liberdade, a honra, ao patrimônio, sendo estes elencados pela lei como de suma importância para uma vida harmônica em sociedade. O teórico e doutrinador Francisco de Assis Toledo (2002, pp.13-14) expressa em sua obra que: “a tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”. Dessa maneira coaduna o entendimento do ilustre mestre em direito Fernando Capez (2011, p.19) em sua doutrina:

O Direito penal é um segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os

comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

O Brasil adotou para definir como crime militar o aspecto formal, ou seja, critério “ex legis”, o legislador enumera, taxativamente, por meio de lei, as condutas tidas como crime militar. O artigo 124 da Magna Carta, expressamente define que: “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em **lei**” (grifo nosso). Assim, em regra, crime militar são condutas descritas no Código Penal Militar – CPM, Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969, coadunando com o definido na Constituição Federal.

### **3. CRIME PROPRIAMENTE E IMPROPRIAMENTE MILITAR**

#### **3.1. MILITAR PRÓPRIO**

Os crimes propriamente militares são aqueles que estão previstos somente no Código Penal Militar e só podem ser praticados por militares.

O ilustre teórico Célio Lobão (LOBÃO, 2011, p. 38) informa que:

Crime propriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar, sem correspondência no Código Penal Comum, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar.

No entanto, como ficou a cargo da doutrina definir o que seria crime propriamente militar ou crime militar próprio, importante citar a definição de um renomado estudioso do tema, assim discorre Jorge Cesar de Assis (ASSIS, 2014, p. 104):

Em uma definição bem simples poderíamos dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar. Nos crime propriamente militar a autoridade militar poderá prender o acusado sem que este esteja em flagrante delito e mesmo sem ordem judicial, situação impossível de se imaginar em relação ao crime comum.

São exemplos de crimes propriamente militares: a deserção (artigo 187), abandono de posto (artigo 195), embriaguez em serviço (artigo 202), dormir em serviço (artigo 203), desrespeito a superior (artigo 160), dentre outros.

Todos os crimes próprios enquadram-se no inciso I do artigo 9º do CPM. Mas, cuidado, nem todos os crimes que se enquadram naquele inciso são propriamente militares, como por exemplo: ingresso clandestino (artigo 302) e o furto de uso (artigo 241), sendo estes tratados como exceções.

### **3.2. MILITAR IMPRÓPRIO**

São aqueles previstos no Código Penal Militar e na lei penal comum, ou seja, no Código Penal e leis extravagantes, e podem ser praticados, tanto por militares, quanto por civis. Exemplos: lesão corporal (artigo 129, CP), homicídio (artigo 205, CPM), ameaça (artigo 223, CPM), furto (artigo 240, CPM), falsidade ideológica (artigo 319, CPM), dentre outros.

Os delitos castrenses que não se enquadrem no conceito de crime propriamente militar, são, conseqüentemente, impropriamente militares. Desta forma observa-se que existem crimes militares impróprios que não estão previstos na lei penal comum, tais como a oposição às ordens da sentinela (artigo 164, CPM) e a violência contra militar em serviço (artigo 158, CPM), sendo estes previstos somente no código castrense, mas, podem ser praticados por qualquer pessoa.

Assim discorre Jorge Cesar de Assis sobre o conceito de crimes militares impróprios (ASSIS, 2014, p. 105):

O crime impropriamente militar está previsto ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, ainda que de forma um pouco diversa (roubo, homicídio, estelionato, estupro, etc.) e, via de regra, poderá ser cometido por civil.

Ainda temos uma corrente minoritária que estabelece uma terceira espécie de crime militar, qual seja o crime tipicamente militar, mencionado por Ione de Souza e Cláudio Amim Miguel (2013, p. 03), aquele previsto somente no CPM, Como no caso da insubmissão, do ingresso clandestino e do furto de uso. Os próprios autores ressaltam que esta classificação tricotômica não é unânime na doutrina pátria castrense.

### **3.3. CRIME MILITAR EM TEMPO DE PAZ**

O critério geral estabelecido pelo Código Penal Militar é o “ratione legis”, ou seja, em razão da lei, assim é crime militar a conduta estabelecida no Código Penal Militar, dessa forma para trazer a definição precisa do que é crime militar em tempo de paz basta o entendimento do que diz a lei no artigo 9º do Código Penal Militar – CPM, Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969, conforme citação a seguir:

**Art. 9º** Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

**I** - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

**II** - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

**a)** por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; (***ratione personae***)

**b)** por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; (***ratione loci e ratione personae***)

**c)** por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (***ratione loci e ratione personae***)

**d)** por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; (***ratione loci e ratione personae***)

**e)** por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; (***ratione personae e ratione objeto***) **II, b, c, d,**

**f)** revogada. (**Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996**)

**III** - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

**a)** contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; **(ratione objeto)**

**b)** em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; **(ratione loci e ratione persone)**

**c)** contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; **(ratione loci e ratione persone)**

**d)** ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. **(ratione objeto)**

(apontamentos em negrito feitos pelo autor)

### **3.4. CRIME MILITAR EM TEMPO DE GUERRA**

Da mesma forma que os crimes militares em tempo de paz, os cometidos em tempo de guerra também estão expressamente definidos em lei, conforme o critério adotado pelo ordenamento jurídico castrense e estabelecidos no artigo 10º do Código Penal Militar – CPM, Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969, conforme citação que segue:

**Art. 10.** Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

**III** - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

**a)** em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

**b)** em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

**IV** - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

#### 4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O ilustre e renomado doutrinador Claus Roxin historicamente conhecido como o primeiro a definir e conceituar este instrumento jurídico como Princípio da Insignificância, entendido doutrinariamente pelo mestre jurídico Luiz Flávio (GOMES, 2013, p.53) por ser a via dogmática mais adequada para resolver a problemática sobre a irrelevância penal do fato ou da conduta trivial. No Brasil, o primeiro teórico a envolver-se com o tema foi Francisco de Assis Toledo, que defendeu a importância do Direito Penal como ultima ratio e sua natureza fragmentária.

No que pese esta colisão de informações quanto ao momento de surgimento deste instrumento jurídico, Rogério Greco em sua doutrina “Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal” expressa seu entendimento elucidando essa temática com fundamento em consonância com o teórico Maurício Antônio Ribeiro Lopes (GRECO, 2009, pp. 85-86), conforme a seguir:

Em que pese haver divergência doutrinária quanto às origens do princípio da insignificância, pois que Diomar Akel Filho aduz que “o princípio já



vigorava no Direito Romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *minima non curat pretor*”, conforme esclarece Maurício Antônio Ribeiro Lopes, “o princípio da insignificância, ou como preferem os alemães: a criminalidade de bagatela (*bagatelledelikte*) surge na Europa como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Ao terminar esta, e em maior medida ao final do segundo confronto bélico mundial, produziu-se, em virtude de circunstâncias socioeconômicas sobejamente conhecidas, um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico e, facilmente demonstrável pela própria devastação sofrida pelo continente, quase todos eles marcados pela característica singular de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de ‘criminalidade de bagatela’”.

Assim, Aníbal Bruno (1967, p. 331) já ensinava que, apesar do tipo ser composto por elementos objetivos, percebidos de forma imediata pela adequação da conduta para caracterização do fato punível:

(...) estes mesmos elementos nem sempre são puramente objetivos: às vezes exigem para o seu entendimento uma apreciação particular do julgador e se incluem, então, entre os elementos normativos, ou alguns se põem em posição intermediária entre os objetivos e os normativos puros, como diz Mezger.

Estudiosos de destaque no âmbito jurídico como, Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 489), descrevem o princípio da insignificância em um sentido teleológico. Nesse entendimento prelecionam:

A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de

proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.

O princípio da insignificância, ou também conhecido doutrinariamente como crime de bagatela próprio, ocorre através de uma ação tipificada formalmente como crime, praticada por determinado indivíduo, é desvalorada em sua essência, não causando qualquer lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima. Desta forma não se discute se a conduta praticada é ilícita ou lícita, pois é caso de excludente de tipicidade do fato, diante da mínima ofensividade, lesividade e desproporção do resultado, no caso em tela insignificante, onde a atuação do Estado, com seu poder de punir, conhecido pelo brocardo "jus puniendi", não se faz necessária, pois com a incidência de um processo e de uma pena seria injusto, ou como afirma o Flávio Gomes, "*apresenta-se como aberrantes. Não se pode usar o Direito Penal por causa de uma lesão tão ínfima*". Flávio Gomes e Antônio Pablo (2010, p. 135) coadunam com o mesmo entendimento que a insignificância, em razão da conduta ou em razão do resultado, justifica a não aplicação da sanção penal em respeito ao princípio da intervenção mínima, pois não se faz necessária a imposição de uma pena para um fato irrisório, cabendo sim a outros ramos do Direito agir para que o ilícito não fique impune.

Quanto a esta intervenção mínima do Direito Penal, o doutrinador Reale Júnior (2009, pp. 25-26), ensina que "*o Direito Penal há de ser regido pelo princípio da intervenção mínima, subsidiária e fragmentária, como extrema ratio*". Entende-se então que a atuação estatal será apenas em casos extremos, abrindo-se mão do direito penal em casos de lesões mínimas, ínfimas, irrisórias, sendo que apenas no âmbito penal ocorre essa seleção natural das condutas lesivas, valoradas de acordo com o grau de ofensividade, lesividade e que a atuação do direito na tutela aos bens jurídicos sempre que possível se dará por via extra penal.

Embora não haja previsão no ordenamento jurídico sobre o crime bagatela, ele é aplicado ao caso concreto e não de maneira abstrata e sua aceitação tem aumentado a cada ano dentre os Tribunais Superiores brasileiros, mesmo assim existem situações absurdas acontecendo com a não aplicação deste instrumento jurídico, ocorrendo desta forma casos vergonhosos, onde o princípio de insignificância é ignorado, causando, em alguns casos, resultados e danos irreversíveis.

À jurisprudência brasileira, a partir do acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se seu marco inicial do reconhecimento do princípio da insignificância, segundo o ilustre doutrinador e professor Flávio Gomes (GOMES 2013, p. 63) desta maneira se faz necessário trazer ipis literis este reconhecido trecho a seguir:

RECURSO DE HABEAS CORPUS N 66.869 —  
PR (Segunda Turma)

Relator: O Sr Ministro Aldir Passarinho. Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado.

Mas de melhor forma a esclarecer o princípio em análise sendo utilizado pelo egrégio Tribunal temos a ementa proferida no Habeas Corpus 84.412-SP, de 19/10/2004, referente à subtração de uma fita de videogame no valor de R\$ 25,00, podendo claramente identificar os vetores sendo constituídos em sua concretude, a relatoria foi destinada ao ilustre Ministro Celso de Mello (FLÁVIO GOMES, 2013, p. 66) conforme citação que se faz necessário destacar abaixo:

(...) O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. **Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada [...]** O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso

mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

**Ancorado pelo princípio da proporcionalidade entre a gravidade da lesão ao bem jurídico e a intervenção penal, o princípio da insignificância impõe a atipicidade de condutas**, tanto em relação à importância do bem jurídico atingido, quanto em relação à intensidade da lesão produzida, o que significa a possibilidade de uma conduta formalmente típica ser irrelevante em seu aspecto material (BITTENCOURT, 2010, pp. 326-327). **(grifo nosso)**.

O precursor deste aludido princípio, o teórico Claus Roxin (1979, p. 283), exemplifica o princípio em análise, de maneira que “por certo existe uma diferença essencial entre matar um mosquito e um assassinato em legítima defesa com uma arma de fogo” (tradução livre). Esse entendimento se refere à diferença de quantificação valorativa dos elementos do Direito, em que a desaprovação pela conduta pode repercutir ou não na esfera jurídica, desde que desaprovada pela sociedade.

De maneira simples e objetiva o ilustre Mestre em Direito e conhecedor deste instrumento jurídico, Rogério Greco, em uma de suas obras elenca três tópicos que definem tal princípio, quais sejam:

De acordo com as lições proferidas, percebe-se que o princípio da insignificância:

- a) é entendido como um princípio auxiliar de interpretação;
- b) pode ser aplicado em grande parte dos tipos;
- c) tem por finalidade afastar do tipo penal os danos de pouca ou nenhuma importância.

Em relação ao princípio da fragmentariedade do Direito Penal, Nucci (2010, p. 48) elucida que:

Fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o Direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à sociedade.

Inexistindo lesão ou ameaça a lesão, ou seja, não sendo esta comprovada, e essa por si só não atinja com a devida gravidade bens jurídicos sociais ou individuais, deverá ser destinado à tutela de defesa aos outros ramos do Direito.

Diante desse importante marco, qual seja a existência de vetores estabelecidos pela mais alta Corte jurídica do país, restou pacífica e sistematizada pela jurisprudência a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes comuns, dessa maneira não demorou que se questionasse a sua incidência deste instrumento jurídico nos crimes militares.

#### **4.1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES MILITARES**

##### **4.1.1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL MILITAR**

O [Direito penal militar](#) compreende todo um sistema jurídico que, de alguma forma, envolva as Forças Armadas Brasileiras, e suas forças auxiliares, quais sejam, as polícias militares e corpo de bombeiros militares vinculados aos Estados e ao Distrito Federal (JORGE CESÁR, 2012, p. 24). O conceito e as atribuições destas autoridades estão expressamente previstos na Constituição Federal, em seu artigo 142:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, **organizadas com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (grifo nosso).

As forças auxiliares, não menos importante, encontram fundamento legal quanto a sua existência e organização no artigo 42 da Magna Carta, conforme expresso a seguir:

Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, **instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina**, são militares dos

Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (grifo nosso).

A esse propósito, o teórico Jorge César de Assis (2012, p. 24) assevera que os militares, federais, estaduais e do Distrito Federal se organizam sob uma legislação especial própria, sob a exigência do respeito à hierarquia e a disciplina, além das demais legislações comuns que também lhes são atribuídas como cidadãos brasileiros, conforme entendimento abaixo:

Se a sociedade e a Pátria lhes outorgaram a condição de mantenedores da ordem e defensores das Instituições, curial que ao lado de tais garantias que muitas vezes escapam ao servidor público civil lhes seja exigido com maior rigor o cumprimento de seus deveres.

A corroborar os dispositivos explícitos na Constituição Federal, encontra-se no artigo 14 do Estatuto dos Militares Federais, Lei 6.880/90, os seguintes termos: **“A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas.** A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico”. (grifo nosso).

No âmbito estadual, mais especificamente no Estado de Minas Gerais, temos em sua legislação específica, Lei 5.301/1969, em seu artigo 8º, a referência sobre a hierarquia, conforme a seguir: “hierarquia militar é a ordem e a subordinação dos diversos postos e graduações que constituem carreira militar”, importante destacar que no Código de ética das instituições militares do Estado de Minas Gerais também corrobora na explicitação destes princípios basilares, quais sejam o da hierarquia e disciplina. Especificamente no capítulo II da Lei 14.310 de 2002, em seu artigo 6º e parágrafos encontra-se a definição destes princípios conforme expresso a seguir:

Artigo 6º - A hierarquia e a disciplina constituem a base institucional das IMEs (Instituições Militares Estaduais).

§1º - A hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das IMEs.

§2º - A disciplina militar é a exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-

se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus de hierarquia, quanto aos aspectos:

- I- pronta obediência às ordens legais;
- II- observância às prescrições regulamentares;
- III- emprego de toda a capacidade em benefício do serviço;
- IV- correção de atitudes;
- V- colaboração espontânea com a disciplina coletiva e com a Efetividade dos resultados pretendidos pelas IMEs.

Os princípios atinentes a organização militar, dentre eles a disciplina e a hierarquia, são antigos, claros e diretos, que visam à defesa dos valores atinentes às instituições militares e permeiam a relação do profissional desta área com esses dois princípios, manifestados pelo **“dever de obediência e subordinação”**, que não encontram semelhança nas relações civis (WILSON VALLA, 2003, II, p. 116, grifo do autor). Em referência ao princípio da subordinação, em seu artigo 7º a lei 14.310 de 2002, expressamente define como: “o princípio da subordinação rege todos os graus da hierarquia militar, em conformidade com o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais – EMEMG”.

#### 4.1.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES MILITARES

De certo que o Direito Penal Militar precisa ser mais explorado doutrinariamente em seu conteúdo vasto e de certa forma importante, não só para os que vivem na caserna, e tem que lidar com este diuturnamente, mas também para todos os cidadãos que compreendem a existência de autoridades estabelecidas em legislações especiais, que nem todos do povo se interessam em adquirir tal conhecimento para ajudar os dentro dos limites da lei na fiscalização e acompanhamento destes servidores públicos, tanto a nível nacional, quanto estadual.

Desta forma faz-se necessário a exploração da aplicabilidade deste instrumento jurídico no âmbito Castrense. Conforme exemplo conferido por Flávio Gomes (2013, p. 150), lapidar nesse sentido o entendimento expendido no acórdão conforme voto do excelentíssimo Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, no Habeas Corpus 100.625, fazendo remissão ao

HC 91.759-3 MG, STF, o relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito discorre que: "o entendimento desta Corte mantém-se no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes (no âmbito militar)". Com relação ao crime de furto no âmbito militar, necessário se faz mencionar o ilustre teórico Jorge César (2014, p. 121) sobre os deveres feridos por tal atitude em desconformidade com a lei:

Aquele, ao se apossar do que não lhe pertence fere, ao menos, três deveres igualmente importantes: seu dever de ofício, comum a todos os funcionários públicos (...); seu dever de lealdade com a pátria e com a sociedade que prometeu defender em juramento solene(...) e seu dever com a Força a que pertence lastreada na disciplina e na hierarquia.

Antes de adentrar no âmago em si da aplicabilidade, faz-se necessário destacar que no Decreto Lei 1.001 de 1969 existem diversos artigos que merecem ser mencionados para devida comprovação de que o princípio da insignificância encontra-se expresso em lei Castrense, não precisando nem mesmo da doutrina ou jurisprudência para definir se deve ou não ser aplicados ao caso concreto, diferentemente do Direito Penal comum.

Nas hipóteses elencadas nos artigos da lei penal militar, preenchido os requisitos legais, quais sejam **a primariedade do agente e o pequeno valor da coisa sobre a qual recai a infração** (artigo 240, §1º, CPM), para constatação do princípio em análise, o fato passa a ser atípico materialmente e se torna uma sanção administrativa, ou seja, uma infração disciplinar, com punição no âmbito interno a instituição militar (grifo nosso). Os crimes a seguir estão expressamente positivados em lei castrense, conforme elucida Fábio Amaral (2012) demonstram a aplicação direta do princípio bagatelar próprio em sua essência:

- a) Furto atenuado (artigo 240, §1º e §2º);
- b) Apropriação indébita (artigo 250);
- c) Estelionato e outros tipos de fraude (previstos nos artigos 251 e 252);
- d) Receptação simples (artigo 254);



- e) Perdão judicial no caso de receptação culposa (artigo 255, § único);
- f) Dano atenuado (artigo 260);
- g) Emissão de cheque sem fundos (artigo 313);
- h) E por fim, não menos importante, um crime que traz muita divergência na seara castrense, a lesão corporal (artigo 209, caput), conta com seu §6º, do artigo 209 que prevê expressamente **“no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar”**. (grifo nosso)

Não existe uma pacificação doutrinária quanto ao conceito de lesão levíssima. Portanto, somente o caso concreto será capaz de estabelecer esta definição referente a esta lesão considerada incapaz de ferir o direito material, sendo assim considerada insignificante.

Em análise realizada da jurisprudência do Superior Tribunal Militar, bem destacado pelo ilustre magistrado André Lázaro (2014, p. 239-240) permite-se que sejam elencados alguns tipos de lesões levíssimas conforme exemplificado a seguir:

Equimoses arroxeadas (AP 0000072-29.2009.7.05.0005/PR), arranhão na face ocasionado pelo arremesso de uma uva (AP 0000063-36.2011.7.07.0007/PE), inchaço no nariz provocado por uma cabeçada (AP 0000014-25.2010.7.03.0303/RS), pequeno edema arroxeadado na região zigomática da face esquerda (AP 0000079-20.2010.7.03.0303/RS), pequenos arranhões e vermelhidões na face e na mão (AP 0000098-93.2011.7.07.0007/PE) e escoriação em região infra orbital ocular produzida por estilhaços de vidro (0000008-59.2010.7.09.0009/MS).

Nos crimes elencados a legislação penal militar mostra-se de acordo com a moderna doutrina e jurisprudência, uma vez que reconhece

expressamente a existência do princípio da insignificância. Assim, em se verificando a tipicidade formal de tais delitos, fica a cargo do magistrado a análise e mensuração da ofensa e a possível descriminalização da conduta de ilícita para infração disciplinar. Através de estudos chegou-se a constatação que o crime militar e a transgressão disciplinar possuem mesma natureza, visto que afrontarem os mesmos valores e deveres institucionais. No entanto, em atendimento ao princípio da proporcionalidade, a insignificância da conduta ou do resultado, pode ensejar outra sanção por meio do âmbito administrativo.

Em consonância com esta linha de pensamento está o teórico Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Junior (2008, p.19):

Ao lado do ilícito penal coloca-se o ilícito administrativo, que não dispõe de suficiente gravidade para ser erigido em ilícito penal. A diferença entre ambos, portanto, não é ontológica: somente de grau. A falta disciplinar representa um *minus* com respeito ao crime. E a pena criminal um *plus* com relação à sanção disciplinar.

A indagação que se faz após a comprovação da aplicabilidade deste aludido princípio em casos que expressamente há previsão legal é que da mesma forma pode-se aplicar nos demais crimes militares que não existe esta possibilidade definida em legislação especial? A doutrina e a jurisprudência pátria estão bem equilibradas quanto a este assunto. Alguns autores, como o magistrado Ronaldo João Roth (2008, p.30-38), defendem a possibilidade de sua aplicação a todos os crimes militares indistintamente, conforme exposto a seguir:

[...] como princípio, devemos reconhecer a aplicação da insignificância também nas lesões corporais culposas e em outros delitos ainda que expressamente não o prevejam, como ocorre nos delitos contra a Administração Pública (peculato, falsificação, etc.), nos delitos contra a honra, etc.

Alguns doutrinadores e teóricos no tema em análise, como Neves e Streifinger (2005, p.41) demonstram que sua aplicabilidade é relativa, quando se trata de crimes fora dos elencados expressamente em lei, conforme entendimento: “*ficando ao jugo do operador, mormente o juiz,*

*aplicar tal princípio quando a lei, atendendo ao critério da subsidiariedade, deixar ao discricionarismo do magistrado invocar a bagatela”.*

De maneira contrária a este entendimento existem estudiosos jurídicos que entendem sua aplicação na seara castrense sob a alegação de que os crimes militares ofendem valores diversos além daqueles protegidos pelo tipo penal comum, em decorrência dos artigos 9º e 10 do CPM, qual seja, a uniformidade, disciplina e a ordem das Instituições Militares.

Conforme ementa do Habeas Corpus 84.412/SP de relatoria do excelentíssimo Ministro Celso de Mello, onde foi estabelecido um marco para aplicabilidade deste princípio jurídico através de vetores cuja presença legítima o reconhecimento desse postulado, mostra-se em perfeita consonância com o Direito Penal Militar, sendo que a sua aplicação deve levar em consideração se o bem jurídico foi realmente ofendido, qual o grau de reprovabilidade da ação, o nível de perigo e a proporção do dano, devendo ser em cada caso concreto avaliado a real possibilidade e o que pode acarretar na aplicação ou não deste instrumento jurídico, sendo antes da sua aplicabilidade será feita a aferição através de investigações, inquéritos, sindicâncias e até mesmo uma ação penal, mas esta poderá ser arquivada ou até mesmo a denúncia poderá ser rejeitada. Portanto cabe destacar que em consonância a tema em análise está o entendimento do jurista Cleber Massom (2011, p.36) citado pela professora mestre em Direito e doutrinadora Cristiane Dupret em seu conceituado artigo “Princípio da Insignificância próprio e impróprio: Origem, aplicação e controvérsias”, ao qual exara seu conhecimento conforme a seguir:

Veja-se que, ao contrário do que se verifica no princípio da insignificância (própria), o sujeito é regularmente processado. A ação penal precisa ser iniciada, mas a análise das circunstâncias do fato submetido ao crivo do Poder Judiciário recomenda a exclusão da pena.

## CONCLUSÃO

O princípio da insignificância ou da bagatela é um importante instrumento jurídico disponível ao alcance dos magistrados, analisando cada caso

concreto podem aplicá-lo em favor da Justiça. Desta forma observam-se dois momentos, primeiro, quando este é aplicado de maneira correta a solucionar a lide, sem prejuízo para as partes, trazendo uma celeridade ao trâmite jurídico, ao qual não necessitará de instauração de ação penal para condenação, apenas para procedimento de praxe, acarretando assim o arquivamento do procedimento investigatório ou a rejeição da denúncia oferecida. De outra maneira cabe mencionar outro momento, que de certa forma está baseado no primeiro, que ao não se aplicar uma reprimenda sancionatória ao suposto crime cometido, devido à análise dos fatos pelo magistrado, evitará um desgaste ao indivíduo que se fosse condenado ao cumprimento de uma sentença criminal poderia passar situações que afetariam a sua dignidade protegida Constitucionalmente, além de acarretar em traumas irreversíveis a sua personalidade, pessoalidade, humanidade e principalmente a seu retorno ao convívio social e seu futuro no mercado de trabalho, pois a ressocialização pós-cárcere em sua grande maioria no Brasil não é favorável ao recém liberto.

Diante do estudo exposto, observa-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em crimes militares, sob pena de afronta aos princípios garantidores da mínima intervenção penal, razoabilidade e proporcionalidade, princípios estes encarregados de proteger a dignidade da pessoa humana, independente se o indivíduo é civil ou militar.

O Código Penal Militar foi recepcionado relativamente pela Magna Carta em seu artigo 22, inciso I, por isso não se pode desprezar a natureza especial do Direito Penal Militar, as normas nele inseridas estão adstritas ao Estado Democrático de Direito, cuja interpretação se dá de forma teleológica em função dos Direitos Humanos, que devem prevalecer em relação à observância da hierarquia e disciplina, dando oportunidade principalmente aos militares a gozarem desse instrumento jurídico na seara castrense, pois estes são circundados de normas que lhes são impostas tanto do âmbito comum quanto no militar e que são rigorosamente respeitadas e cumpridas como deveres pessoais e institucionais.

Por fim constatado os limites entre a superveniência do âmbito deontológico (princípios e deveres éticos e morais do dever ser) e do Direito Penal Militar, a aplicação do princípio da insignificância em crimes militares próprios ou impróprios não acarreta em fomento à impunidade, uma vez que ao militar lhe é

atribuído uma responsabilidade grandiosa, através de juramento solene, o servidor militar declara este compromisso público de promover a paz social, cumprindo rigorosamente com a lei e a ordem, respeitando a ética, as liberdades e os direitos fundamentais, e o principal de tudo isso sacrificando a própria vida, valorizando ainda mais esta nobre função de proteção e respeito à Pátria e a sociedade, sob pena não apenas da privação de liberdade, a “ultima ratio”, mas também das respectivas sanções disciplinares a que esteja sujeito em função de seus deveres perante a nação Brasileira.

## BIBLIOGRAFIA

**AMARAL**, Fábio Sérgio do. [Insignificância e Direito Penal Militar](#). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 17, n. 3381, 3 out. 2012](#). Disponível em: . Acesso em: 3 maio 2017.

**ASSIS**, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar (Parte Geral)**. 8ª Edição - Revista, Atualizada e Ampliada. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 103-106, 121.

**AUGUSTO**, André Lázaro Ferreira. Em: **Revista do Ministério Público Militar. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR**. Ano 39, nº 24. Brasília: Procuradoria Geral de Justiça Militar, Nov 2014, p.239-240.

**BELING**, Ernest Von. **Esquema de derecho penal**, la doctrina del delito-tipo. Coleccion clásicos del derecho, análisis de Carlos M. de Elía. Tradução da 11ª Ed. 1930: Sebastián Soler, Buenos Aires, 2002. p. 1.

**BITENCOURT**, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp. 299, 326-327.

**BRASIL**. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Presidência da República. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm)>. Acesso em 03 maio de 2017. Artigos 9º e 10º.

**BRASIL**. Lei 6.880 de 09 de dezembro de 1980. Presidência da República. Dispõe Estatuto dos Militares Federais. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm)>. Acesso em 03 maio de 2017. Artigo 14.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal - HC 84.412/ SP - SÃO PAULO - Relator: Min. CELSO DE MELLO

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal - HC 66.869/PR - PARANÁ - Relator: Min. ALDIR PASSARINHO

**BRASIL.** Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em . Acesso em 12 abril de 2017. Artigos 42, 124 e 142.

**BRUNO** Aníbal. **Direito penal parte geral.** Tomo 1º, introdução-norma penal, fato punível. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 331.

**CAPEZ,** Fernando. **Curso de direito penal.** Volume I, parte geral :(arts. 1º a 120)-15. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011, p.19 e 134.

**DAMASCENA JÚNIOR,** Manoel Alves. Primavera do Leste, 2012. Disponível em: ; ; Acesso em 04 de maio de 2017. **Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 14724, 6023, 6027:** Informação e documentação: apresentação, sumário, referências. Rio de Janeiro, 2012.

**DUPRET,** Cristiane Apud **MASSON,** Cléber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral.** São Paulo: Editora Método. 2011, p.36.

**GOMES,** Luiz Flávio e **MOLINA,** Antônio Pablo. **Direito penal: parte geral – Volume 2 -** São Paulo: Ed. RT, 2010, pp. 135 e 158.

**GOMES, Luiz Flávio.** Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. **3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Coleção direito e ciências afins; v.1 pp. 53 e 63.**

**GRECO,** Rogério Apud **LOPES,** Maurício Antônio Ribeiro. In **Princípio da Insignificância no Direito Penal,** 2009, p.37-39.

**GRECO,** Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio.** Uma visão minimalista do Direito Penal. 4 ed. Niterói/ Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2009, pp. 85-86.

**HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal.** 5ª Ed, Rio de Janeiro, Editora Forense. 1978, p. 10.

**LOBÃO, Célio. Comentários ao Código Penal Militar:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011 - volume 1. p. 38.

**MINAS GERAIS.** Lei 14.310 de junho de 2002. Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais. Disponível em: < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14310&ano=2002>>. Acesso em 12 abril de 2017. Artigo 6º.

**MINAS GERAIS.** Lei 5.301 de 16 de outubro de 1969. Contém o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais. Disponível em:. Acesso em 12 abril de 2017. Capítulo II, Artigo 8º.

**NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcello. Apontamentos de Direito Penal Militar.** São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 40-41.

**PAGLIARO, Antonio. COSTA JUNIOR, Paulo José da. Dos Crimes contra a Administração Pública.** 4ª. Ed. Atlas - São Paulo: Perfil, 2008. p. 19.

**REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal - Parte Geral**  
**- 4ª Ed. 2013. Editora Forense. pp. 25-26 e 135-136.**

**ROTH, Ronaldo João. O Princípio da insignificância e o Direito Penal Militar.** Revista de Estudos e Informações – Justiça militar de Minas Gerais. nº 21, março de 2008, pp. 30-38.

**ROXIN, Claus. Teoria del tipo penal. Tipos abiertos y elementos de del deber jurídico.** Buenos Aires, Argentina: De Palma, 1979. p. 283.

**SOUZA, Ione de; MIGUEL, Cláudio Amim. Elementos do Direito penal Militar.** Editora Método, 1ª edição. 2013, p. 03.

**TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal,** 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 13-14.

**VALLA, Wilson Odirley. Deontologia Policial Militar - Ética Profissional. 3. ed.** Curitiba: Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, 2003. II, p. 116.

**ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume I, parte geral. 9ª ed. rev. e atual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 489.



## DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

**LEONARDO CORRÊA DOS SANTOS:** Analista Judiciário na Justiça Eleitoral há mais de 11 anos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2004). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/Praetorium (2008).

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo estudar a democracia participativa, ressaltando sua importância no regime democrático; seus principais instrumentos no Brasil e no exterior e a necessidade de inclusão, no sistema jurídico brasileiro, de um instrumento estrangeiro, qual seja: o referendo revogatório de mandato, seja na vertente *recall* político, seja na vertente *abberufungsrecht*. A democracia semidireta ou mista se mescla elementos das democracias direta e indireta. Nela, o poder político, apesar de pertencer ao Povo, é exercido, em regra, pelos representantes desse povo, que são os ocupantes de mandato políticos representativos – Chefes do Poder Executivo e Parlamentares – democraticamente eleitos. Todavia, em determinadas hipóteses, o povo exerce diretamente o poder, como, por exemplo, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular de lei. Quando o poder é exercido por representantes se dá a democracia indireta ou representativa; quando esse poder é exercido diretamente pelo povo, manifesta-se a democracia direta ou participativa. Seus elementos centrais são: (1) o mandato político eletivo (democracia representativa) e (2) a participação direta e pessoal do povo nas decisões políticas (democracia participativa). O Brasil adota esse tipo de democracia (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB –, arts. 1º, p. único, e 14). A democracia participativa consiste na participação – pessoal e direta – do povo nas principais decisões estatais. Seu exercício ocorre por intermédio da utilização de instrumentos de democracia direta dentro da democracia semidireta. No mencionado exercício direto do poder (CRFB, art. 1º, p. único), o próprio povo, sem qualquer representação, atua de forma política nos negócios estatais. O Estado Democrático de Direito tem a democracia participativa com elemento fundamental para o ideal democrático. Ela representa o governo do povo por excelência e, se colocada em prática de forma adequada, tem o poder de conduzir a uma verdadeira transformação social, com melhoria da vida das pessoas nas mais diversas vertentes: direitos fundamentais, justiça social,

igualdade material em todas as instâncias da vida em comunidade, bem-estar de todos os governados (e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais) e combate a quaisquer formas de opressão.

Palavras-chaves: democracia participativa; estado democrático de direito; referendo revogatório de mandato.

**SUMÁRIO:** 1 - INTRODUÇÃO 2 – DEMOCRACIA: CONCEITO E PERSPECTIVAS FORMAL E SUBSTANCIAL 3 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DE 1.988 4 – TIPOS DE DEMOCRACIA 4.1 – Contextualização 4.2 – Democracia Direta 4.3 – Democracia Indireta 4.4 – Democracia Semidireta ou Mista 4.5 – Mandato Político Representativo 5 – DEMOCRACIA PARTICIPATIVA 5.1 – Conceito e Contextualização 5.2 – Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular de Lei 5.3 – Demais Instrumentos de Democracia Participativa na Constituição de 1988 5.4 – Instrumentos de Democracia Participativa no Direito Estrangeiro 5.5 – A Não Utilização dos Instrumentos de Democracia Participativa no Brasil e a Necessidade de Mudanças 5 – CONCLUSÕES BIBLIOGRAFIA

---

## 1 - INTRODUÇÃO

A democracia semidireta ou mista mescla elementos das democracias direta e indireta. Nela, o poder político, apesar de pertencer ao Povo, é exercido, em regra, pelos representantes desse povo, que são os ocupantes de mandato políticos representativos – chefes do Poder Executivo e Parlamentares – democraticamente eleitos. Todavia, em determinadas hipóteses, o povo exerce diretamente o poder, como, por exemplo, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular de lei.

Quando o poder é exercido por representantes se dá a democracia indireta ou representativa; quando esse poder é exercido diretamente pelo povo, manifesta-se a democracia direta ou participativa. Seus elementos centrais são: (1) o mandato político eletivo (democracia representativa) e (2) a participação direta e pessoal do povo nas decisões políticas (democracia participativa). O Brasil adota essa sistemática (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB –, arts. 1º, p. único, e 14).

A democracia participativa consiste na participação – pessoal e direta – do povo nas principais decisões estatais. Seu exercício ocorre por intermédio da utilização de instrumentos de democracia direta dentro da democracia semidireta. No mencionado exercício desse direito (CRFB, art. 1º, p. único), o próprio povo, sem qualquer representação, atua de forma política nos negócios estatais.

O presente artigo objetiva estudar a democracia participativa, ressaltando sua importância no regime democrático; seus principais instrumentos no Brasil e no exterior e a necessidade de inclusão, no sistema jurídico brasileiro, de um instrumento estrangeiro, qual seja: o referendo revogatório de mandato, seja na vertente *recall* político, seja na vertente *abberufungsrecht*.

## 2 – DEMOCRACIA: CONCEITO E PERSPECTIVAS FORMAL e SUBSTANCIAL<sup>[1]</sup>

O termo democracia não é unívoco e comporta diversas conceituações de acordo com a teoria – clássica, medieval, moderna – ou sistema político-econômico – liberal, socialista – levados em consideração.

Na verdade, cada corrente ideológica costuma emprestar ao termo a concepção que melhor atende às suas finalidades / interesses. Mesmo os governos ditatoriais – que são indiscutivelmente antidemocráticos – se autodenominam democráticos. Aliás, dificilmente um governo autoritário se classificaria como ditadura, uma tirania ou uma oligarquia.<sup>[2]</sup>

Portanto, essa diversidade de conceitos é ocasionada, em parte, por divergência ideológicas – nos campos político e econômico –; em parte por má-fé daqueles que querem definir os Governos autoritários dos quais fazem parte como democráticos.

Em que pese a multiplicidade de conceitos sobre o que venha a ser democracia, qualquer sistema político deve observar algumas características elementares, que são pontos de convergência ideológica entre os que fazem uma análise imparcial do instituto.

Dito isso, sem ter a menor pretensão de exaurir o significado do instituto, externa-se o seguinte conceito: Democracia é um modo de ser de um povo, caracterizado pela busca da paz, da tolerância, do respeito, da liberdade e da

igualdade (formal e material) nos âmbitos público e privado – isto é, nos campos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Para tanto, ela tem como requisitos: (1) que os Poderes social, estatal, político e econômico emanam do povo – e não de um monarca ou de uma parcela desse povo –; (2) que o povo sempre deve exercer esse Poder, de forma direta, por meio de instrumentos de democracia participativa, ou indireta, por meio de cargos políticos eletivos; (3) que a ascensão aos referidos cargos deve se dar de acordo com regras e procedimentos objetivos e pré-estabelecidos na Constituição e nas leis e (4) que as Constituições e os governos constituídos – quando do exercício do Poder – devem reconhecer e ter como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social; do bem-estar de todos os governados – e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais – e do combate a quaisquer formas de opressão.[3]

Para ser democrático, o Estado deve proporcionar a realização tanto do aspecto formal, quanto do substancial de democracia. O primeiro deles se concretiza pela a paz, tolerância e respeito em todos os aspectos da vida em comunidade,[4] bem como pela positivação jurídica e pela efetiva aplicação de regras e procedimentos virtuosos – de caráter objetivo – para obtenção e para exercício do poder estatal por intermédio de mandatos políticos eletivos ou por meio de instrumentos de democracia participativa.

Quanto aos traços substanciais, a democracia exige que as Constituições e os governos constituídos devem reconhecer e ter como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social, da igualdade material em todas as instâncias da vida em comunidade, isto é, nos âmbitos político, jurídico, acadêmico, profissional, econômico, dentre outros. Devem proporcionar bem-estar de todos os governados (e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais) e combater a quaisquer formas de opressão.[5]

### 3 – O estado democrático de direito na CONSTITUIÇÃO DE 1.988

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou, de forma clara um sistema político tanto formal, quanto substancialmente democrático. O *caput* do art. 1º[6], deixa claro que o Brasil desta nova ordem constitucional é um “Estado Democrático de Direito”. Trata-se de “...um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (CRFB, art. 1º, p.

único)” (SILVA: 2016, p. 127). Não se refere aqui a uma mera reunião formal dos elementos do Estado Democrático e do Estado de Direito, “...na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo”. (SILVA: 2016, p. 114 e 121) (destacou-se).

*...a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.*

(...)

*A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitores (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.*

(SILVA: 2016, p. 120/121) (destacou-se)

Assim – quanto à faceta formal desse Estado Democrático de Direito – pode-se destacar: (1) a consagração do pluralismo político como fundamento da República (art. 1º, inc. V); (2) o reconhecimento de que “...o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”(art. 1º, p. único); (3) o estabelecimento do sufrágio universal e o “voto direto e secreto, com valor igual para todos” e periódico (arts. 14, *caput*, e 60. § 4º, inc. II); (4) os instrumentos de democracia participativa (tratados em outro tópico); (5) o pluralismo partidário e a autonomia dos partidos (art. 17); (6) a disciplina da duração dos mandatos políticos – em regra, de 4 (quatro) anos, com exceção no mandato de Senador, que é de 8 (oito) anos –; (7) a fixação de regras a respeito da quantidade de cargos de Senadores, Deputados Federais, Estaduais, Distritais, bem como de Vereadores; (8) o estabelecimento de normas básicas para eleições; (9) a previsão expressa dos poderes e das obrigações atribuídos aos entes federados e aos Poderes da República; (10) a preocupação em estabelecer hipóteses em que cabe a intervenção federal e a intervenção estadual (arts. 18/36, 44/91).

Quanto à faceta substancial: (1) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república (art. 1º, inc. III); (2) a previsão, entre os objetivos da República, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalização; da redução das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem estar de todos, repudiando-se preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. I, III e IV); (3) a previsão de uma quantidade generosa de direitos e garantias fundamentais em diversos artigos da Constituição, destacando-se aqui os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (arts. 5º/14, 150, dentre outros)[7].[8]

Dessa forma, não é possível, de forma legítima, tentar estabelecer qualquer governo que reconheça apenas os aspectos formais ou apenas os aspectos materiais da democracia fundada pela Constituição de 1988.

#### 4 – tipos de democracia

##### 4.1 – Contextualização

Levando-se em conta “...a forma pela qual o povo participa do poder”(SILVA: 2016, p. 138), os tipos de democracia são: direita, indireta e semidireta – também conhecida como mista (CÓVIS: 2009, p. 263/264).

A democracia participativa se manifesta em um tipo de democracia chamada de semidireta. Portanto, cumpre abordar brevemente os tipos de democracia, para melhor contextualizar o assunto.

#### 4.2 – Democracia Direta

A democracia direta é aquela em que o povo, sempre titular poder político, de forma pessoal e direta – isto é, sem representação – toma as decisões políticas, ou seja, exerce o governo do Estado.

Em tese, existe democracia direta em alguns Cantões suíços menos populosos.<sup>[9]</sup> Fala-se em tese, porque, na prática, parece não existir uma democracia puramente direta: a Landsgemeinde – Assembleia na qual o povo toma as decisões políticas de forma direta<sup>[10]</sup> – “...limita-se, praticamente, a aprovar ou desaprovar o que foi estabelecido pelo” Conselho cantonal eletivo, sendo que é este o órgão que prepara “minuciosamente” o trabalho das assembleias populares<sup>[11]</sup>. Reforça-se que esse poder do Conselho eletivo em direcionar os negócios públicos o fato de que, “na maioria dos casos”, convocação extraordinária da Landsgemeinde só foi admitida quando feita por parte do Conselho cantonal, apesar de haver Cantões “...que admitiram a convocação por um certo número de cidadãos”<sup>[12]</sup>. Além disso, a assembleia do povo vota proposições “de cidadãos ou do Conselho Cantonal” (DALLARI: 2016, p. 151).

DALMO ABREU DALLARI, após expor os argumentos de HAURIU, bem afirma que “ainda que possa haver algum rigor nessa crítica [de HAURIU], é facilmente compreensível que tal prática só poderá mesmo ocorrer onde o colégio eleitoral seja muito restrito, o que por si só, é suficiente para torna-la inviável no mundo atual” (DALLARI: 2016, p. 152).

Entretanto, seu espírito pode ser aproveitado por intermédio do reconhecimento constitucional e do efetivo exercício dos instrumentos de democracia participativa dentro da democracia mista.

#### 4.3 – Democracia Indireta

A democracia indireta ou representativa, por sua vez, é aquela em que o poder pertencente ao povo é exercido por representantes eleitos de forma democrática, em processo eleitoral regido critérios objetivos previamente estabelecidos na Constituição e em leis infraconstitucionais.

*A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc., como consta dos arts. 14 a 17 da Constituição (...).*

*(SILVA: 2016, p. 139)*

Bem ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA que “...eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política”. As eleições constituem-se no “...o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político” (SILVA: 2016, p. 140).

Esse modelo fornece a maioria dos fundamentos para a democracia dos tempos modernos, qual seja: a democracia semidireta.

#### 4.4 – Democracia Semidireta ou Mista

A democracia participativa se manifesta em um tipo de democracia chamada de semidireta.[13] Ela mescla elementos das democracias direta e indireta. Na verdade, é uma forma mais evoluída de democracia indireta, pois busca possibilitar ao povo a participação direta na tomada de decisões políticas fundamentais.

Nela, o poder político, apesar de pertencer ao Povo, é exercido, em regra, pelos representantes desse povo, que são os ocupantes de mandato políticos representativos democraticamente eleitos. Todavia, em determinadas hipóteses, o povo exerce diretamente o poder, como, por exemplo, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular de lei. Quando o poder é exercido por



representantes se dá a democracia indireta ou representativa; quando esse poder é exercido diretamente pelo povo, manifesta-se a democracia direta ou participativa. Por isso o nome “democracia mista”. O Brasil adota esse tipo de democracia (CRFB, arts. 1º, p. único, e 14).[\[14\]](#)

Enquanto a democracia indireta tem como ponto central o mandato político representativo, alcançado mediante eleições; a democracia semidireta, por sua vez, tem seu centro ocupado por dois elementos: (1) o mandato político eletivo (democracia representativa) e (2) a participação direta e pessoal do povo nas decisões políticas (democracia participativa).

#### 4.5 – Mandato Político Representativo

O mandato político representativo é um elemento capital tanto da democracia direta, como da democracia semidireta, “...porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa” (SILVA: 2016, p. 140).

DALMO DE ABREU DALLARI esclarece que “...o mandato político é uma das mais importantes expressões da conjunção do político e do jurídico, o que também influi em suas características mais importantes”, quais sejam:

a) *O mandatário, apesar de eleito por uma parte do povo, expressa a vontade de todo o povo, ou, pelo menos, de toda a circunscrição eleitoral onde foi candidato, podendo tomar decisões em nome de todos os cidadãos da circunscrição, ou mesmo de todo o povo do Estado se tiver sido eleitora para um órgão de governo do Estado.*

b) *Embora o mandato seja obtido mediante um certo número de votos, ele não está vinculado a determinados eleitores, não se podendo dizer qual o mandato conferido por certos cidadãos.*

c) *O mandatário, não obstante decidir em nome do povo, tem absoluta autonomia e independência, não havendo necessidade de ratificação das decisões, além do que as decisões obrigam mesmo os eleitores que se oponham a elas.*<sup>[15]</sup>

d) *O mandato é de caráter geral, conferindo poderes para a prática de todos os atos compreendidos na esfera de competência do cargo para o qual alguém foi eleito.*

e) *O mandatário é irresponsável, não sendo obrigado a explicar os motivos pelos quais optou por uma ou por outra orientação.*

f) *Em regra, o mandato é irrevogável, sendo conferido por prazo determinado. A exceção a esse princípio é o recall, que dá possibilidade à revogação do mandato por motivos exclusivamente políticos.*<sup>[16]</sup>

*(DALLARI, 2016, p. 159).*

JOSÉ AFONSO DA SILVA explica que no mandato político representativo se consubstanciam dois princípios:

(1º) Princípio da representação: este “...significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário”;

(2º) Princípio da autoridade legítima: este expressa “...que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real própria, adquire condições de manifestar-se e decidir”. Assim ocorre, “...porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressa e realizada, ou por outras palavras, o poder se impõe” (SILVA: 2016, p. 140).

Por tudo o que foi explicado, fica claro que o mandato representativo não deve ser confundido com o mandato imperativo, o qual

*...sujeita os atos do mandatário à vontade do mandante; que transforma o eleito em simples depositário da confiança do eleitor e que 'juridicamente' equivale a um acordo de vontades ou a um contrato entre o eleito e o eleitor e 'politicamente' ao reconhecimento da supremacia permanente do corpo eleitoral, é mais técnica das formas absolutas de poder, quer monárquico, quer democrático, do que em verdade instrumento autêntico do regime representativo.*

*(BONAVIDES: 2016, p. 282)*

-----  
*O mandato imperativo vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teriam que seguir nas assembleias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores, antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação. Aí o princípio da revogabilidade do mandato imperativo.*

*(SILVA: 2016, p. 141).[\[17\]](#)*

De fato, o mandato imperativo é uma técnica que não atribui ao governante eleito democraticamente a autonomia e a independência para exercer seu dever, o que impede que o mandato seja expressão um Estado soberano e democrático. Um mandato sem autonomia funcional termina por viciar o exercício do poder político e, por consequência, a própria democracia.

Assim, a ideia de mandato imperativo é incompatível com a de mandato representativo. Neste, o representante político eleito possui independência funcional, isto é, exerce as atribuições do mandato com independência para tomar as escolhas políticas que entender serem mais adequadas a situação concreta, não estando sujeito a qualquer obediência hierárquica quando do

exercício das competências constitucionalmente atribuídas ao seu cargo eletivo. Razão pela qual, é dever implícito do governante eleito zelar pela autonomia e pelas prerrogativas constitucionais do cargo que ocupa.

O sistema representativo ainda é o mais eficiente para Estados com grande população e extensão territorial, nos quais a grande quantidade de questões estatais a serem resolvidas torna inviável que todo o povo participe direta e constantemente de todas as soluções políticas.

Além da inviabilidade prática de efetivação – que talvez seja superada com a evolução dos processos de tecnologia da informação –, existe a impossibilidade quanto a disponibilidade de tempo das pessoas: a maioria das pessoas têm que estudar, trabalhar ou exercerem outras atividades – além das atividades políticas. Elas não podem ficar todo o período produtivo ocupadas com a solução de questões estatais.

Adicionalmente, *“não se há de pretender eliminar a representação política para substituí-la por representação orgânica ou profissional antidemocrática, mas se deverá possibilitar a atuação das organizações populares de base na ação política”* (SILVA: 2016, p. 138). Em outras palavras: a atuação política da população de forma indireta, por intermédio de seus representantes políticos, não pode ser substituída por uma elite intelectual ou burocrática. Isso seria a morte da democracia.

Assim, se por um lado, a ideia de mandato imperativo não é defensável; por outro, a representação política é uma realidade necessária, que não contraria a democracia e a ideia de que a maior participação popular, por intermédio de instrumentos da democracia direta, é uma circunstância necessária ao aprimoramento da democracia, pois proporciona concretude ao pensamento corrente de que os Poderes social, estatal, político e econômico pertencem, de fato, ao povo.

*A democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental. Nela, as restrições a essa participação não de limitar-se tão só às*

*situações de possível influência antidemocrática, como as irreelegibilidades e inelegibilidades por exercício de funções, empregos ou cargos, ou de atividades econômicas, que possam impedir a liberdade do voto, a normalidade e a legitimidade das eleições (art. 14, §§ 5º a 9º). (...) Embora os tempos atuais não permitam, dada a complexidade da organização social, que se retorne ao mandato imperativo, é certo que há mecanismos capazes de dar à representação política certa concreção. Tais mecanismos são a atuação partidária livre, a possibilidade de participação permanente do povo no processo político e na ação governamental por meio dos institutos de democracia direta (...).*

*(SILVA: 2016, p. 138) (destacou-se)*

Logo, a democracia moderna implica na harmonização do sistema de mandato representativo com a prática dos instrumentos de democracia participativa.

## 5 – Democracia Participativa

### 5.1 – Conceito e Contextualização

A democracia participativa consiste na participação – pessoal e direta – do povo nas principais decisões estatais por intermédio de instrumentos específicos que cada ordenamento jurídico reconhece.

*...qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual da expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo.*

O princípio participativo *caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.*  
(SILVA: 2016, p. 143)

No mencionado exercício direto do poder (CRFB, art. 1º, p. único), o próprio povo, sem qualquer representação, atua de forma política nos negócios estatais, aceitando ou rejeitando uma norma ou uma política pública; escolhendo qual medida deve ser adotada; levando ao legislativo um projeto de lei de iniciativa popular e assim por diante.

## 5.2 – Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular de Lei

Dentre os instrumentos de democracia participativa positivados no Brasil, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei (art. 14, incs. I a III) são os mais relevantes – ou ao menos deveriam ser –, pois possibilitam que a iniciativa do povo ou o aval deste seja determinante na tomada de decisões ou diretrizes de grande relevância para a vida política do Estado. A execução desses institutos foi regulamentada na Lei n.º 9.709/1988.

De acordo com essa norma, “o Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.” (Lei n.º 9.709/1988, art. 2º, caput) (destacou-se).

Entretanto, enquanto “o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”; “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”. (Lei n.º 9.709/1988, art. 2º, §§ 1º e 2º) (destacou-se).

Quando se convoca o plebiscito “o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado” (Lei n.º 9.709/1988, art. 9º) (destacou-se).

O referendo, por sua vez, “...pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular” (Lei n.º 9.709/1988, art. 11) (destacou-se).

Nesse ponto, é criticável o fato de que nem a Constituição da República, nem a referida lei estabeleceram, expressamente, o caráter vinculante da decisão popular, seja quanto ao plebiscito, seja quanto ao referendo. Essa disciplina seria importante ao menos em relação ao plebiscito, no qual, doutrinariamente, esse tema não é pacífico.

Quanto ao referendo, existe um certo consenso quanto ao seu caráter vinculante no Brasil, mesmo porque não teria sentido consultar a população a respeito, por exemplo, de uma lei aprovada já aprovada pelo Congresso Nacional (CN) e, em seguida, não dar qualquer efeito prático à resposta popular. Nesse sentido,

*[no referendo] Tudo se passa, segundo a ponderação da Barthélemy e Duez, como no sistema de governo representativo ordinário, em que o Parlamento normalmente elabora a lei, mas esta “só se faz juridicamente perfeita e obrigatória” depois da aprovação popular, isto é, depois que o projeto oriundo do Parlamento é submetido aos sufrágio dos cidadãos, “que votarão pelo sim ou pelo não, por sua aceitação ou por sua rejeição”.*

*(BONAVIDES: 2016, p. 303) (destacou-se)*

Todavia, no direito estrangeiro existe o *referendum* consultivo, no qual se faz uma consulta à população de forma anterior à prática de “qualquer ato público”. Esse tipo de referendo poder ser: (1) vinculante; (2) de opção: como o ocorrido na França, em 21/10/1945, no qual o povo escolheu uma dentre 03 (três) soluções políticas apresentadas; e (3) meramente consultivo: que não tem caráter vinculante, de forma que “...a vontade expressa pelo povo tem teor tão-somente opinativo de observância portanto facultativa”(BONAVIDES: 2016, p. 305).

Cabe observar que esse tipo referendo se dá de forma anterior a uma proposição legislativa ou a qualquer outro ato público. Portanto, muito se assemelha ao plebiscito brasileiro.<sup>[18]</sup> Motivo pelo qual, mais uma vez, fica a dúvida se é ou não vinculante o resultado da consulta popular em um plebiscito.

De qualquer forma – tanto no plebiscito, quanto no referendo – parece não ter sentido mobilizar todos os cidadãos, no caso de uma consulta nacional, em um país de dimensões continentais, como é o Brasil, para depois tratar a decisão tomada como mera consulta.

No Brasil, felizmente, vem sendo tratada como vinculante a vontade popular expressada em ambos os casos. Tanto que:

(1) No Plebiscito ocorrido em 21/04/1993, para definir a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveria vigorar no Brasil, a decisão popular, que escolheu a forma republicana e o sistema presidencialista, foi respeitada. Não poderia ser diferente, porque neste caso, o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CRFB<sup>[19]</sup> utiliza a seguinte terminologia: “*o eleitorado definirá*”. A Emenda à **Constituição** n.º 2/1992 deixa claro que essa decisão popular teria – como de fato teve – caráter vinculante, ao dispor no § 1º de seu art. único que “*a forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995*”;

(2) A decisão popular tomada no referendo de 2005, em que a população não aprovou a proibição do comércio de armas de fogo e munições, foi tratada como vinculante. Tanto que o entendimento corrente é que não entrou em vigor a referida proibição – estabelecida no art. 35 da Lei n.º 10.826/2003.

Aliás, o art. 2º do ADCT parece comunicar a intenção do legislador constituinte, no que diz respeito à vontade popular, para ambos os institutos: o eleitorado *define / vincula* – e não apenas opina.

Cabe ao CN, mediante decreto legislativo, “*autorizar referendo e convocar plebiscito nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal*”, isto é, quando o tema é a incorporação entre si de Estados, subdivisão



ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais. Devem propor a utilização de tais instrumentos “...um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional” (Lei n.º 9.709/1998, art. 3º).

Trata-se, em regra, de uma faculdade do Congresso Nacional (CN) “*autorizar referendo e convocar plebiscito*” (CRFB, art. 49, inc XV). Todavia, existem situações que, por determinação constitucional, deve necessariamente haver plebiscito. São elas:

(1) Plebiscito junto à população diretamente interessada<sup>[20]</sup>, no qual deve se obter a aprovação dessa população para que se possa realizar a incorporação de Estados si, subdividi-los ou desmembrá-los para anexá-los a outros, ou formar novos Estados ou Territórios Federais;

(2) Plebiscito para consultar previamente às populações dos municípios envolvidos quando se trate da criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios (CRFB, art. 18, § 4º). Esse plebiscito “...*será convocado pela Assembléia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual*” (Lei 9.709/1998, art. 5º);

(3) Plebiscito para definir a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveria vigora no Brasil (CRFB, ADCT, art. 2º). O qual, como visto, já ocorreu.

Todavia, nem sempre será o CN o órgão competente para convocar plebiscito, de forma que, “*nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica.*” (Lei 9.709/1998, art. 6º)

As pessoas aptas a votar em plebiscito ou referendo, “...*por se tratar de exercício de soberania*”, são somente aquelas que possuem “...*capacidade eleitoral ativa*” (MORAIS: 2011, comentário ao art. 14 da CRFB). O *quórum* necessário para aprovação ou rejeição do plebiscito é de maioria simples – isto é, a maioria dos eleitores que votaram na circunscrição eleitoral

envolvida no processo. Além disso, é atribuição do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) homologar o resultado (Lei 9.709/1998, art. 10).

Quanto à iniciativa popular de lei, como próprio nome indica, consiste na possibilidade de a comunidade dar início ao procedimento legislativo destinado a criar uma norma jurídica.

No âmbito da União, ela “...pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”(CRFB, art. 61, § 2º).

Buscando impedir que se coloquem entraves burocráticos que impeçam a efetividade deste importantíssimo instrumento da democracia direta, a Lei n.º 9.709/1998. dispõe que “o projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação” (art. 13, § 2º). Ademais, estabelece que “a Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno” (art. 14).

A Constituição também prevê a existência do instituto em âmbito estadual (art. 25, § 4º), bem como dispõe que os Municípios devem disciplinar, em suas respectivas Leis Orgânicas, “a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico dos Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado” (art. 29, inc. XIII). Assim, de forma implícita, o Distrito Federal também foi autorizado a criar o instituto.<sup>[21]</sup>

### 5.3 – Demais Instrumentos de Democracia Participativa na Constituição de 1988

Além dos institutos analisados no tópico anterior, na Constituição de 1988 pode-se destacar os seguintes instrumentos de democracia participativa:

(1) a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão para buscar “...anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio

*histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, inc. LXXIII)*

(2) a determinação de que as contas dos Municípios fiquem, “...durante sessenta dias, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”(art. 31, § 3º);

(3) a “...participação do usuário na administração pública direta e indireta”, especialmente no que diz respeito às “...reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”, ao “...acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo” e à “...disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública” (art. 37, § 3º);

(5) a possibilidade de qualquer cidadão – além de partidos políticos, associações e sindicatos – de ser “...parte legítima, para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (art. 74, § 2º);

(6) o princípio da “gestão democrática do ensino público, na forma da lei” (art. 206, inc. VI);

(7) comunidade colaborar com o Poder Público na promoção e na proteção do “...patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (art. 216, § 1º).

O rol acima reproduz, parcialmente, as hipóteses elencadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 143/145 e 148). Entretanto, o autor faz referências a 03 (três) situações que não foram acima citadas por se entender que elas não dizem respeito à democracia participativa, quais sejam:

(I) a “participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (art. 10);

(II) caráter democrático e descentralizado da administração a Seguridade Social, “...mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (art. 194, p. único, inc. VII);

(III) a eleição de um representante dos empregados, “nas empresas de mais de duzentos empregados, (...) com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores” (art. 11).

A respeito da primeira desses 03 (três) instrumentos, o próprio autor ressalva que “a participação de trabalhadores e empregadores na administração, (...), na verdade, vai caracterizar-se como uma forma de participação por representação, já que certamente vai ser eleito algum trabalhador ou empregador para representar as respectivas categorias, e, se assim é, não se dá a participação direta, mas por via representativa”. (SILVA: 2016, p. 148).

Na verdade, às três situações mencionadas são formas de representação do cidadão. As duas primeiras tratam de representação perante o Poder Público e a última, perante instituições da iniciativa privada. Cuidam-se, portanto, de situações que privilegiam a democracia em instituições públicas e privadas, mas a democracia indireta, isto é, representativa. Para haver democracia direta ou participativa deveria haver a participação pessoal e direta do povo – nos casos, empregados, empregadores, participantes da Seguridade Social, dentre outros – na tomada de decisões. O que não ocorre.

#### 5.4 – Instrumentos de Democracia Participativa no Direito Estrangeiro

Existem outros institutos de democracia participativa no direito estrangeiro que não foram adotados por nossa Constituição, dentre os quais se destacará aqui o veto popular, o *referendo revogatório de mandato* – que se subdivide em dois outros institutos: *recall* político e *abberufungsrecht* –[22]-[23] e, por fim, o *recall* judicial.

O veto popular “...é a faculdade que permite ao povo manifestar-se contrário a uma medida ou lei, já devidamente elaborada pelos órgãos competentes, e em vias de ser posta em execução” (BONAVIDES: 2016, p. 316). Quando se trata de lei, o direito de os cidadãos exercer o veto sobre a lei já publicada, desde que o façam

dentro de determinado prazo. Entretanto, expirado o prazo para requerimento ou provocação da consulta popular “...admite-se que a lei está perfeita, ‘aplicando-se por si mesma’”.[\[24\]](#)

*Pelo veto popular, dá-se aos eleitores, após a aprovação de um projeto pelo Legislativo, um prazo, geralmente de sessenta a noventa dias, para que requeiram a aprovação popular. A lei não entra em vigor antes de decorrido esse prazo e, desde que haja a solicitação por um certo número de eleitores, ela continuará suspensa até as próximas eleições, quando então o eleitorado decidirá se ela deve ser posta em vigor ou não.  
(DALLARI: 2016, p. 154)*

O instituto possui semelhanças com o referendo consagrado na legislação brasileira, pois ambos (1ª) submetem ao crivo popular ato legislativo ou administrativo já aprovado pelo órgão competente e, em razão disso, (2ª) a ratificação ou rejeição do ato ser decisão do respectivo colégio eleitoral. Todavia, no veto popular são os eleitores que requererem a utilização instrumento; no referendo, o Congresso Nacional ou a Casa legislativa estadual, distrital ou municipal.

Quanto ao referendo revogatório de mandato, trata-se de instituto pelo qual o eleitorado pode revogar o mandato de representante político ou de todos os membros de uma Casa Legislativa, simultaneamente, dissolvendo-se o Parlamento. Sob a perspectiva popular, trata-se de conceder ao povo um direito de revogação dos mandatos eletivos por meio de uma decisão política e não jurídica. O instituto pode ser instrumentalizado de duas formas: (1ª) *recall* político e (2ª) *abberufungsrecht*.

A principal diferença entre essas vertentes refere-se à abrangência: (1) no *recall* político, a revogação abrange um mandato individual e específico, isto é, do mandato do governante submetido ao procedimento: determinado Deputado, por exemplo; (2) no *abberufungsrecht*, revogação estende-se a todos os membros da Casa Legislativa avaliada, de forma simultânea.

Quanto ao o *recall* judicial<sup>[25]</sup>, trata-se de instrumento de democracia participativa se assemelha ao referendo revogatório de mandato. Ambos tratam de uma decisão tomada mediante voto popular a respeito de uma questão estatal.

Todavia, o objeto da decisão popular é completamente diverso: enquanto no referendo revogatório se decide se um mandato deve ser revogado; no *recall* judicial, o voto da maioria dos eleitores pode anular decisões de juízes e tribunais – exceto as decisões da Suprema Corte – que negam a aplicação de uma lei, sob o fundamento de que a norma é inconstitucional. Anulada a decisão judicial, “...a lei seria considerada constitucional, devendo ser aplicada” (DALLARI, 2016, p. 154).

Todavia, PAULO BONAVIDES também chama de *recall judicial* o procedimento de *recall* político voltado para a destituição de magistrados. Afirma o autor que os Estados do Oregon e da Califórnia disciplinam este tipo de *recall* (BONAVIDES: 2016, p. 314/315). Claro que nesta última acepção, *recall político* e *judicial* são, na verdade, sinônimos.

#### 5.5 – A Não Utilização dos Instrumentos de Democracia Participativa no Brasil e a Necessidade de Mudanças

Não obstante a existência de um rico sistema de participação popular direta, observa-se que os instrumentos ali tipificados, em regra, pouco são utilizados.<sup>[26]</sup>

Nos últimos anos, o Brasil viveu crises institucionais, bem como a Câmara dos Deputados e o Senado Federal abordaram – e abordam – assuntos de interesse máximo da população, como reformas no sistema político, na legislação trabalhista, na previdência social, dentre outros. Assuntos que são de notório interesse nacional, despertaram profundo interesse da população e são discutidos no cotidiano das pessoas. Entretanto, o Congresso Nacional não convocou nem plebiscito, nem referendo para que o povo pudesse decidir diretamente sobre quaisquer aspectos desses temas.

Isso ocorre por causa da inação dos ocupantes de cargos eletivos em viabilizar o fortalecimento desses mecanismos de participação direta. Por exemplo: em questões de relevância nacional, cabe ao CN “*autorizar referendo e convocar plebiscito*” (CRFB, art. 49, inc XV). Atuação esta que, em regra, é

facultativa – exceto nos casos em que a Constituição de 1988 obriga a realização de plebiscito.

Portanto, notório o descompasso de grande parte de nossa classe política com os objetivos traçados pela Constituição da República, com a democracia e com o povo brasileiro.

É lamentável dizer que, aparentemente, os motivos para essa postura acanhada não são nada republicanos. Ao contrário, trata-se do interesse das oligarquias que pretendem se perpetuar no poder – os coronéis de sempre –, bem como da aversão que os políticos corruptos têm à ideia de se submeterem a um controle popular mais efetivo. Na prática, uma elite minoritária acaba monopolizando o poder político em prejuízo da maioria.

No caso específico da iniciativa popular de lei, o Presidente da Câmara dos Deputados, Excelentíssimo Senhor RODRIGO MAIA, em 20/02/2017, fez uma afirmação curiosa e trágica: a Secretaria-Geral do referido Órgão teria estrutura apenas fazer “uma contagem formal” das mais de 2 (duas) milhões de assinaturas dos cidadãos que apoiam um Projeto de Lei com medidas para combate a corrupção. Assim, não haveria condições de verificar a veracidade dessas assinaturas [\[27\]](#).

Ora, a Constituição vigora a cerca de 30 (trinta) anos e o Órgão competente ainda não tem condições de efetivar, adequadamente, esse instrumento de tamanha magnitude. O Congresso até poderia buscar alternativas para se desincumbir de tal mister, como, por exemplo, fazer parceria com a Justiça Eleitoral, que administra o Cadastro Nacional de Eleitores e tem vasta experiência em conferência de assinaturas para aferir se partido político um em formação possui o apoio mínimo exigido por lei. [\[28\]](#)

DALMO ABREU DALLARI, logo após sustentar a inviabilidade da democracia direta no mundo atual, faz uma interessante ponderação:

*No momento em que os mais avançados recursos técnicos para captação e transmissão de opiniões, como terminais de computadores, forem utilizados para fins políticos será*

*possível a participação direta do povo, mesmo nos grandes Estados. Mas para isso será necessário superar as resistências dos políticos profissionais, que preferem manter o povo dependente de representantes.*

*(DALLARI, 2016, p. 152) (destacou-se)*

Esse raciocínio pode ser utilizado para a defesa de uma maior utilização de institutos de democracia participativa dentro da democracia representativa. Isso porque, com a evolução dos meios de comunicação e das tecnologias da informação, os discursos que se apegam a impossibilidades práticas da participação popular nas decisões políticas tendem a ficar enfraquecidos.

Portanto, cumpre ao povo buscar erradicar a essa inaceitável situação de exclusão da democracia participativa no cotidiano político brasileiro. Para tanto, deve exigir a utilização dos instrumentos de participação direta previstos na Constituição de 1988, especialmente quando se deva tomar decisões estatais – administrativas ou legislativas – de grande importância e impacto para o Brasil.

Argumentos como a falta de dinheiro para viabilizar tais instrumentos devem ser vistos com muita desconfiança, devendo-se questionar: quais seriam as prioridades desse governo? Essas prioridades são tão fundamentais a ponto de não permitir o direcionamento de recursos para aperfeiçoar o processo democrático?

No que diz respeito a isso, as últimas consultas populares – 02 (dois) plebiscitos de âmbito municipal – foram realizadas concomitantemente com as eleições regulares, no caso, as eleições municipais. Esse método parece ser um bom caminho para viabilizar a realização de novos plebiscitos e referendos com mais frequência, especialmente em razão da redução dos custos da consulta popular.

A democracia participativa é, provavelmente, o instrumento de maior impacto social no que diz respeito ao fortalecimento da democracia plena. Isso porque a participação direta do povo nas decisões estatais significa o próprio povo exercendo o governo. Como democracia é o governo do povo, nada mais democrático do que isso.



Além disso, ninguém melhor que o próprio povo para tutelar seus direitos e interesses – direitos fundamentais, justiça social, igualdade material em todas as instâncias da vida em comunidade, bem-estar de todos os governados (e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais) e combate a quaisquer formas de opressão.

## 5 – CONCLUSÕES

A democracia participativa consiste na participação – pessoal e direta – do povo nas principais decisões estatais. Seu exercício ocorre por intermédio da utilização de instrumentos de democracia direta dentro da democracia semidireta ou mista.

O Estado Democrático de Direito tem a democracia participativa com elemento fundamental para o ideal democrático. Ela representa o governo do povo por excelência e, se colocada em prática de forma adequada, tem o poder de conduzir a uma verdadeira transformação social, com melhoria da vida das pessoas nas mais diversas vertentes: direitos fundamentais, justiça social, igualdade material em todas as instâncias da vida em comunidade, bem-estar de todos os governados (e não apenas de determinados grupos ou segmentos sociais) e combate a quaisquer formas de opressão.

### **Bibliografia**

ANASTASIA, Antonio. **Parecer n.º 64/2017**. Senado Federal: Brasília, 21/06/2016. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, et ai.; coord. Trad. João Ferreira; rev. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 4ª reimpressão, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2016. 23ª rev. e atual.

CALGARO, Fernanda. **Câmara apenas contará assinaturas em projeto de pacote anticorrupção, diz Maia**: Casa não tem estrutura para checar se assinaturas são verdadeiras; após checagem, tramitação será retomada do ponto onde parou, afirmou o presidente da Câmara. G1, Brasília, em 20/02/2017. Atualizado em: 15/03/2017. Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia>. Acesso: em 16/06/2017.

CÓDIGO ELEITORAL (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 07/04/2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1.988. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 22/06/2017.

CÓVIS, Pansani. **Pequeno dicionário de sociologia**. Campinas, SP: Autores Associados, p. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016, 33 ed.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O Poder Judiciário e a democracia Substancial**. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15514/14070>. V. 20 n. 38 (1999). p. 107/123. Acesso em: 25/04/2017.

GALINDO, Bruno. **Impeachment**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 02/06/2017.

<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 24/06/2016.

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Iniciativa\\_popular#Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Iniciativa_popular#Brasil). Acesso em: 24/06/2017.

Lei n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm). Acesso em: 28/06/2017.

LEI n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm). Acesso em: 22/06/2017.

Lei n.º 9.709/1988 (Regulamenta a Execução do Plebiscito, do Referendo e da Iniciativa Popular de Lei). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm). Acesso em: 28/06/2017.

LINCOLN, Abraham. **Discurso de Gettysburg**. Data: em 19 de novembro de 1863. Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso\\_de\\_Gettysburg](https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Gettysburg). Acesso: em 17/06/2017.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 31ª ed., 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 212, abril/junho de 1998, p. 57-70. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47166/45635>. Acesso em: 25/04/2017.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011, 8 ed. atual. Até a EC n.º 67/2010.

Resolução TSE n.º 23.465/2015. Fonte: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>. Acesso em: 28/06/2016.

SANTANA, Alexandre. **O Direito de Revogação do Mandato Político Representativo**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,

Universidade Federal do Paraná: 2004. Fonte:  
<http://books.googleusercontent.com/books/>. Acesso em 05/04/2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016, 39 ed. rev. e atual.

VALADARES, Antonio Carlos e outros. **Proposta de Emenda à Constituição n. 21/2015**. Senado Federal: Brasília, 2015. Fonte:  
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017.

#### NOTAS:

[1] O autor deste trabalho possui um artigo intitulado “DEMOCRACIA FORMAL E SUBSTANCIAL”, no qual aborda com mais detalhes os temas desse tópico.

[2] DALMO DE ABREU DALLARI, afirma que “*consolidou-se a ideia de Estado Democrático como o ideal supremo, chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos*” (DALLARI: 2016, p. 149).

[3] Inspirado especialmente em conceitos e/ou explicações de ABRAHAM LINCOLN (LINCOLN: 1863); NORBERTO BOBBIO (BOBBIO: 2010, p. 326/329); JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 128 e 135); SAHID MALUF (MALUF: 2013, p. 313/315) e LUIZ VERGILIO DALLA-ROSA (DALLA-ROSA: 1999, p. 107/119) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO: 1998, p. 57/62).

[4] Inspirado especialmente em NORBERTO BOBBIO (BOBBIO: 2010, p. 326); JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 128) e SAHID MALUF (MALUF: 2013, p. 313/315).

[5] Inspirado especialmente em conceitos e/ou explicações de NORBERTO BOBBIO (BOBBIO: 2010, p. 326/329); JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA: 2016, p. 128 e 135); SAHID MALUF (MALUF: 2013, p. 313/315) e LUIZ VERGILIO DALLA-ROSA (DALLA-ROSA: 1999, p. 107/119) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO: 1998, p. 57/62).

[6] “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”

[7] Como bem registra JOSÉ AFONSA DA SILVA, nossa Constituição instituiu uma democracia *“com forte conteúdo social”* (SILVA: 2016, p. 127).

[8] No mesmo sentido do que é aqui afirmado, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que estão *“...consagrados na bem concebida e maltratada Constituição Brasileira de 1988”* os *“valores substancialmente democráticos”* da *“igualdade real e não apenas formal”*, da *“segurança social”*, do *“respeito à dignidade humana”*, da *“valorização do trabalho”*, da *“justiça social”* (MELLO: 1998, p. 68).

[9] Relata DALMO DE ABREU DALLARI que BURDEAU entende que *“...só existe mesmo a democracia direta na Landsgemeinde, que ainda se encontra em alguns cantões suíços: Glaris, Unterwalden e Appenzell”* (DALLARI: 2016, p. 151).

[10] *“A Landsgemeinde vota leis ordinárias e emendas à Constituição do Cantão, tratados internacionais, autorizações para a cobrança de impostos e para a realização de despesas públicas de certo vulto, cabendo-lhe também decidir sobre a naturalização cantonal”* (DALLARI: 2016, p. 151/152).

[11] DALLARI: 2016, p. 152; apesar do trecho entre aspas ser citação do texto de DALMO DE ABREU DALLARI, o autor deixa claro que se trata de um dos argumentos de ANDRÉ HAURIOU utilizado para defender que nesses cantões apenas aparentemente é o povo que decide. Os demais argumentos são: *“a) só se mantém a Landsgemeinde naqueles Cantões suíços menos populosos; (...) c) quando se trata de problemas técnicos ou jurídicos, a assembleia não está apta para discutir e mesmo para justificar uma recusa ou aceitação das proposições que lhe são submetidas”* (DALLARI: 2016, p. 152).

[12] *“A Landsgemeinde reúne-se ordinariamente uma vez por ano, num domingo da primavera...”* (DALLARI: 2016, p. 151).

[13] A forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia (...)

*Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.*

*Democracia indireta, chamada de democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.*

*Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do*

*povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa.”*

(SILVA: 2016, p. 138)

[14] JOSÉ AFONSO DA SILVA, assim resume os tipos de democracia:

*“Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.*

*“Democracia indireta, chamada de democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.*

*“Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa.”*

(SILVA: 2016, p. 138)

[15] *“Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual.”* (SILVA: 2016, p. 141)

[16] Na verdade, melhor seria dizer que o *referendo revogatório de mandato*, tanto na vertente *recall* político, como na vertente *abberufungsrecht*, tornam os mandatos revogáveis, conforme será adiante explicado.

[17] Relata PAULO BONAVIDES que, na extinta União Soviética, o art. 142 da Constituição previa o direito de revogação. Nesse artigo se instituiu *“...uma espécie de mandato imperativo dos chamados representantes das classes trabalhadoras”*, de forma que *“os deputados ficavam obrigados a prestar conta aos eleitores de seu trabalho, e podiam ter o mandato revogado a qualquer momento”* (BONAVIDES: 2016, p. 314).

[18] BONAVIDES: 2016, p. 305.

[19] *“Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.”* Emenda à Constituição n.º 2/1992: *“Artigo único. O*

*plebiscito de que trata o [art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias](#) realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.”*

[20] “...entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular se aferirá pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada.”

(Lei n.º 9.709/1998, art. 7º)

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa definição legal reflete justamente o que buscou dizer o texto constitucional, de forma que “...*deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do estado-membro ou do município, e não apenas a população da área a ser desmembrada*”(excerto de decisão unânime do STF na ADI 2650 / DF. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 24/08/2022. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-218 DIVULG 16-11-2011 PUBLIC 17-11-2011.

[21] O Distrito Federal possui todas as prerrogativas, competências e atribuições dos Estados e dos Municípios, exceto aquelas que lhe foram expressamente retiradas pela Constituição (CRFB, arts. 21, inc. XIII e XIV, e 22, inc. XVII, 23, 24, 32, § 1º, 147, dentre outros).

[22] O autor deste trabalho possui um artigo intitulado “REFERENDO REVOGATÓRIO DE MANDATO”, no qual este instituto é abordado com mais detalhes.

[23] Existe uma chance concreta de que o referendo revogatório venha a ser introduzido no Brasil por intermédio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 21/2015, na redação que lhe deu a Emenda nº 2- Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (Substitutivo), de 21/06/2017. Esta PEC, atualmente, se encontra no Plenário dessa Casa Legislativa (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26/06/2017).

[24] **BONAVIDES: 2016, P. 316.**

[25] Esse instituto foi defendido por THEODORE ROOSEVELT, em 1912, e foi adotado por inúmeros estados os EUA, com o objetivo de permitir a superação de “...*obstáculos à aplicação de leis sociais, opostos pela magistratura eletiva precionada pelos grupos econômicos que decidiam as eleições*” (DALLARI, 2016, p. 154).

[26] Para se ter uma ideia do quanto plebiscito e referendo foram pouco utilizados no Brasil, na página pertinente do TSE na internet (<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e->

referendo) existe referências a apenas às seguintes consultas populares: (I) referendos: (I.1) o de 6 de janeiro de 1963, que consultou a população sobre “...a *continuação ou não do parlamentarismo no país. O povo rejeitou esse sistema de governo e optou pelo presidencialismo*”; e o (I.2) o de 23/10/2005, acima mencionado; (II) plebiscitos: (II.1) o de 21 de abril de 1993, já citado; (II.2) os de 11/12/2016, que trataram “...da *possibilidade de desmembramento*” do Estado do Pará “...e da *criação de mais dois estados nessa região – Carajás e Tapajós*”. Tais desmembramentos foram rejeitados pelos eleitores do Pará; e (II.3) os 02/10/2016, realizados concomitantemente com as eleições municipais daquele ano: (II.3.1) consulta plebiscitária realizada junto a 02 (dois) municípios do Estado do Amazonas (Senador La Rocque e João Lisboa) sobre a possibilidade de desmembramento de territórios do Município de João Lisboa para serem anexados ao Município de Senador La Rocque; (II.3.2) consulta plebiscitária no Município de Rosana/SP sobre a possibilidade de criação do Distrito de Primavera na cidade de Rosana.

A iniciativa popular de lei não vem tendo melhor sorte. Foram raras as vezes em que um Projeto de Lei teve início dessa forma. Na prática, “...os *projetos encaminhados pela iniciativa popular, em geral, são adotados por um parlamentar ou pelas comissões, que garantem sua tramitação no Congresso Nacional, assumindo, assim, a autoria do projeto*”(https://pt.wikipedia.org/wiki/Iniciativapopular#Brasil. Acesso em: 24/06/2017).

[27] CALGARO, G1: 20/02/2017. Atualizado em: 15/03/2017.

[28] Lei n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos):

“Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

“§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.”

Apesar de a competência para decisão ser do TSE, existem atribuições que são da responsabilidade dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Juízes Eleitorais de 1º grau neste processo, conforme pode ser observado na Resolução TSE n.º 23.465/2015. Aliás, quem recebe as fichas de apoio e confere as assinaturas são os Cartórios Eleitorais (art. 14 da referida resolução). Dessa forma, esse serviço é inicialmente administrativo. Porém, Se houver impugnações às listas ou formulários de



apoio apresentados, cabe ao Juízo Eleitoral de 1º grau decidir a questão (art. 15).

## **MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PAUTA: A CULTURA DO DIÁLOGO PARA A PRESERVAÇÃO DOS FILHOS NO TÉRMINO DA RELAÇÃO DOS GENITORES**

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Trata o presente de analisar, a partir da mediação familiar e da cultura do diálogo, a preservação dos filhos das consequências traumáticas da relação conturbada dos genitores. É fato que o atual sistema jurídico brasileiro se encontra em estado alarmante, em decorrência do elevado número de processos em tramitação. Assim, a ambicionada celeridade, esperada em grande parte dos processos, resta frustrada, em decorrência de um ultrapassado sistema processual e um diminuto quadro de recursos humanos. A consequência óbvia para tal demora desemboca no desgaste dos atores processuais que ficam à mercê de inúmeras audiências, magistrados mecânicos que buscam finalizar mais uma demanda e diminuir, em seus acervos, mais um caderno processual. Contudo, o conflito que deu origem ao processo não é tratado, mas sim negligenciado. Tal situação tende a ser ainda mais complexa em sede de Direito de Família, cuja característica mais forte é buscar tutelar sentimentos. O mecanicismo que impera no Poder Judiciário, de maneira geral, impede que as partes, envolvidas no conflito, tenham a oportunidade de dialogar, refletir e, corriqueiramente, apresentar sugestões para o conflito. Mencionado cenário culmina por causa términos conflituosos das relações entre os cônjuges ou companheiros, cujas consequências desembocam diretamente na prole. Logo, a mediação, na condição

de método extrajudicial de tratamento de conflito, alicerçada na promoção do diálogo e do empoderamento dos atores, por meio do amadurecimento e da análise multifocal do problema se apresenta como importante mecanismo na condução de questões familiares desgastantes, sobretudo em prol de salvaguardar os filhos dos impactos do término conflituoso da relação de seus genitores. A mediação é o meio de tratamento de conflitos sem que seja necessária a aplicação coercitiva de uma sanção legal. O objetivo da mediação seria o estabelecimento da comunicação como base para o tratamento do conflito. Nesse caso, é crescente a procura da mediação em casos familiares. A mediação seria o meio mais eficaz e menos traumático para as partes, porquanto desencadearia uma reflexão entre os envolvidos sobre o conflito, sem que isso culmine numa busca por culpados, mas sim no estabelecimento de corresponsáveis. Esse meio de tratamento de conflitos em relações familiares tem sido aceito com louvor, tendo em vista que os envolvidos tem a oportunidade de estabelecer um diálogo o que é saudável para as partes e, caso haja, para os filhos. A metodologia empregada na construção do presente volta-se para uma análise de produções acadêmicas já existentes e um exame de experiências concretas exitosas.

**Palavras-chaves:** Mediação Familiar. Cultura do Diálogo. Empoderamento dos Atores Processuais. Corresponsabilização. Preservação dos Filhos.

---

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório que, historicamente, o âmbito familiar vem passando por diversas mudanças, perceptíveis, inclusive, na própria acepção original de evolução da sociedade. Verifica-se, até meados do século passado, que o casamento estava alicerçado em uma feição exclusivamente patrimonial, sendo que a figura do patriarca desempenhava papel preponderante na influência da escolha do cônjuge da prole. Com o passar dos tempos, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a percepção patrimonialista do matrimônio foi sendo, paulatinamente, alterada, sobretudo pelos influxos sociais de uma sociedade em constante evolução. Ainda no século passado, denota-se que houve uma desconstrução da tradição posta, estabelecendo uma nova moldura nos

vínculos matrimoniais, valorando, sobremaneira, o afeto e o amor, em detrimento, por via reflexa, da cultura patrimonialista outrora estabelecida.

Com isso, o tradicional casamento, que era indissolúvel, por ser patriarcal e tradicional, comportou a desconstituição, refletindo os anseios e interesses da coletividade que passaram a influenciar, de maneira direta, no ordenamento jurídico nacional, sobretudo as normas condizentes com o Direito das Famílias. Neste passo, denota-se a inclusão do instituto do divórcio, inserido no ordenamento nacional pela 6.515/1977. Posteriormente, o sobredito instituto foi positivado no artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, havendo, inclusive, a supressão de um lapso temporal para a sua aplicação. Salta aos olhos, a partir do painel apresentado, que o ordenamento jurídico, de maneira geral, buscou salvaguardar o fato de ter uma sociedade com relações mais fluídas, dinâmicas e, por vezes, efêmeras.

De outro ângulo, é possível identificar, também, uma banalização do divórcio, ou seja, os cônjuges, por incompatibilidade de ideias e convivência, estão, cada vez mais, se utilizando do instituto em comento para finalizar o matrimônio, abandonando, corriqueiramente, qualquer diálogo para a abordagem dos problemas. Assim, em que pese a autonomia das vontades dos cônjuges, por vezes, os problemas mal resolvidos tendem a ser projetados diretamente na prole, que passa a ser utilizada como mecanismo de punição e retaliação entre os cônjuges. Trata-se de uma coisificação dos filhos para punir o cônjuge que, teoricamente, foi o responsável por desencadear o processo de divórcio, acarretando uma série de consequências danosas para a formação daqueles.

Assim sendo, o presente artigo se debruçará, a partir de uma metodologia pautada na pesquisa bibliográfica, em analisar a caracterização dos métodos extrajudiciais no tratamento de conflitos, partindo de uma premissa que o conflito, por si só, não é algo ruim, mas sim é potencializado pela ausência de métodos aptos a tratar a questão como algo inerente ao ser humano. Igualmente, em um segundo momento, o artigo discorrerá sobre a tradicional cultura adversarial empregada na estrutura processual pátria, propondo o emprego de mecanismos tradicionais da extrajudicialidade para a condução do conflito, em especial o empoderamento dos indivíduos envolvidos e na edificação de uma cultura do diálogo e da corresponsabilização. Por fim, o artigo trará para o debate a aplicação da mediação nos conflitos familiares, com o escopo de estabelecer

uma preservação mais acentuada da prole nos casos em que o divórcio decorre de maneira litigiosa e os cônjuges tendem a utilizá-los como mecanismos de punição recíproca.

## **2 CARACTERIZAÇÃO DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS<sup>[1]</sup>**

Os meios extrajudiciais para o tratamento de conflitos vêm sendo cada dia mais utilizados. Mediante ao cenário alarmante que se encontra o meio judiciário, os métodos extrajudiciais são os principais meios para o tratamento de um conflito de modo prático sem que seja necessário enfrentar a longa fila dos Processos Judiciais. Relatório da Justiça em Números de 2013<sup>[2]</sup> mostra que em 2012 mais de 92 (noventa e dois) milhões de processos estavam em tramitação. Com tamanho número de processos, é notório que o Poder Judiciário tem se demonstrado ineficiente para a solução de todos os conflitos sociais, familiares, trabalhistas e afins. Assim sendo, a busca dos métodos extrajudiciais se apresentaria como uma solução viável a tratar específicas demandas.

Tradicionalmente, os meios extrajudiciais são caracterizados, em especial nos países de tradição *civil law*, por serem alternativos ao Estado-juíz, nos quais as partes escolhem uma terceira pessoa (árbitro, conciliador ou mediador) para auxiliar no tratamento do conflito. Ao lado disso, os métodos em análise privilegiam a autocomposição, sendo de preponderante importância o papel desempenhado pelo terceiro imparcial escolhido pelos indivíduos diretamente envolvidos no conflito, auxiliando no alcance de um resultado (laudo arbitral, acordo ou consenso) que reflita diretamente os anseios dos envolvidos.

A busca pelos métodos extrajudiciais se dá também pelo fato do sistema judiciário não ser capaz de acompanhar a todas as mudanças sociais, estando diretamente vinculado ao ordenamento jurídico estabelecido e os malefícios advindos de um moroso processo de renovação legislativa. Desse modo, é fato que nem toda decisão judicial corresponde ao contexto social; ao reverso, comumente o pronunciamento emanado pelo Estado-juíz reflete as concepções ideológicas, religiosas e morais do magistrado, em consonância com o ordenamento jurídico estabelecido e não os anseios daqueles que estão diretamente envolvidos nos conflitos.

Ora, há que se reconhecer, imperiosamente, que a sociedade está em constante alteração e adotar decisões pré-estabelecidas não irá tratar o conflito social que se altera sempre, porquanto, repise-se, não refletem a realidade em que os conflitos estão inseridos, mas sim o entendimento jurídico, conjugado com os valores morais, religiosos e éticos do magistrado. Muitos são os métodos extrajudiciais existentes, mas o presente terá foco nos três métodos mais comuns no Brasil, são eles a arbitragem, a conciliação e a mediação.

## 2.1 Arbitragem

A arbitragem é um dos métodos de solução de conflitos mais antigos que se tem datado. Neste aspecto, segundo Morais (1999, p. 176), há relatos da utilização da arbitragem no Tratado de Paz entre Esparta e Atenas de 445 a.C. Além dos gregos, os romanos, também, eram conhecidos pela utilização de métodos semelhantes à arbitragem atual, inclusive no que concerne à figura do árbitro que era livre, com o escopo de evitar o formalismo do direito puro e empregar mecanismos mais pragmáticos, ambicionando estabelecer uma resposta mais satisfatória (MORAIS, 1999, p. 176). Em mesma linha de dicção, sustenta Zago (s.d., p. 07) que “estes árbitros são indicados e escolhidos pelas partes para o julgamento da causa, ressaltando-se que isto é possível apenas aos litígios relativos a direitos disponíveis”.

[Na arbitragem] Não são as próprias partes que acordam, fazendo desaparecer a lide, aparecendo a figura de um terceiro que, assumindo uma postura de neutralidade, define, declarando, a quem e em que medida pertence(m) o(s) direito(s) em disputa. (MORAIS, 1999, p. 184).

A arbitragem que é aplicada no Brasil não é um método acessível a todos, porquanto, comumente, tal método requer o pagamento de determinada quantia pelas partes envolvidas no processo arbitral. Embora, em sua maioria, as custas despendidas sejam de grande valor, o valor variará em razão da espécie de conflito que será tratado, da complexidade do tema, da expertise exigida do(s) árbitro(s) escolhido e da Câmara de Arbitragem escolhida. Muito utilizado quando é encontrado conflito entre pessoas jurídicas, pois, em sua maioria, a arbitragem irá tratar sobre conflitos nos quais existem patrimônios envolvidos<sup>[3]</sup>. “Se por

acaso dentro de um processo arbitral envolver uma questão relativa a um direito indisponível, o processo deverá ser suspenso para que tal questão seja solucionada pelo Poder Judiciário” (ZAGO, s.d., p.08).

Caracterizado por ser um meio informal e sigiloso de tratamento de conflitos, as partes podem até chegar a definir quais as regras poderão ser utilizadas, conforme expressamente dicciona o artigo 2º, §2º, da Lei nº 9.307/1996, sem que estas venham a ferir os bons costumes ou a ordem pública. Deste modo, é possível até mesmo a aplicação de leis estrangeiras durante o processo, desde que estas não descumpram com o acima citado. No que concerne ao tempo despendido para a tramitação do processo, é um meio rápido para a emissão da decisão final do conflito. Nesta linha, dita a legislação supramencionada que o lapso temporal máximo de 180 (cento e oitenta)[4], caso não haja convenção entre as partes em sentido diverso, faz com que a decisão seja tomada em um prazo mais exíguo, podendo a outra parte penalizar caso o prazo estipulado seja extrapolado. Morais, ainda, afirma, que a arbitragem “possibilita uma maior celeridade na solução dos conflitos, previsto em média para seis meses, e faculta às partes, inclusive, estabelecer o prazo para sentença arbitral” (1999, p. 188-189).

Denota-se, portanto, que a arbitragem, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflito, está despedida da característica estrutura burocrática que é peculiar do processo judicial. A escolha do árbitro se dá no momento em que as partes entram em comum acordo para a seleção do terceiro. O terceiro só poderá arbitrar mediante o acordo obtido entre às partes na escolha deste. O artigo 13 da Lei 9.307/96 trata especificamente da escolha do árbitro. Existem três categorias em que a utilização da arbitragem é requerida, são elas: Direito Público, Direito Privado e Direito Misto.

[...] Se de Direito Público, significa que a arbitragem se dá entre estados; se de direito privado, os envolvidos são particulares; assinale-se que pode ocorrer o tipo misto, no qual a arbitragem ocorre entre um estado e um particular. (MORAIS, 1999, p. 190)

A sentença arbitral será escrita e deverá conter todos os requisitos estabelecidos no capítulo V de sua lei. São requisitos obrigatórios da sentença

arbitral: (i) o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; (ii) os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; (iii) o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e (iv) a data e o lugar em que foi proferida. “A sentença arbitral uma vez proferida deve ser comunicada às partes através de intimação, tal sentença é irrecorrível, isto é, já se transita em julgado, pois não há segunda instância no tribunal arbitral” (ZAGO, s.d., p. 08). Insta esclarecer, ainda, que a sentença arbitral não reclama homologação, sendo válida como título executivo judicial; caso haja descumprimento, basta que a parte interessada ajuíze uma demanda de execução perante o Poder Judiciário, com o escopo de exigir que a outra parte cumpra os termos lançados na sentença arbitral.

No mais, em havendo alguma espécie de omissão ou obscuridade na sentença proferida pelo árbitro, subsiste a possibilidade da parte prejudicada formular pedido perante o tribunal arbitral para que haja a ratificação<sup>[5]</sup>. “Vale ressaltar que tal hipótese configura um mero pedido de correção, não podendo ser confundido como um recurso. Tal como ocorre nos Embargos de Declaração do CPC” (ZAGO, s.d., p. 09). Salta aos olhos que a sentença arbitral, após sua emissão pelo(s) árbitro(s) eleito(s), não comporta seu reexame, sendo necessário, contudo, que a parte interessada demonstre a ocorrência de uma das causas que tornem a sentença arbitral nula perante o Poder Judiciário<sup>[6]</sup>.

## 2.2 Conciliação

Ainda no que concerne aos métodos extrajudiciais de tratamento de conflito, cuida analisar o instituto da conciliação, eis que, neste processo o terceiro, conciliador, busca negociar com as partes. Seu objetivo é estabelecer o diálogo dando sugestões, apontando vantagens e desvantagens para que o acordo que irão selar ao final não venha prejudicar alguma parte. Neste sentido, é oportuno citar que a conciliação é um método de extrajudicial de tratamento de conflitos “na qual um conciliador com autoridade ou indicado pelas partes, tenta aproximá-las, compreender e ajudar as negociações, resolver, sugerir e indicar propostas ao mesmo tempo que aponta falhas, vantagens e desvantagens fazendo sempre jus à composição” (OLIVEIRA, 2011, s.p.).



Cabe ao conciliador interferir no diálogo para dar sugestões às partes do que ele julgaria ser a melhor decisão a ser tomada. Porém, o acordo pertence às partes e serão elas que decidirão qual medida adotar. Insta ponderar que a conciliação tem suas próprias características onde, além da administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, “este mesmo conciliador tem o prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria a ambas as partes” (OLIVEIRA, 2011, s.p.). Infelizmente, neste método de tratamento de conflitos é estabelecida a figura de autor e réu, o que tende, ainda que indiretamente, a fomentar o aspecto adversarial dos conflitos, notadamente quando estabelece relação de oposição entre os envolvidos. Isto prejudica na relação das partes após o processo, pois sempre haverá a figura de vencedor e perdedor.

A conciliação guarda ainda uma sintonia com o paradigma adversarial que rege toda disputa, recebendo partes voltadas a encontrar uma solução que melhor as atenda, sem se importar ou, ao menos, considerar o nível de satisfação que o outro lado venha a ter. (ALMEIDA, s.d., p. 3)

Deste modo, no momento em que o conciliador propõe um acordo, e este é aceito pelas partes, pode ocorrer que com o beneficiamento de uma das partes venha a ser, de forma distorcida, o surgimento da imagem de ganho de causa, ou seja, uma das partes se passará a se sentir vencedora, pois, de certa forma, conseguiu prejudicar o outro. Assim sendo, o tratamento do conflito nestes casos se dá como incompleto. Não houve a desconstrução da imagem adversarial e assim é possível que o problema possa retornar a acontecer, e desta vez, no Judiciário. Por isso, é importante ao conciliador estabelecer um acordo entre as partes de modo que prevaleça a justiça e que não venha a beneficiar apenas uma parte e nem prejudicar as duas. O conciliador deverá ter a difícil tarefa de estabelecer o equilíbrio da relação de modo com que o conflito seja tratado e o mesmo não venha a surgir novamente. Por vezes, a decisão do conciliador não agrada a alguma parte, e essa busca recorrer ao judiciário tradicional.

Dessa forma, a conciliação tem por objetivo ajustar a querela conflituosa de maneira mais amistosa possível, buscando por finalidade um acordo, tendo como

vantagens, diminuir os custos financeiros, manter o sigilo, bem como, tem a maior rapidez e agilidade; sem contar que é um importante meio que traz às partes um maior acesso à justiça. (FERNANDES; ALVES, 2012, p.6)

Além de ser um método extrajudicial, realizado sem que seja haja a interferência do Estado, a conciliação passou a ser judicialmente regular com o Decreto-lei nº 5.452/43, em que as Consolidações de Leis Trabalhistas já passava a regular a conciliação como possível solução de conflito. Infelizmente, nestes casos, a conciliação deixou de ser um método de tratamento de conflitos e passou a ser apenas mais uma etapa no processo judicial. Apesar de em casos o método ser efetivo, não raro encontramos pessoas que não satisfazem com o acordo selado.

### 2.3 Mediação

A mediação é uma das maneiras mais democráticas de tratamento de conflito. Neste as partes irão dialogar para que estabeleçam o que é melhor para elas. É característica deste método a busca pela responsabilização compartilhada, isto é, através do diálogo as partes entenderão que não há certo ou errado no conflito e irão buscar estabelecer um consenso. A mediação como meio de tratamento de conflitos extrajudiciais é muito confundida com a conciliação. Em contrapartida com o que é pregado pela conciliação, o mediador neste método não irá interferir no diálogo. O mediador terá o dever de estabelecer o diálogo, funcionando como veículo entre as partes. O tratamento do conflito não irá partir do mediador, mas sim pelas partes que determinarão se há ou não um consenso.

A mediação é um instrumento de resolução de conflitos bastante utilizado em diversos países, como, por exemplo, Estados Unidos, Canadá, China, França, Inglaterra, oruega, Espanha, Argentina, Brasil (apenas no Direito do Trabalho já existe regulamentação acerca da mediação nas negociações individuais e coletivas) e México, em alguns até por mais de trinta anos. Pode ainda ser aplicada em qualquer contexto de convivência, seja no âmbito social, político, transcultural, educacional,

empresarial, jurídico, obtendo excelentes resultados. A mediação surge como um recurso anteriormente ocupado pelas pessoas mais velhas. Como a sociedade é dinâmica, com as transformações da modernidade, os novos modelos familiares e de organizações sociais, que era ocupado por uma pessoa critério caiu por terra e, em consequência disso, as causas de conflitos também se alteraram, trazendo consigo uma ideia de novas habilidades para solução de conflitos, como a arbitragem, a conciliação, a mediação. (OLIVEIRA, 2011, s.p.).

A mediação não é um novo sistema de tratar os conflitos. A característica da mediação é o estabelecimento de diálogo entre as duas partes para que estas cheguem a um acordo. Para isto, é necessária a imagem de um mediador, um terceiro e imparcial que irá estabelecer o diálogo. Tal método vem sendo redescoberto mediante a crise no judiciário. A tarefa da mediação é desconstruir a imagem de disputa entre réu e autor. Neste modo de tratamento não haverá um vencedor ou perdedor. O diálogo e o acordo que irão estabelecer irão excluir qualquer possibilidade de beneficiamento de apenas uma parte. A mediação é um excelente método de tratamento de conflitos onde exista uma relação continuada, tal como é entre vizinhos ou então divórcio em que os cônjuges tenham filhos, por exemplo. .

Esse método se caracteriza por ter privacidade, ou seja, o local onde está ocorrendo a mediação só será divulgado caso as partes concordem em revelar. Porém, esta privacidade também pode ser quebrada em casos onde haja uma ordem judicial ou que seja de interesse público e este estabeleça a necessidade de saber onde está ocorrendo o processo. É destacável também o fato da oralidade ser um importante objeto a ser trabalhado nesse processo. Em conflitos onde haja uma relação e cotidiana e as partes venham a entrar em um conflito é necessário que seja estabelecido o diálogo. Por vezes, o conflito que chega ao mediador seja um, porém, exista uma série de outros motivos e aquele seja apenas a ponta de um “iceberg”. Assim sendo, a mediação muitas vezes trata de conflitos onde o emocional está envolvido, e por vezes, uma das partes ou ambas estejam com este fragilizado.

É natural, em consequência do período emocional por que as partes estarão passando, que estas sintam a necessidade de expressar seus sentimentos ao grupo. A elas deve ser oferecido um momento para isso (MORAIS, 1999, p.167)

É visível que a mediação não está preocupada por dar uma solução rápida ao conflito. O mediador é responsável por ouvir as partes e analisar também o emocional destas. Porém, enquanto está atuando no caso, o mediador não tem a personalidade de médico, psicólogo, juiz, advogado ou policial. O objetivo dele é articular o diálogo e escutar imparcialmente as partes. O mediador nesses casos terá o dever de estabelecer o diálogo e descobrir qual foi o verdadeiro motivo que resultou no conflito. Esse é um aspecto que diferencia a mediação dos casos que seriam tratados no sistema judiciário tradicional. Na Corte tradicional o juiz não terá tempo, e por vezes falta de interesse, de saber qual é o real motivo do conflito.

Uma decisão judicial nesses casos não seria adequada, tendo como fato de que apenas uma decisão foi tomada e não o conflito tratado. A probabilidade de o conflito voltar a tramitar no judicial é grande. Desse modo, o objetivo do mediador é fazer com que o conflito seja resolvido, entendendo todos os motivos para o surgimento do conflito e assim evitando que o mesmo venha voltar no futuro. O conflito pode ser evitado futuramente, pois as partes neste processo terão autonomia para a decisão do que julgarem ser apropriadas a elas. Desse modo, é prezada a soberania das partes em sua decisão podendo esta satisfazer as partes e reaproximá-las.

Ao tratar-se do tema harmonização das relações, fala-se não somente em encerramento daquele dilema discutido, mas sim da final pacificação dos conflitos entre as partes. Busca-se, na verdade, que, após o processo, os envolvidos não somente se vejam ressarcidos do(s) prejuízo(s) sofrido(s), mas também sintam que aquele conflito pelo qual passaram esteja terminado, satisfazendo tanto a lide judicializada, como o conflito social subjacente. (MORAIS, 1999, p.151)

A mediação é um método, por vezes, mais rápido que os processos tradicionais. Isso faz com que a solução do conflito venha a ser estabelecida de forma rápida e com um baixo custo, tendo em vista que em processos tradicionais, quanto mais tempo é levado para o julgamento, mais é gasto. Tendo estas características sobre a mediação é importante conhecer também a figura do mediador. Este é imparcial e será selecionado de acordo com a ocasião, ou seja, poderá ser estabelecido entre indicações das partes ou por indicação estatal.

É importante ressaltar que existem dois tipos de mediação, seriam elas a *Mediação Voluntária* e a *Mediação Mandatória*<sup>[7]</sup>. A *Voluntária* é estabelecida a partir do momento em que as partes concordam que tal processo é o melhor caminho para o tratamento do conflito. Neste as partes irão procurar a Câmara de Mediação ou outro órgão que possa auxiliar nesse processo. Porém, existem casos em que o juiz obriga as partes ou que em alguma cláusula contratual venha a exigir a mediação. Esta é definida então como *Mediação Mandatória*. Quando estabelecida a mediação Mandatória perde-se um dos princípios para o estabelecimento da mediação, que é a vontade das partes de tratar o conflito entre elas. Com o estabelecimento obrigatório deste é necessária a autonomia das partes para decidir se querem ou não levar o processo adiante

Mas voltando à figura do mediador, confere a ele a tarefa de ser um facilitador no diálogo entre as partes. Para isto, é necessário que ele tenha uma capacidade de estabelecer um diálogo justo, sem que fuja do caminho que ruma ao acordo. É necessário que durante a comunicação, ele estabeleça os limites das partes, sem que exista ali um campo de batalha. É necessário que o mediador transmita uma imagem de segurança e confidencialidade para que as partes possam ser mais abertas e sinceras no diálogo. Em mesmo caminho, destaca sentido:

O mediador age na mais estrita confidencialidade, é submetido ao segredo profissional, sobre os documentos que podem ser apresentados e dos quais não deverá guardar arquivo original, nem cópia em qualquer forma, e também sobre as declarações e propósitos expostos durante o processo de mediação, e o nome das pessoas que recorreram a ele. (ZAGO, s.d., p.6)

A imparcialidade do mediador é algo fundamental para que nenhuma injustiça seja tomada. Essa imparcialidade fará com que a decisão das partes seja prevalecida e assim o conflito futuro irá ser prevenido. O processo de mediação não possui um prazo para que o conflito seja solucionado. Este pode se findar em meses ou em anos. O tempo para tratamento do conflito irá de acordo com o diálogo entre as partes. Durante todo o processo, o mediador deverá prezar pelo fortalecimento do diálogo entre os mediados, sem que seja necessária a formalidade. Porém, para o encerramento do conflito e de maneira que venha simbolizar o tratamento do conflito e do processo de mediação, é necessária certa formalidade. Essa formalidade vem para selar o fim do conflito e garantir que esse não venha ocorrer novamente.

### **3 A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA ADVERSARIAL E A PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: O EMPODERAMENTO DOS ATORES PROCESSUAIS E A CORRESPONSABILIZAÇÃO COMO PARADIGMAS PARA SUPERAÇÃO DA BELIGERÂNCIA CONFLITUOSA**

É notório que, na sociedade atual, a crescente busca por resoluções de conflitos através do judiciário vem causando problemas institucionais. Além das consequências na instituição, fragilizando esta com o crescente número de processos, é destacável também a consequência que esta busca tem causado na sociedade. Não raro são encontradas pessoas que decidem dar início a uma ação judicial com objetivo de estabelecer uma “batalha” contra outra. Nesta “batalha” o objetivo, por vezes, não é estabelecer a justiça e sim buscar formas de punir a outra pessoa. Trata-se, com efeito, da materialização da cultura adversarial do processo, na qual as partes processuais estabelecem, nas páginas do apostilado processual, um campo de guerra, em busca do estabelecimento do ganhador e do perdedor.

A imagem autor e réu, vencedor e perdedor, faz com que se busque a “vitória” judicial sobre a outra parte. É notória certa competição com o objetivo de diferenciar o “vencedor” do “perdedor”. Caso a sentença do juiz não venha a “agradar” a uma parte, seja por motivos de insatisfação, alegação de injustiça ou outros, haverá uma nova ação judicial. É notório que o objetivo por vezes não é o estabelecimento de justiça e sim o uso do judiciário como arma contra a outra parte. Assim, o pronunciamento emitido pelo Estado-juiz passa a ser analisado, pelas partes envolvidas no litígio, como elemento que justifica ou não o

posicionamento assumido, logo, caso a sentença não seja harmoniosa com os interesses de uma das partes, dá-se início a uso desmedido e indevido dos recursos para postergar a concreção da coisa julgada.

Tendo em vista estes casos nos quais é perceptível uma adversariedade entre as partes, o melhor caminho é o estabelecimento do diálogo para tratamento de conflito. É comum que o tratamento do outro como adversário esteja carregado de um sentimento que faça com que a pessoa aja de tal maneira. Por vezes, o sentimento de indignação, constrangimento e/ou vergonha faz com que o sujeito venha através da “vitória” judicial punir a outra parte com o objetivo de tentar satisfazer e confortar o seu sentimento diante do conflito. Essa cultura adversarial é prejudicial para a sociedade. Tendo este problema, o estabelecimento do diálogo entre as partes seria a forma de demonstração de cidadania, democracia e maturidade entre as partes.

Como analisado anteriormente, a mediação possui, dentre outras características, o estabelecimento de diálogos para o tratamento de conflito. É provável que este seja a melhor maneira de tratamento de conflitos onde é encontrada a cultura adversarial entre as partes. Com o reestabelecimento do diálogo é possível analisar as causas e situações enfrentadas pelas partes para o surgimento do conflito. Tendo estabelecido isto, é necessário o empoderamento dos atores judiciais. Não fragilizar e nem fortificar uma parte é fundamental para que seja preservada a justiça e a democracia e que não seja prejudicada alguma parte. Acerca deste assunto, Kleba e Wendausen dissertam, afirmando:

O empoderamento pessoal possibilita a emancipação dos indivíduos, com aumento da autonomia e da liberdade. O nível grupal desencadeia respeito recíproco e apoio mútuo entre os membros do grupo, promovendo o sentimento de pertencimento, práticas solidárias e de reciprocidade. (KLEBA, WENDAUSEN, 2009, s.p.)

Neste sentido, é responsável ao mediador o dever proporcionar a confiança para o estabelecimento da liberdade e autonomia entre as partes. Quanto mais chances as partes tiverem de dialogar acerca do conflito maior é a possibilidade do tratamento deste ao ponto que o consenso irá ser gerado aos poucos. A importância do empoderamento durante do tratamento de impasses é

a extinção da figura adversarial. Dado o momento em que é prezado o empoderamento, as partes poderão dialogar com liberdade e autonomia acerca de suas visões sobre o conflito. Assim sendo, a busca pelo consenso será mais acessível. A corresponsabilização é outro importante aspecto para extinguir o conceito adversarial em um conflito. Esta é utilizada durante todo o processo de mediação. Assim sendo, é notória a existência da corresponsabilização: no surgimento do conflito, no estabelecimento do diálogo e nos métodos de tratar o conflito.

A corresponsabilização durante o tratamento do conflito, não irá responsabilizar apenas uma parte por ser o culpado ou causador do conflito. Existe aqui a corresponsabilidade das partes. Ambas agiram de um modo que passou a existir o conflito. O conflito, por vezes, não é causado por intenção de apenas uma parte. É fato que o conflito só chega a um estado insuportável, a ponto de buscar tratamento, a partir do momento em que as duas partes passam a alimentá-lo. Assim sendo, é notável que existe a corresponsabilidade das partes pelo conflito ter surgido. Outra forma de corresponsabilização é encontrada durante a busca pelo tratamento do impasse. Mediador e mediados são corresponsáveis pelo andamento do diálogo, sem que este venha a ferir a outra parte ou que, tendo em vista o contexto, a outra parte não se esforce para chegar em um consenso. Embora corresponsáveis, é empregado a cada um uma responsabilidade diferente.

Por fim, é empregada a corresponsabilidade também no que se deve aos métodos para o tratamento do conflito. Não será empregada a apenas uma parte o dever de cooperar para o cumprimento do consenso estabelecido. É de corresponsabilidade das partes o dever de cumprir o acordo gerado. Ao descumprir este, é provável a restauração do conflito. Assim sendo, é visível que o estabelecimento da corresponsabilização e do empoderamento vem auxiliar no tratamento do conflito e desmanchar os paradigmas pré-estabelecidos. Com o emprego destes dois mecanismos, é provável que o conflito venha a ser tratado de forma saudável, excluindo assim a figura adversarial e promovendo a paz entre as partes.

Neste aspecto, insta analisar que o conflito social não deve ser analisado como algo maléfico, capaz de causar deterioração da estrutura social e da harmonia tradicionalmente perseguida pelo Direito. Ao reverso, trata-se de



fenômeno corriqueiro e desencadeado pelo convívio em sociedade, sendo, portanto, imprescindível para o próprio desenvolvimento dos envolvidos. Nesta perspectiva, salta aos olhos a imprescindibilidade do amadurecimento da ótica envolvendo os conflitos, em especial no que concerne ao amadurecimento de seu tratamento pelos indivíduos, amadurecendo-os na cultura do diálogo.

#### **4 MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PAUTA: A CULTURA DO DIÁLOGO PARA A PRESERVAÇÃO DOS FILHOS NO TÉRMINO DA RELAÇÃO DOS GENITORES**

Como analisado anteriormente, é comum na sociedade a visão adversarial quando iniciado um conflito. Em casos envolvendo familiares esta ainda é uma visão frequente, ainda mais quando o assunto é divórcio ou rompimento da união estável em que haja filhos. Com destaque, há que reconhecer que as famílias enfrentam um processo de instabilidade, uma vez que as mudanças ainda não foram assimiladas pela sociedade de um modo geral. Os familiares ainda não conseguem administrar as diferenças que estão surgindo em meio aos novos modelos de entidade familiar. Neste sentido, Gondim explica que:

Com as transformações de papéis pré-estabelecidos, os familiares precisam negociar a todo o instante suas diferenças. Na verdade, o conflito é inerente às relações familiares, uma vez que a família é dinâmica, composta por complexas relações entre os seus membros. Nesse liame, estão presentes constantemente desavenças, ou seja, no cotidiano das pessoas, as brigas familiares são uma realidade, gerando, em muitos casos a violência doméstica, vitimando principalmente, mulheres, crianças e idosos (GONDIM, s.d., p. 02).

Consoante diciona Rangel e Silva (2012, p. 04), o Estado, sobrecarregado, apresenta-se incapacitado de solucionar situações dotadas de ampla complexidade quanto a relação entre o vínculo jurídico e emocional das pessoas envolvidas em processos de divórcio e dissolução de união estável. “As partes envolvidas acabam discutindo questões afetivas no espaço até agora destinado unicamente à discussão de aspectos jurídicos e patrimoniais” (BRAGANHOLO, 2005, p. 71). No mais, quadra anota que, não raro, é encontrada nesses casos a utilização dos filhos como ferramenta a atingir o ex-cônjuge. Através de distorções

da imagem e mentiras contadas aos filhos, busca-se na prole uma arma a fim de ferir e sensibilizar a outra parte. Ao ser alienado pelo genitor, o filho passa a ter uma visão deturpada sobre os pais, e este passa a ser a maior vítima do conflito.

Sob esta ótica, é viável a utilização da mediação com a finalidade de estabelecer o diálogo, empoderando as partes e corresponsabilizando-as de modo que através do estabelecimento de consenso estas não venham a se utilizar da prole como meio de punição. A mediação nestes casos, preponderantemente, será abordada por pessoas com ciência em direito, psicologia e/ou serviço social. Isto se dá pelo fato de se tratar de um assunto delicado, onde não há apenas um conflito de ordem jurídica, social ou psicológica, por vezes, a mediação com o foco familiar irá encontrar todos estes aspectos. Nesta toada, cuida trazer à colação o entendimento apresentado por Fuga, em especial quando frisa:

A mediação familiar é uma prática para restabelecer relações, quando tudo indica que a família está desmantelada por consequência da dissociação entre o homem e a mulher, tentando minorar os prejuízos para os filhos. Com a intervenção da mediação familiar, é possível compreender que a separação e o divórcio não significam a dissolução da família, mas sua reorganização. [...]. **Em matéria de família, só consegue avaliar bem o que ocorre quem está passando pelo sentimento, seja de amor, de ódio ou indiferença. Por isso, são as partes as únicas que podem interpretar seus afetos: nem o advogado, nem o juiz, nem o mediador podem fazê-lo. Por isso, a sociedade civil tem afrontado tanto o direito de família. O amor não pode ser interpretado por normas.** (FUGA, 2003, p. 75-79)

Para isso, é necessária uma cautela e moderação para que não venha a causar danos aos envolvidos. É necessário frisar que o conflito enfrentado, neste caso, o divórcio, é algo de responsabilidade entre os cônjuges. A utilização dos filhos como mecanismo de ataque a outra parte é algo imaturo. O estabelecimento do diálogo como mecanismo ao tratamento do conflito requer das partes e do mediador um controle emocional. Ao buscar tratar pessoas que já tiveram grande vínculo afetivo, o tratamento se torna mais fragilizado. Para isto, é

necessária do mediador uma visão, não apenas jurídica, mas principalmente psicológica. Ao lado disso, este olhar psicológico não deve estar voltado apenas às partes. As crianças também são acometidas de uma sobrecarga emocional. Em casos de divórcio, nos quais o conflito está potencializado, infelizmente, é encontrada a síndrome de alienação parental, sendo considerado tal ato como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Em consonância com a Lei nº 12.318/2010<sup>[8]</sup>, são formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós

É necessário ao mediador nestes casos, analisar também o estado emocional da criança. Tendo em vista uma possível alienação acerca de um de seus genitores é necessária a desconstrução dessa imagem. Buscando assim caminhos para estabelecer o diálogo acerca disto. Tal alienação gera diversas consequências a criança, destacando-se o distanciamento com o seu genitor. A criança vítima dessa alienação irá, por vezes, recusar sair, visitar ou até mesmo conversar com o seu genitor. A criação de uma imagem distorcida faz com que a repulsa aconteça.

Em muitos casos, o genitor alienador, [...] alcança seu objetivo, ou seja, a recusa da criança em se relacionar com o outro genitor, porém, não se dá conta que a criança

poderá vir a ser uma pessoa limitada ao contato com ele próprio, vinculando-se e confiando nele, crescendo atemorizada e desconfiada dos demais vínculos que serão evitados, prejudicando assim sua socialização e expansão de sua personalidade, não percebendo que, mais tarde, ao se conscientizar do ocorrido, poderá vir a distanciar-se dele e odiá-lo por ter sido impedido de ter um relacionamento feliz com o outro genitor e até mesmo com o mundo em geral. (ALEMÃO, s.d., s.p.)

É necessário então que, durante o período da mediação, seja dialogado entre as partes de forma que qualquer imagem que tenha sido formada de forma distorcida sobre o outro genitor venha a ser desconstruída. Desta forma, estará sendo preservado o psicológico da criança ou adolescente. Assim sendo, a identificação de uma alienação parental pode ser difícil a ser percebida por um operador do direito. Desta forma é identificada a importância do psicólogo e/ou assistente social no processo de mediação familiar. São estes que, por vezes, estarão mais aptos a identificar e buscar tratar o problema adequadamente. Isto posto, além do tratamento do conflito gerado pelo divórcio ou rompimento da união estável, estará sendo preservado a integridade psicológica da prole, de modo que esta não venha a ser utilizada como ferramenta por um genitor para atingir o outro.

## **5 CONCLUSÃO**

Historicamente, é encontrada a caracterização de adversariedade após o rompimento do matrimônio. Assim sendo, são poucos os casos que após o término do relacionamento as partes conseguem dialogar pacificamente acerca do futuro a ser enfrentado. Discute-se ao invés de conversar acerca dos caminhos a seguir. Embora com a evolução da sociedade esta imagem de adversariedade em casos que envolvem a tutela dos filhos esteja sendo, aos poucos, quebrada, a vontade de estabelecer o diálogo é pequena. A mediação familiar através do estabelecimento do diálogo entre os cônjuges visa proteger, principalmente, o psicológico dos filhos e o tratamento do conflito. Não seria saudável, maturo e nem democrático usar do rompimento matrimonial como forma de adquirir alguma vantagem sobre a outra parte.

Com o rompimento da relação do casal é comum, na visão tradicional brasileira, ver a outra parte como inimiga no processo. Desta forma, por vezes, a criança acaba se tornando uma ferramenta para atingir a outra parte, com o intuito de fragilizar e ferir psicologicamente a outra parte. Como debatido, a mediação tem como caráter primordial o estabelecimento do diálogo de modo que o conflito venha a ser tratado. Nos casos em que há o rompimento matrimonial este diálogo se encontra fragilizado. Após certo período da vida dos cônjuges em que houve uma mútua confiabilidade entre eles e essa confiança venha a ser quebrada, a mediação se torna algo difícil.

A mediação é eficaz quando acionada de forma voluntária, e nestes casos em que há um conflito tão frágil e conturbado são raros seu acionamento voluntário. De certa forma, quando existir uma mediação o foco do mediador será tratar o conflito, com a utilização do tempo que for necessário. Durante a mediação familiar é necessário atentar a todos os conflitos que estão a ser tratados, sejam eles emocionais, de honra ou até mesmo de tutela. O tratamento de forma séria desses conflitos vai prevenir com que o conflito venha a ressurgir no futuro. Afinal, este deve ser o objetivo principal da mediação: tratar o conflito de forma que ele não venha a ressurgir posteriormente. Tratar o conflito na forma do diálogo como proposto na mediação, faz com que surja na sociedade um espírito democrático.

A exclusão da imagem de réu, juiz e autor faz com que ocorra a corresponsabilização e o empoderamento das partes, para que nenhuma venha a ser prejudicada. É democrático e demonstra maturidade. Tratar o conflito de forma civilizada e dialogada faz com que o consenso reflita de fato a vontade das partes e não uma decisão de terceiros que não são capazes de compreender o conflito em sua totalidade. A mediação tem que ser explorada cada dia mais para que conflitos sejam tratados de forma que não venha a prejudicar a outra parte. A descaracterização da adversidade, a promoção do diálogo e o estabelecimento do consenso fará com que não haja consequências em terceiros – filhos – e tratará do conflito sem a interferência do Estado, trazendo a autonomia às partes e tirando ela do Estado.

#### **REFERÊNCIAS:**

ALEMÃO, Kario Andrade de. Síndrome da alienação parental (SAP). **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11477](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11477)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. 2005. Novo Desafio do Direito de Família Contemporâneo: A Mediação Familiar. **Revista CEJ**, v. 9, n. 29, p. 70-79. Disponível em: . Acesso 27 mai. 2017.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e a altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: . Acesso em: 27 mai. 2017.

FERNANDES, Nathália Nayara Soraes; ALVES, Ana Jéssica Pereira. Meios Extrajudiciais como forma de acesso à justiça: Arbitragem, Conciliação e Mediação. **Revista Direito & Dialogicidade**, v. III, Crato, 2012.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar**: quando chega ao fim a conjugalidade. Passo Fundo: UPF, 2003.

GONDIM, Lilian Virgínia Carneiro. **Mediação Familiar**: O Resgate ao reconhecimento da Pessoa Humana nas Relações Familiares. Disponível em: Acesso em 27 mai. 2017.

KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEM, Agueda. **Empoderamento**: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_ ; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição**. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OLIVEIRA, Magnolia Bandeira Batista de; SOUZA, Mércia Cardoso De. O instituto da conciliação e sua importância para a efetiva prestação jurisdicional: estudo sobre o mutirão “Conciliar também é seguro” do Fórum Clóvis Beviláqua. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 87, abr 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=9403&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9403&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 27 mai. 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan; SILVA, Daniela Juliano da. A mediação familiar enquanto mecanismo de proteção dos influxos traumáticos do término das relações conjugais. II Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades (CONINTER). **ANAI**,..., Belo Horizonte, 8-11 out. 2012, p. 1-16. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

TOALDO, Adriane Medianeira; OLIVEIRA, Fernanda Rech de. Mediação familiar: novo desafio do Direito de Família contemporâneo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10860&revista\\_caderno=21](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10860&revista_caderno=21)>. Acesso em 27 mai. 2017.

ZAGO, Ana Paula. **Meios alternativos de pacificação dos conflitos – mediação, conciliação e arbitragem**. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017.

#### NOTAS:

[1] No presente, será empregada a expressão “tratamento” ao invés de “resolução” de conflitos, perfilhando ao entendimento apresentado por Fabiana Spengler (2010, p. 26), no qual os conflitos sociais não são passíveis de serem “solucionados” pelo Poder Judiciário na acepção de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou mesmo esclarecê-los. Tal fato deriva do princípio que a supressão dos conflitos é algo relativamente raro. É rara, também, na ótica adotada, a plena resolução das causas, das tensões e dos contrastes que originam os conflitos. Deste modo, a

expressão “tratamento” apresenta-se mais adequada na condição de ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, objetivando uma resposta satisfatória.

[2] BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017.

[3] Neste sentido: BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017. **Art. 1º** As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[4] Neste sentido: BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017. **Art. 23**. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

[5] Neste sentido: BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: . Acesso em 27 mai. 2017. **Art. 30**. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: **I** - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; **II** - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

[6] *Ibid.* **Art. 32**. É nula a sentença arbitral se: **I** - for nulo o compromisso; **II** - emanou de quem não podia ser árbitro; **III** - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; **IV** - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; **V** - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; **VI** - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; **VII** - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e **VIII** - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

[7] Emprega-se aqui a ótica apresentada por José Luiz Bolzan de Moraes (1999, p.165).

[8] Neste sentido: BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e a altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: . Acesso em: 27 de abr. de 2015.



## O FEDERALISMO BRASILEIRO: AS PERSPECTIVAS E A CRISE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

**BRUNO EDUARDO PEREIRA DE SOUZA:** Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - MG (UNIMONTES). Advogado

**RESUMO:** O presente estudo busca realizar uma breve reflexão sobre o modelo de Estado Federal, procedendo-se a uma sucinta análise histórica, ascensão e trajetória da federação brasileira. Por fim, será realizada ponderação acerca do atual estágio do Estado Federal Brasileiro, marcado por uma certa concentração das competências na União em relação aos demais entes federativos, o que pode acarretar no enfraquecimento da ideia de federalismo cooperativo presente no texto constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Federalismo; federalismo brasileiro; ascensão e trajetória; crise e novas perspectivas.

**SUMÁRIO:** 1. Federalismo: breve análise histórica. 2. Ascensão e trajetória do Federalismo. 3. A crise federativa e as novas perspectivas do Estado Federal Brasileiro. 4. Considerações finais. 5. Referências.

---

### 1. Federalismo: breve análise histórica

O Estado Federal é um fenômeno dos tempos modernos. O marco inicial do federalismo foi a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA) de 1787 - que ocorreu no final do século XVII - quando as treze colônias inglesas, unidas contratualmente sob a forma de uma confederação, decidiram se organizar com uma união mais complexa, rígida e definitiva para melhor atingir seus objetivos comuns.

Desse modo, o advento do texto constitucional estadunidense consagrou o nascimento do Estado Federal, como uma nova forma de organização política, onde há a ocorrência de uma demarcação de certas prerrogativas de exercício de soberania em oposição à forma de estado unitária com um governo uno, em se tratando de competências e autonomias nacionais.

Segundo SAHID MALUF o "Estado Federal é aquele que se divide em províncias politicamente autônomas, possuindo duas fontes paralelas de direito público, uma nacional e outra provincial" (2006, p. 167). Neste sentido, no federalismo procura-se um maior grau de descentralização política, administrativa e legislativa a ser exercida por parte dos órgãos governamentais, o que na teoria garante uma maior democracia, permitindo o Estado ter mais legitimidade nas suas decisões com a sua aproximação do povo, fortalecendo o princípio federativo que, atualmente, grande parte das democracias contemplam.

Consoante os ensinamentos de BONAVIDES, o Estado Federal busca "institucionalizar-se por um modo mais perfeito e eficaz sob a forma de comunhão perpétua e indissolúvel, capaz de exprimir os altos valores de solidariedade, do amparo mútuo, do respeito, da colaboração e da liberdade" (1996, p. 157).

Esse arranjo institucional caracteriza-se pelo pacto federativo com o estabelecimento de regras que demarcam o campo reservado à atuação da União e dos demais Entes Federados dentro de seus respectivos limites constitucionais. Por isso, as constituições que adotam este tipo de Estado são dotadas de rigidez para garantir uma maior estabilidade e segurança jurídica institucional.

## **2. Ascensão e trajetória do Federalismo**

A federação brasileira ergueu-se pela primeira vez com a proclamação da República pelo decreto n. 1 de 15 de novembro de 1889 e, por conseguinte, se consolidou com o advento da Constituição Republicana de 1891 sob inspiração do federalismo oriundo dos EUA.

As então províncias foram transformadas em Estados membros à União, configurando a forma federativa dual. Porém, como afirma MALUF "o federalismo brasileiro surgiu como resultado fatal de um movimento de dentro para fora e não de fora para dentro; de força centrífuga e não centrípeta; de origem natural-histórica e não artificial" (2006, p. 172).

O movimento nasceu com o projeto das elites políticas oligárquicas que dominavam o cenário nacional naquele momento com a queda da monarquia e o fim do império. O ocaso do mesmo se verifica pela forte interferência do

imperador na vida política da nação através do poder moderador que o fornecia certas prerrogativas de autonomia, o que centralizava cada vez mais o poder executivo.

Isso acabava por provocar as reações das elites pelo ideal federativo - para melhor atingir seus objetivos - na busca pela descentralização política com a autonomia dos poderes das regiões na república recém-inaugurada. Pode-se dizer que o Estado Unitário brasileiro se desmembrou e, em decorrência disto, houve o aparecimento da Federação. Por isso, o modelo brasileiro é caracterizado como centrífugo: nasceu no centro e se propagou para as periferias como forma de manutenção da unidade nacional.

Ao proceder a uma rápida análise do sistema colonial implantado no Brasil pelos colonizadores portugueses, pode-se verificar que este se configurou como a forma embrionária das nuances do federalismo posto no país.

É simples a percepção de que o modelo de organização implantado delegou uma maior autonomia aos poderes regionais, que se organizavam em conformidade com núcleos de sua ocupação e economias existentes. Dessa maneira, na região açucareira tem-se um modelo de organização estrutural diferente daquele percebido no sul do Brasil pelos produtores de charque e, posteriormente, pelos cafeicultores na região sudeste.

Assim, essa descentralização na forma de administração das economias regionais foi um fator extremamente relevante ao surgimento desta forma federal de Estado no país. Destarte o Brasil ainda tivesse mantido formalmente como um estado unitário até o final do século XIX.

Devido ao momento de tensão iminente entre guerras pelo qual o mundo vivenciava e pelas circunstâncias instáveis internas que o país enfrentava, pode-se dizer que houve um federalismo meramente formal no Brasil, pois o que se viu foi uma forma que se aproximava, ou se configurou, como um estado unitário com a centralização do poder muito grande à União, como ocorreu com as Constituições de 1937 e de 1967 e durante a vigência da Emenda n. 1/69, onde ocorriam medidas de exceção e intervenções federais nos entes federado, constituindo como uma verdadeira usurpação do poder por parte do executivo.

Houve ainda forte supressão da autonomia estatal com governos e assembleias dissolvidos. Na Constituição de 1946 houve um abrandamento dos poderes centrais com o desenvolvimento do federalismo, mas isso não tirou o ônus do poder central, que continuava com sobrecarregada carga de diversas matérias sobre a regência de sua competência.

Portanto, o federalismo brasileiro é marcado desde o seu nascimento por avanços e retrocessos e, atualmente - como será debatido posteriormente - vive uma crise entre os componentes do nosso Estado Federado.

A Constituição da República Federativa do Brasileira de 1988 (CF/88) marca um novo momento na tentativa de redemocratização do país, haja vista as duas décadas marcadas por um regime rígido, centralizador e na prática unitarista ao qual o país presenciou. Dessa forma, buscou-se agora um maior equilíbrio e harmonia entre os três poderes da União colocando-se alguns limites formais e materiais no texto supremo.

Com efeito, dispõe o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que "A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito" (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Ainda prescreve o artigo 18 do mesmo diploma legal que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, O Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição"(BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Desse modo, o poder de auto-organização dos entes federados se configura como uma autonomia que a Constituição os legitima que não se confunde com soberania, pois esta compete privativamente à União que possui a prerrogativa de personalidade jurídica para representar a Federação no direito internacional.

Existe no Brasil, um modelo de Estado Federal chamado por muitos doutrinadores - de federalismo cooperativo e de equilíbrio - quanto à forma de repartição de competências, de forma concorrente e coordenada, mas que grande parte destas competências continuam sob a jurisdição da União.

Contudo, o que será discutido a partir de então é que o federalismo no país ainda é permeado de vícios em sua forma. Um federalismo que tem muito a mudar para melhor favorecer ao desenvolvimento do país e da diminuição das discrepâncias regionais que podem ser explicadas por um processo histórico que retoma ao início da colonização do país.

Mesmo o texto supremo reconhecendo alguns novos papéis dos estados-membros e dos municípios, como a possibilidade de obter seus próprios recursos através de tributos, vê-se que a União ainda centraliza grande parte de competências que hoje deveriam ser revisadas devido à nova ordem mundial, como a maior necessidade de harmonização das prerrogativas da Administração Pública.

A partir de agora será feito um ensaio para melhor entender o cerne da discussão ora presente.

### **3. A crise federativa e as novas perspectivas do Estado Federal Brasileiro**

Como se pode observar, o federalismo no Brasil é marcado historicamente por incoerências e por vícios que podem justificar a tradição centralizadora do Poder Executivo.

No Brasil os entes federados possuem certa autonomia no que tange a arrecadação de suas próprias receitas. Porém, percebe-se que há uma saturação da União na arrecadação fiscal, como ocorre através dos repasses aos Estados-Membros e com o Fundo de Participação Municipal (FPM) aos municípios - o que contribuiu para a criação de novos municípios - o poder central busca mitigar os desequilíbrios e as desigualdades entre os entes federativos.

Estes, por sua vez, deveriam utilizar melhor das suas prerrogativas e realizar com uma melhor eficiência os serviços públicos, fato esse que contribuiria, sobremaneira, para um equilíbrio na federação. Esse problema do pacto federativo que se configura por conflitos políticos e econômicos entre os membros da federação, obriga, por conseguinte, que os mesmos se subjuguem ao império do poder federal.

Como assevera BONAVIDES os entes federados, cortejam o poder central, suplicam a intervenção econômica, os investimentos, os subsídios, os incentivos, sem nenhuma consciência do sacrifício e o tributo que significa a contrapartida política dessa presença unitarista da União (...), arrasando-lhes, com o ônus da sujeição econômico-financeira, a esfrangalhada autonomia constitucional e federativa (1996, p. 160).

Outra questão que evidencia a crise federativa é a edição desenfreada de medidas provisórias por parte do Executivo Federal, sem a devida observância dos pressupostos descritos no texto constitucional - necessidade de urgência e emergência (art. 62, *caput*, da CF/88 - extrapolando as suas competências, atingindo o Poder Legislativo, principalmente, o Senado Federal que possui a incumbência de representação dos Estados e do Distrito Federal. No dizer de BONAVIDES "a União é tudo, os Estados-Membros quase nada" (1996, p.161).

Muitos estudiosos defendem a criação de um Estado Regional como um quarto ente federado como uma saída para a crise federativa. Esse novo tipo de Estado maior seria resultante da união entre Estados a fim de melhor realizar seus interesses comuns e efetivar suas necessidades, evidenciadas com maior força e recursos, o que poderá contribuir para o nascimento de um novo modelo federativo plural, estabelecendo uma nova ordem.

O ilustre mestre ainda discute:

É de prever, por conseguinte, uma futura revisão das presentes bases da organização federal, bem como uma política coordenada e sistemática da Federação (...) a definir com mais precisão as linhas de seu comportamento e as relações entre unidades regionais politizadas e a União. O federalismo tetradimensional que se adotasse (União, Estado, Município e Região) seria uma federalismo de transição, reservando-se à Região o papel de verdadeiro instrumento renovador e estimulante de acomodação política e econômica do sistema, em termos mais realistas (1996, p.162).

O federalismo está cada vez mais vilipendiado e desmoralizado. Por isso, deve-se apreciar este novo modelo proposto de federalismo mais equilibrado que reconheça as peculiaridades de cada região, haja vista ser o país constituído por uma grande diversidade sociocultural.

Portanto, destaca-se a necessidade do Poder Central ceder mais de sua autonomia aos outros membros federativos, em especial as regiões, para criarem suas próprias formas de organização respeitando os seus costumes e parâmetros locais.

#### **4. Considerações finais**

O Federalismo no Brasil é um problema a ser discutido com todo cuidado a fim de se proceder a uma reforma concreta e substancial, com a apreciação de um novo modelo federativo mais sensato e que reconheça o poder de estruturação dos entes federativos, dando-lhes prerrogativas específicas para se organizarem sem se sujeitarem ao domínio autoritário e centralizado do Poder Central.

Contudo, antes de reformular o novo modelo ora supramencionado, deve-se proceder a um estudo dos problemas reais e todas as contradições internas entre o meramente formal e a experiência material a fim de se conhecer os erros para que os mesmos não retomem a se suceder, pois na observação de todas as constituições passadas, que tentaram exaltar a forma federativa de Estado, verificaram-se incongruências entre a intenção do legislador e o verdadeiro espírito das leis que deram "legalidade" aos atos prepotentes de alguns que ainda abusam de suas competências.

#### **5. Referências**

ANGHER, Anne Joyce (organizadora). **Vade Mecum. Acadêmico de Direito**. 7. Ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BISPO, Eluiz Antônio Ribeiro Mendes e. **Uma Reflexão sobre o município brasileiro na vanguarda dos modelos autonomistas**. Disponível em Jurid Publicações. Internet. 2003. Acesso em 08 de junho de 2009, às 10h20.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: . Acesso em 10 de junho de 2012, às 10h22.

GADELHA, Gustavo de Paiva. **Federalismo brasileiro: da retórica à realidade.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007. Disponível em: . Acesso em 10 de junho de 2009, às 10h19.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.