

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 812

(Ano IX)

(29/07/2017)

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)

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589544>

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



27/07/2017 Rômulo de Andrade Moreira

» [A conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva é possível?](#)

### ARTIGOS

28/07/2017 Marcelo Capistrano Cavalcante

» [Escuta ambiental em escritório de advocacia durante o período noturno](#)

28/07/2017 Alex Thiebaut Menezes Nunes da Costa

» [A Defensoria Pública como amicus curiae](#)

28/07/2017 Gustavo Bedê Aguiar

» [Definição do aspecto espacial do ISS em cotejo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores](#)

28/07/2017 Nayla Gomes

» [Violências estruturais: um estudo comparativo de mecanismos legais relacionados ao feminicídio no Brasil e no México](#)

27/07/2017 Ana Luiza Rangel Nogueira

» [A atipicidade do aborto até o 1º trimestre da gestação e a posição do Supremo Tribunal Federal](#)

27/07/2017 Marcelo Capistrano Cavalcante

» [Apontamentos sobre o parecer jurídico na advocacia pública](#)

27/07/2017 Victor Alexandre Costa de Holanda Ramos

» [Considerações sobre a justiça na filosofia jurídica da idade moderna](#)

27/07/2017 Ricardo Benevenuti Santolini

» [A influência dos elementos filosóficos da oratória e sabedoria para os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida](#)

27/07/2017 Jhoane Ferreira Fernandes Brasileiro

» [As remoções compulsórias de povos indígenas](#)

27/07/2017 Roberto Monteiro Lobo

» [Desigualdade na justiça laboral é criminosa](#)

26/07/2017 Marcelo Capistrano Cavalcante

» [Da \(in\)sindicabilidade do Poder Judiciário sobre os critérios de correção da banca examinadora de concurso público](#)

26/07/2017 Silvia Maria de Paula Nascimento

» [Função social do contrato e a boa-fé](#)

26/07/2017 Daniela Benevides Essy

» [A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos](#)

26/07/2017 Henrique Portela Oliveira

» [A facultatividade da competência tributária: novas considerações quanto ao art. 11 da lei de responsabilidade fiscal.](#)

26/07/2017 Hannah Yasmine Lima Freitas

» [Síndrome Da Alienação Parental: Aspectos Legais, Doutrinários e Jurisprudenciais](#)

26/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Princípios para a Gravação de Monumentos, Grupos de Edifícios e Sítios \(1996\): Ratificados pela 11ª Assembleia Geral do ICOMOS, em Sófia, Outubro de 1996](#)

25/07/2017 Karine Azevedo Egypto Rosa

» [A liberdade provisória no crime de tráfico de drogas: uma análise crítica](#)

25/07/2017 Vanessa Capistrano Cavalcante

» ["Carona" no Sistema de Registro de Preços: análise jurídica e principais mudanças advindas do Decreto 7.892/2013](#)

25/07/2017 Hannah Yasmine Lima Freitas

» [Filiação socioafetiva e seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro](#)

25/07/2017 Wellington Cacemiro

» [Comentários ao novo processo civil brasileiro: mudanças na tutela provisória](#)

25/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Declaração de San Antônio](#)

24/07/2017 Vanessa Capistrano Cavalcante

» [Análise jurídica da exigência da regularidade fiscal na fase de habilitação no âmbito das licitações públicas](#)

24/07/2017 Mariana Francisca Melo de Oliveira

» [Bandido bom é bandido morto\(?\)](#)

24/07/2017 Henrique Portela Oliveira

» [A competência tributária para eleição das materialidades das contribuições especiais](#)

24/07/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Workshop Internacional sobre Recuperação do Patrimônio Cultural de BAM\(17-20 de Abril de 2004, Bam, I.R., do Irã\) - A Declaração e as Recomendações de Bam](#)

24/07/2017 Thais Cristina Muniz Blanco

» [Os Convênios Públicos com Entidades Privadas sem Fins Lucrativos](#)

#### MONOGRAFIA

27/07/2017 Amanda Rodrigues Dager

» [A descriminalização do aborto no Brasil](#)

## **A CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA É POSSÍVEL?**

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:**  
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça divulgou, no último dia 10 de julho, quatro novos temas na mais recente edição do projeto Pesquisa Pronta (cfr. <http://www.conjur.com.br/2017-jul-10/conversao-flagrante-preventiva-dispensa-representacao-mp>).

Em um deles, afirma-se que a decisão do Juiz que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva dispensa o prévio requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial.

Vejamos, então, o absurdo da tese.

O art. 282, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal, dispõe, rigorosamente, em sentido contrário, ao afirmar "*que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes OU, QUANDO NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, POR REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL OU MEDIANTE REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.*"

Seria preciso uma redação mais clara?

Por óbvio, as medidas cautelares (e, com muito mais razão, uma prisão preventiva) só poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual (o que já é de se lamentar, inclusive - não deveria nem ser o caso também). Antes, no curso de uma investigação criminal (que é o caso ocorrente quando estamos diante uma prisão em flagrante - de natureza meramente pré-cautelar), a decretação de qualquer medida cautelar somente poderá ser decretada quando o Juiz é instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Nesse sentido, a exigência é imposta pela lei processual penal expressamente, não havendo margem para dúvidas quaisquer.

Aliás, o impedimento decorre muito menos da lei, e muito mais do Sistema Acusatório, portanto, da própria Constituição Federal que o adotou.

Se já é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias durante a instrução criminal, imagine-se na fase de investigação criminal! O caso torna-se mais grave e o erro mais grosseiro.

É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, **ex officio**, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.). Admitir-se o contrário é sucumbir aos velhos paradigmas do Sistema Inquisitivo.

Portanto, essa posição do Superior Tribunal de Justiça demonstra um total desconhecimento e um perverso distanciamento dos postulados do Sistema Acusatório, que não se coadunam com a determinação pessoal, direta e de ofício de nenhuma medida cautelares.

Com efeito, *“este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales”*, como bem acentua Alberto Binder (Iniciación al Proceso Penal Acusatório, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43).

Nele estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório (e, sobretudo, na gestão da prova), decretando aqui e acolá prisão preventiva, já que está proibido *“al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora”* (Gimeno Sendra, Derecho Procesal, Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 64).

Um dos argumentos mais utilizados para contrariar a afirmação anterior é a decantada busca da verdade real, verdadeiro dogma do processo penal medieval e "católico". Ocorre que a "verdade" a ser buscada é aquela processualmente possível, dentro dos limites impostos pelo sistema e pelo ordenamento jurídico. Não se pode, por conta de uma busca de algo inatingível (a verdade...) permitir que o Juiz saia de sua posição "supra partes" (ou para além dos interesses das partes - como bem prefere o Mestre Jacinto Coutinho), a fim de (ele próprio e de ofício - como se de um deus tratasse-se - já que onisciente e onipotente), avaliar

necessária, adequada e proporcional (em sentido estrito) a prisão preventiva.

A propósito, sobre a tal verdade material, ensina Ferrajoli, ser aquela *“carente de limites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida ‘verdad sustancial’, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivism ético sobre el que se basea el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal”*.

Para ele, contrariamente, a verdade formal ou processual é alcançada *“mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo de cualquier hipotética ‘verdad sustancial’”*.

Vê-se, portanto, que se permitiu um desaconselhável “agir de ofício” pelo Juiz. Não é possível adotar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, agora sufragado, em um sistema jurídico de modelo acusatório, pois, como já afirmado acima, lembra o Sistema Inquisitivo caracterizado por *“una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad”*, ou seja, este sistema *“confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga”* (Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, páginas 44, 45 e 604).

Há, efetivamente, uma mácula séria aos postulados do Sistema Acusatório. Com inteira razão Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: *“a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do **Codice Rocco** de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da **persecutio criminis**, logo, um processo*



*penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, **camicia ner** desde sempre, foi quem escreveu o projeto do **Codice** com a cara do regime. (O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11).*

De toda maneira, não há surpresas no front jurídico brasileiro. Seria estranho o contrário, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça entender que o Juiz não poderia converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva. Mas, então, já seria exigirmos muito!

## **ESCUTA AMBIENTAL EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DURANTE O PERÍODO NOTURNO**

### **MARCELO CAPISTRANO CAVALCANTE:**

Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado e Procurador Autárquico da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE.

**RESUMO:** A presente explanação traz a lume tema que, posto que já tenha merecido aparente pronunciamento do legislador constituinte brasileiro de 1988, deflagra acirrada cizânia no âmbito jurídico. Discute-se a possibilidade de se utilizar prova produzida por escuta ambiental em escritório de advocacia durante o período noturno. A investigação a que se procedeu na confecção deste singelo artigo enveredou-se por duas correntes principais e diametralmente opostas: a primeira, baseando-se na firme exegese da Carta Magna, aduz que a inviolabilidade domiciliar, durante a noite, pode tão somente ser excepcionada pelos casos previstos em seu texto, quais sejam, para prestar socorro ou nos casos de flagrante delito, ao mesmo tempo em que se propugna pelo respeito à confidencialidade dos dados depositados na pessoa do advogado, não abarcando o caso em debate; a segunda corrente, por sua vez, admite certa flexibilidade quanto à produção de prova no recinto em tela ao longo do período noturno, assim como mitiga o sigilo que alberga os dados colhidos no exercício da referida profissão, face às circunstâncias de um caso concreto.

Palavras-chave: **Prova. Inviolabilidade domiciliar. Sigilo Profissional.**

### **Constituição.**

**Sumário:** Introdução; 1 Escuta ambiental e sua distinção da interceptação telefônica; 2. Inviabilidade domiciliar profissional durante o período noturno; 3. Prova produzida por escuta ambiental em escritório de advocacia

durante o período noturno; 3.1 Argumentos favoráveis à sua admissibilidade; 3.2 Argumentos contrários à sua admissibilidade; Conclusão; Referências bibliográficas.

---

## **Introdução**

Poucos são os temas da seara jurídica que causam tanto fascínio e, nas mesmas proporções, acirrada dissidência entre seus debatedores quanto o concernente à licitude dos meios de prova.

A expressão “prova”, a despeito de comportar nítida polissemia, faz parte do momento do processo rigidamente vinculado à alegação dos fatos, com o propósito de possibilitar a demonstração da “verdade” em juízo, revestindo-se, portanto, de fundamental importância ao regular andamento processual.

Assim como qualquer direito plasmado na Constituição Federal, o direito à prova não é absoluto, encontrando limites nos valores ditados por nosso Estado Democrático de Direito. Deverá ele coexistir harmonicamente com outros direitos e garantias, de tal forma que a ordem pública e os direitos e garantias individuais não sejam postos em risco.

Nada obstante, muitas vezes tais limites não se encontram bem delineados em nosso ordenamento, de modo que muitos comportamentos enquadram-se em uma zona cinzenta, da qual não é tarefa das mais fáceis se extrair sua (i)licitude.

Uma das peculiares situações passíveis de adentrar neste campo jurídico de incertezas é justamente o título do presente artigo, o qual, por retratar conjuntura bastante específica, permite um estudo analítico e indutivo dos elementos que o compõem.

O estudo da escuta ambiental, como meio de obtenção de prova, advém da necessidade de se comentar sua grande aplicabilidade e utilidade em tempos hodiernos, mormente contra os chamados crimes organizados, a despeito

de ainda carecer de mínima disposição normativa que a regule, como ocorre com as interceptações telefônicas, por meio da Lei nº 9.296/96, complementando a eficácia do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Ademais, a utilização de escutas no caso em comento torna-se um procedimento invasivo, pois, no escopo de assegurar sua eficácia, deve violar o âmbito profissional de um escritório de advocacia.

São estes, em linhas gerais, os pontos controvertidos a serem analisados por este singelo escrito, preordenado a contribuir para o fomento de um debate que, pela especificidade do tema, é ainda incipiente, seja na seara acadêmica, seja na doutrina e, principalmente, no meio pretoriano, a despeito de neste já haver decisões que tenham enfrentado, diretamente, a matéria aqui tocada, consoante adiante se explicitará.

## **1 Escuta ambiental e sua distinção da interceptação telefônica**

A escuta ambiental pode ser entendida como uma captação sub-reptícia de um diálogo realizado entre interlocutores sujeitos a diligências investigatórias, por meio de aparelhos específicos inseridos no ambiente em que se passa a conversa. Conforme George Marmesstein:

A interceptação ambiental segue a mesma lógica da interceptação telefônica, ou seja, precisa de ordem judicial “circunstanciada” para ser válida. E, no fundo, a interceptação ambiental é essencialmente semelhante à interceptação telefônica: há uma gravação de conversa (no caso, sem telefone) na qual nenhum dos interlocutores sabe que o diálogo está sendo ouvido e gravado por estranhos. Por isso, a lei exige a autorização judicial no intuito de evitar a invasão indevida na esfera de intimidade dos indivíduos.<sup>[1]</sup>

Não raro há certa confusão quanto à identificação conceitual entre interceptação telefônica e escuta ambiental, precisamente porque existem inúmeros sinônimos para ambas. Ada Pellegrini Grinover, Antônio

Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho elencam as possíveis modalidades de captação sonora a serem utilizadas como meio de prova:

“a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, sem o consentimento de nenhum dos interlocutores; d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).” [2]

Necessário esclarecer que qualquer interceptação pressupõe, no mínimo, três personagens: dois interlocutores e o interceptador, o qual captura o diálogo sem o consentimento de ambos, ou, até mesmo, com o consentimento de um.

Caso a interceptação utilize como meio a conexão de um dispositivo a um circuito que carrega informações entre telefones, estar-se-á diante do conhecido “grampo” telefônico, o qual pode ser perfeitamente realizado sem acarretar qualquer inviolabilidade domiciliar, utilizando-se tão somente de uma linha externa, ou seja, sem a necessidade de instalação de qualquer apetrecho diretamente no aparelho.

Porém, quando a interceptação implicar captação sonora não telefônica entre os interlocutores, capturando os sons do ambiente por meio de aparelhos próprios instalados no recinto, será classificada como uma interceptação ambiental (“escuta ambiental” ou “captação ambiental”).

Não se pode olvidar de uma classificação utilizada pela doutrina para diferenciar “escuta”, “interceptação” e “gravação”. Quando a captação da conversa pelo interceptador é de conhecimento de um dos interlocutores, fala-se em “escuta”. Em contrário, quando a captura sonora

é empreendida à revelia dos sujeitos, há a denominada “interceptação”. Por fim, há “gravação telefônica” quando esta é realizada diretamente por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. [3] Logo, nesta última situação, interceptador e interlocutor se confundem na mesma pessoa. Segue o entendimento professado por Denilson Feitoza:

A expressão *comunicações ambientais* se refere às comunicações realizadas diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos artificiais, como fios elétricos, cabos óticos etc.

Cunhamos a expressão *comunicações ambientais* por generalização de expressões como *interceptação ambiental* e *gravação ambiental*, atualmente utilizadas crescentemente para se referirem à captação de conversas orais audíveis realizadas diretamente entre pessoas humanas.” [4]

Em verdade, o ponto relevante para o estudo deste escrito deve se centrar não no suposto conhecimento da gravação por parte dos interlocutores, mas na necessidade ou não de se adentrar no escritório de advocacia para se efetivar o meio de obtenção de prova.

É que, consoante já explanado, a interceptação telefônica pode ser realizada sem transbordar os limites domiciliares do escritório. Logo, sua efetivação não violaria a proteção domiciliar albergada pelo inciso XI do artigo 5º da Constituição, a despeito de, obviamente, mitigar outras normas constitucionais, referentes à vida privada, sigilo das comunicações telefônicas etc.

Em sentido diametralmente oposto, a escuta ambiental, obrigatoriamente, deve ser instalada no próprio recinto objeto das investigações, traduzindo procedimento invasivo em um ambiente profissional, igualmente protegido pela Carta Magna, cujo escopo se cinge à captação de diálogos considerados indispensáveis a uma maior efetividade investigatória.

## **2 Inviolabilidade domiciliar profissional durante o período noturno**

Dispõe o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

O dispositivo supracitado alberga a inviolabilidade do domicílio como direito fundamental, cujas raízes históricas remontam às tradições inglesas, consoante verificado no discurso de “Lord Chatam” no Parlamento, o qual entoava que o homem mais pobre desafia em sua casa toda a pujança da Coroa, a despeito de sua choupana ser das mais frágeis e de seu teto ser dos mais trêmulos.<sup>[5]</sup>

Entende-se por domicílio a residência estabelecida com ânimo definitivo, resultado da conjugação de duas ideias, uma de ordem material ou objetiva (residência), e outra de ordem psíquica ou subjetiva (ânimo definitivo).<sup>[6]</sup>

Mais especificamente, a definição de domicílio profissional é encontrada no Código Civil, em seu art. 72, no qual se estabelece que “É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.”

Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127/DF, “a inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional”.

Nada obstante, apesar de a exegese constitucional proteger, com mais rigor, a inviolabilidade do ambiente domiciliar durante o período noturno, tirante as hipóteses de flagrante delito ou prestação de socorro, imperioso aferir quais são os marcos delimitadores de tal interregno, a fim de se mensurar os limites temporais desta maior proteção concedida.

Primeiramente, há a corrente que aponta o critério objetivo como o mais adequado a separar “dia” e “noite”, estabelecendo um horário fixo para início e fim dos períodos, sendo, geralmente, entre 06hs:00min (seis horas) e 18hs:00min (dezoito horas)<sup>[7]</sup>.

De fato, a adoção de um padrão objetivo garante maior segurança na aferição do período, de modo que não se perquiriria a observância de qualquer critério climático. Nesse sentido assim se expressa Dirley da Cunha Júnior:

Para definição do que seja *durante o dia*, em relação à qual paira divergência, cremos que o melhor critério não é o físico-astronômico (entre a aurora e o crepúsculo), mas sim, em razão de sua objetividade e segurança, o que indica o horário, que vai das 6 às 18 horas. Assim, cumprir mandado judicial de busca domiciliar fora desses limites (6 às 18 h) é medida que viola a proteção em tela, salvo se a diligência começou dentro do horário e, em face de sua complexidade e necessidade, se estendeu para além dele, o que é permitido.<sup>[8]</sup>

Porém, não se pode olvidar que, a despeito da objetividade do critério supracitado, este é alvo de críticas daqueles doutrinadores que levam em consideração um segundo critério, qual seja, o critério “físico-astronômico”, tendo como marco não horários pré-fixados, mas o interregno situado entre a aurora (claridade advinda do nascer do Sol) e o crepúsculo (ocaso).

A distinção prática da aplicabilidade dos dois critérios é visível principalmente em nosso país, de dimensões continentais, em que muitos lugares de seus extremos longitudinais o pôr-do-sol ocorre bem após as dezoito horas. Comunga deste mesmo entendimento Marcelo Novelino, ao professar que o critério físico-astronômico é o que mais se afina com um vasto território:

Em virtude das dimensões continentais do território brasileiro, o nascer e o pôr-do-sol ocorrem em horários diversos nas várias regiões do país, razão pela qual o *critério físico-astronômico* parece o mais apropriado. De acordo com esse critério considera-se *dia* o período compreendido entre a aurora e o crepúsculo.<sup>[9]</sup>



Por fim, há a acepção capitaneada por Alexandre De Moraes, na qual se combinam os dois critérios (objetivo e físico-astronômico), no escopo de melhor proteger o recinto domiciliar:

Entendemos que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não seja noite (por exemplo: horário de verão).

Esse critério misto compatibiliza-se com a *ratio* constitucional, no sentido de proteção da casa durante o período noturno, possibilitando um descanso seguro a seus moradores, bem como diminuindo a possibilidade de arbitrariedades que estariam melhor acobertadas pelo manto da escuridão.<sup>[10]</sup>

Entende-se que assiste razão a este último critério, porquanto a aplicação isolada das duas primeiras correntes pode implicar, devido à amplitude do território brasileiro, excessivas distorções causadas pela variabilidade do que se considera período noturno.

Tenha-se, como exemplo, um local que tão somente anoitece às 20hs:30min. Diante de tal conjuntura, inviável a aplicação de um critério objetivo unificado, visto que o anoitecer na maioria do território geralmente ocorre por volta das 18 hs:00min.

Igualmente, não se mostra razoável a aplicação pura e simples do método físico-astronômico, pois o preciso momento sofreria intensa variação a depender da região na qual o domicílio está localizado, sem contar a intensa carga subjetiva para se aferir o exato momento de transição entre “dia” e “noite”.

A conjugação dos dois critérios (horário pré-fixado e crepúsculo) garante mais segurança jurídica às decisões judiciais que autorizam a

invasão domiciliar, protegendo-a contra alegações de nulidade eventualmente suscitadas.

Há de se enfatizar que a autorização judicial, consoante dispõe o inciso constitucional, permite tão somente a inserção domiciliar durante o dia, não podendo convalidar qualquer entrada sem o consentimento do morador ao longo do período noturno.

### **3. Prova produzida por escuta ambiental em escritório de advocacia durante o período noturno**

De pronto, cumpre esclarecer que não se pode responder satisfatoriamente se a prova produzida em referida circunstância é ou não admissível na instrução processual se não ocorrer um estudo de duas vertentes que indicam resultados diametralmente opostos. Tão só por meio da análise de cada uma dessas fundamentações pode-se almejar uma resposta satisfatória.

#### **3.1 Argumentos favoráveis à sua admissibilidade**

Um dos argumentos favoráveis à admissibilidade da invasão domiciliar (e não só de escritórios de advocacia) durante o período noturno é justamente a impossibilidade de se realizar certas diligências em plena luz do dia, sob pena de completo malogro, haja vista que o resultado prático não seria alcançado durante o período diurno.

Outro argumento de considerável pujança aponta no sentido de que a inviolabilidade domiciliar, caso não pudesse, em determinadas ocasiões, ser reconsiderada durante o período noturno, tornaria o reduto propício à prática de crimes, eis que imune a qualquer tentativa de averiguação por parte do Estado.

Traz-se o exemplo colhido por George Marmelstein em tal sentido, referendando o entendimento de que certas diligências não de ser realizadas, necessariamente, à noite, a fim de que possam alcançar o resultado prático esperado, evitando-se que a proteção domiciliar sagre-se absoluta:

Vale ilustrar com um exemplo: imagine que existe suspeita de que uma determinada casa noturna, aberta apenas para convidados, está explorando sexualmente pessoas menores de idade. A suspeita não é forte o suficiente para configurar o flagrante-delito, hipótese em que seria desnecessária a autorização judicial. A boate em questão não é aberta ao público, já que apenas convidados podem entrar. Em situações assim, há inegável necessidade de ordem judicial para confirmar ou não a suspeita, mas a diligência será completamente inútil se for cumprida durante o dia. Por isso, certamente, o juiz, desde que o faça fundamentadamente, pode autorizar o cumprimento do mandado mesmo à noite para que a medida alcance algum resultado prático. Não fosse assim, estaria aberta uma imunidade quase intransponível para a prática ou ocultação de crimes no interior de residências.[\[11\]](#)

O próprio Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 2424/RJ, teve a oportunidade de analisar especificamente o tema ora objeto de estudo, considerando lícitos os elementos probatórios obtidos por meio da escuta ambiental instalada em escritório de advocacia.

Asseverou-se em decisão que a constitucional garantia da inviolabilidade dos escritórios de advocacia, bem como de todas as oficinas domiciliares onde se trabalha reservadamente, não se mostra intransponível, devendo ser flexibilizada, assim como são todos os direitos, face a elementos contingenciais autorizantes, tal qual a impossibilidade de instalação, pela Polícia Federal, das escutas ambientais durante o dia, quando os agentes quedar-se-iam facilmente identificados.

Um dos argumentos que corroboram a licitude da escuta realizada em tais condições, seria o de que os limites da busca domiciliar deveriam ser alijados perante o caráter excepcional da medida.

É que tal diligência jamais poderia ser perpetrada com qualquer resquício de publicidade, sob pena de deflagrar sua frustração, o que muito provavelmente ocorreria caso fosse praticada durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial.

Outro fundamento utilizado pelo STF ao analisar a situação em referência foi o de que a inviolabilidade domiciliar teria graus diversos de proteção, não podendo ser equiparado um vazio escritório de advocacia a um domicílio “stricto sensu”, o qual pressupõe a presença de pessoas que o habitem.

Ademais, ressaltou-se que o artigo 7º, inciso II, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), o qual expressamente assegura ao advogado a inviolabilidade do seu escritório e de seus arquivos e dados, cederia quando o próprio causídico fosse suspeito da prática de crime no âmbito do seu escritório, utilizando-se do exercício de sua profissão como subterfúgio.

Destarte, o sigilo do advogado não poderia servir de escudo para proteção do advogado quando do cometimento de delitos, não sendo admissível que a inviolabilidade domiciliar transforme o escritório em um reduto de criminalidade impenetrável.

### **3.2 Argumentos contrários à sua admissibilidade**

Expostos os argumentos favoráveis à admissibilidade da prova produzida nas condições ora em referência, necessário agora mostrar os fundamentos que embasam posicionamento diametralmente oposto, qual seja, o de que a escuta ambiental introduzida no escritório de advocacia à noite viola frontalmente o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

O Ministro Celso De Mello, ao analisar o Inquérito supracitado, assim vota:

(...) o que se mostra inconstitucional, no caso, é a execução, pela Polícia Federal, da diligência probatória de que resultou a instalação, no escritório de Advocacia do denunciado, de aparelhos de escuta ambiental. A Polícia Federal não podia, ainda que munida de autorização judicial dada por esta Suprema Corte, ingressar, durante a noite, em espaço privado protegido pela cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar (um escritório de Advocacia), pois a Constituição, tratando-se de determinação judicial, somente permite o seu

cumprimento “durante o dia”, como resulta claro, inequívoco, do que se acha previsto na parte final do inciso XI do art. 5º de nossa Lei Fundamental. Não obstante essencial a existência de ordem emanada de autoridade competente do Poder Judiciário, para efeito de legítima incursão de agentes estatais em espaço privado abrangido pela noção tutelar de “casa”, mostra-se importante advertir que a eficácia do mandado judicial restringe-se, unicamente, no plano temporal, às diligências que devem ser executadas “durante o dia” (CF, art. 5º, XI, “in fine”), de tal modo que se reputará inconstitucional a execução, durante a noite, de qualquer determinação judicial, ainda que resultante de decisão proferida por esta Suprema Corte.

(...) o Estado, em tema de investigação policial ou de persecução penal, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar inadmissível ilícito constitucional. A circunstância de a polícia judiciária achar-se investida de poderes que lhe permitem investigar eventuais práticas delituosas não a exonera do dever de observar, para efeito do correto desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de esses órgãos incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral. Tenho para mim, presente o contexto em causa, que os agentes policiais transgrediram a garantia individual pertinente à inviolabilidade domiciliar, tal como instituída e assegurada pelo inciso XI do art. 5º da Carta Política, que representa expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, oponível, por isso mesmo, aos próprios órgãos incumbidos da persecução penal. Sabemos todos — e é

sempre oportuno e necessário que esta Suprema Corte repita tal lição — que a cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI) revela-se apta a amparar, também, qualquer “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (CP, art. 150, § 4º, III).

Humberto Ávila, ao conceituar diretrizes para a análise dos princípios constitucionais, professa que a leitura da Constituição deve ser norteada pela concatenação de seus dispositivos com os princípios fundamentais que lhe dão esteio<sup>[12]</sup> (no caso em comento, com o princípio constitucional da vedação de provas ilícitas).

A Carta de Outubro ressalva que a inviolabilidade domiciliar pode ser relativizada durante o período noturno tão somente nos casos de flagrante delito e de prestação de socorro, ao mesmo tempo em que resguarda a entrada forçada no recinto, em qualquer outra hipótese, apenas durante o dia, ainda que por autorização judicial.

Logo, a expressão “durante o dia” não pode ser relegada, especialmente quando esta delimita um direito fundamental do cidadão em face do próprio Estado, valendo-se da premissa de que as disposições devem ser interpretadas de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa. Conforme o professor Raimundo Bezerra Falcão:

De fato, o princípio tradicionalmente conhecido é de que, na lei, inexistem palavras inúteis. Todas ali estão, como de resto, na linguagem em geral, para servir de objeto à produção de sentido. Não é propriamente que a palavra tenha, em si e por si, força operativa. Nesse ponto, o brocardo incorre numa impropriedade merecedora de ajustes, porque o sentido é operado no objeto por causa do espírito do sujeito. Mas o certo é que as palavras estão postas no texto como uma provocação ao sujeito interpretante, para que ele extraia delas os sentidos que estão aptas a propiciar que esse mesmo intérprete capte. Não se encontram ali por mero enfado

ou capricho, mas para servir ao sentido, que tem no espírito do intérprete sua usina e complemento de produção.[\[13\]](#)

Analisando-se excerto bastante didático do Informativo nº 584 do Supremo Tribunal Federal, vê-se que o argumento utilizado em defesa da corrente anterior, qual seja, o da impossibilidade de instalação da escuta ambiental em plena luz do dia, sob pena de completo fracasso do resultado prático da medida, é rebatido com a proposta de outras possibilidades para o momento da instalação, no escopo de não violar o dispositivo constitucional sob análise:

(...) os organismos policiais podem executar, sem qualquer transgressão a direitos e garantias fundamentais, a ordem judicial destinada a introduzir, em determinado espaço privado amparado pela garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, aparelhos de escuta ambiental, fazendo-o, por exemplo, sempre durante o dia, em períodos em que o escritório profissional esteja fechado, como aos sábados ou domingos. Esse, contudo, é um problema meramente operacional, mas que, se enfrentado de maneira adequada, evitará a prática inaceitável de desrespeito, pelos agentes estatais, a uma garantia constitucional tão cara à liberdade das pessoas. É preciso respeitar os direitos e prerrogativas que a Constituição da República estabelece em favor de qualquer pessoa sob persecução penal. A execução de ordens judiciais não pode transgredir o regime das liberdades públicas, sob pena de gravíssima ofensa à autoridade suprema da Constituição de nosso País. Note-se, portanto, seja com apoio no magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, seja com fundamento nas lições da doutrina, que a transgressão, pelo Poder Público, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas em favor dos cidadãos — inclusive daqueles a quem se atribuiu suposta prática delituosa — culminará por gerar gravíssima consequência, consistente no reconhecimento da ilicitude da prova

eventualmente obtida no curso das diligências estatais. Isso, uma vez ocorrido, provocará, como direta conseqüência desse gesto de infidelidade às limitações impostas pela Lei Fundamental, a própria inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim coligidos.<sup>[14]</sup>

Portanto, a utilização de meios de prova outros, tais quais interceptação telefônica, busca e apreensão, ou até mesmo a instalação de escutas durante o dia aos fins de semana, podem ser consideradas como alternativas viáveis à obtenção dos subsídios desejados ao longo das diligências investigativas.

### **Conclusão**

A caracterização de uma prova como ilícita, não raro, inclui-se entre os caminhos mais árduos da ciência processual, em virtude da ponderação dos valores eventualmente em conflito.

A escuta ambiental, como meio de obtenção de prova, mostra-se de extrema eficácia nos procedimentos investigatórios utilizados pela máquina estatal, mostrando-se mais efetiva, de regra, do que as interceptações telefônicas ou buscas e apreensões realizadas nos escritórios de advocacia.

Por sua vez, referidos escritórios, porquanto caracterizados como domicílios profissionais, estão albergados pelo manto protetor da inviolabilidade domiciliar durante o período noturno, garantida pelo inciso XI, art. 5º, da Constituição Federal, mesmo diante de autorização judicial.

Ademais, os advogados, indispensáveis na escorreita administração da justiça, igualmente são dotados da garantia de inviolabilidade dos atos e manifestações proferidas no exercício de sua profissão. Tal inviolabilidade, nada obstante, não é inquebrantável, não podendo ser o conjunto de garantias indevidamente utilizado, a servir como escudo ou manto protetor para a prática de crimes.



Uma vertente argumentativa, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, encampa o entendimento de que os elementos probatórios produzidos em tais circunstâncias são lícitos e, conseqüentemente, devem ser admitidos, seja pela impossibilidade da operacionalização de tal proceder em plena luz do dia, seja pelo caráter relativo dos direitos fundamentais.

Ocorre que o Estado, na função de fiscalizador da sociedade, deve-se pautar por um ordenamento banhado pelos valores advindos da Norma Fundamental. Todos os dispositivos nela contidos devem ser interpretados de modo que os direitos e garantias individuais sejam levados à máxima efetividade, para que resistam às arbitrariedades perpetradas.

Ao se permitir a inserção, em escritórios de advocacia, de ditos aparelhos de forma sorrateira, ao longo do período noturno, estar-se-ia violando frontalmente explícita regra constitucional.

Ademais, outras vias de obtenção de prova, mediante circunstanciada autorização judicial, poderiam ser utilizadas para fazer as vezes da inserção noturna dos aparelhos de captação ambiental, tais como: a realização de interceptação telefônica (a qual não necessita da invasão domiciliar para ser efetivada); busca e apreensão de documentos; inserção diurna das respectivas escutas ambientais nos escritórios durante os fins de semana (período em que a movimentação no ambiente profissional mostra-se menos intensa ou até mesmo inexistente), entre outras.

Assim, percebe-se que a instalação de aparelhos de escuta ambiental não é imprescindível para uma efetiva instrução probatória, principalmente quando referida instalação vai de encontro ao explicitamente lapidado em mandamento constitucional.

Não pode a máquina estatal, portanto, valer-se de todo e qualquer meio na busca de uma “verdade”, mesmo tendo como força motriz para tanto um interesse público subjacente, qual seja, o de reprimir condutas ilícitas. Logo, deve o Estado brasileiro pautar-se por um cabedal

de normas (regras e princípios) que traceje um limite a seu afã persecutório, estando este presente na Constituição Federal de 1988, documento imbuído de valores que erigem a dignidade da pessoa humana a um patamar superior, evitando-se, assim, um regresso a um extremismo próprio de Estados totalitários.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3.<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. **Hermenêutica**. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual: teoria, crítica e práxis**. 6. ed., Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Nulidades no Processo Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 6.<sup>a</sup> ed., 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. ed. Atlas: São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 20.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 1.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo-SP Malheiros Editores, 2008.

NOTAS:

[1] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. ed. Atlas: São Paulo, 2009, p. 131 e 132.

[2] FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini **Nulidades no Processo Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., 1997, p. 175.

[3] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica** (Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996). São Paulo: Saraiva. 1996, p. 5.

[4] FEITOZA, Denilson. **Direito processual: teoria, crítica e praxis**. 6. ed., Niterói: Impetus, 2009, p. 794.

[5] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 236.

[6] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 1—Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 370.

[7] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo-SP Malheiros Editores, 30ª edição, 2008, p. 437.

[8] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**., Salvador: Editora Juspodivm, 3ª ed, 2009, p. 684.

[9] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2ª ed., 2008, p. 289.

[10] MORAES, Alexandre de. **Constituição Do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 239.

[11] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. ed. Atlas: São Paulo, 2008, pág. 133.

[12] “Bem concretamente, isso significa (a) ler a constituição federal, com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise; (b) relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais; (c) tentar diminuir a vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que

possam, de forma direta ou indireta, restringir o âmbito de aplicação do princípio.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92.

[13] FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. **Hermenêutica**. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 265.

[14] Disponível em  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo584.htm>>  
Acesso em 22 de julho de 2017.

## A DEFENSORIA PÚBLICA COMO AMICUS CURIAE

**ALEX THIEBAUT MENEZES NUNES DA COSTA:**  
Advogado e Técnico Superior da Defensoria Pública do RJ. Pós Graduado em direito público e privado pelo ISMP-RJ.

**Resumo:** O presente artigo busca abordar a importância e a viabilidade das Defensorias Públicas (sejam Estaduais, Federal ou do Distrito Federal) atuarem como *Amicus Curiae* em âmbito nacional e internacional em casos relacionados às suas funções institucionais.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Legitimidade. Amicus Curiae. Ordenamento Jurídico Nacional e Internacional.

---

### INTRODUÇÃO

Após a Emenda Constitucional 80/2014, o art. 134, *caput*, da Constituição Federal foi alterado, para assim dispor: “*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, **a promoção dos direitos humanos** e a defesa, **em todos os graus**, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, **aos necessitados**, na forma do **inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal**”.*

Sempre que houver discussão a respeito de direitos das pessoas necessitadas, a Defensoria Pública tem o poder (dever) de participar ativamente de sua proteção.

Como já sedimentado unanimemente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI 3943/DF), a Defensoria Pública tem legitimidade para tutelar coletivamente o direito de hipossuficientes *lato sensu*, não ficando esta hipossuficiência adstrita ao aspecto financeiro, mas sendo extensiva ao organizacional, jurídico, técnico, etc.

Inúmeros são os exemplos de intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae*, tanto no ordenamento interno quanto no internacional, como será demonstrado.

Portanto, em que pese vozes minoritárias em sentido oposto, é extremamente salutar e desejável a participação desta instituição permanente como *amicus curiae*, expandindo a proteção dos direitos dos hipervulneráveis.

## DESENVOLVIMENTO

*Amicus curiae* é o agente que, mesmo sem ser parte, pode intervir em processo relevante, trazendo argumentos que contribuam para uma decisão mais justa e efetiva, tanto no ordenamento pátrio, como no sistema internacional (em especial o interamericano).

O Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 138, traz expressamente o *Amicus Curiae* com uma das espécies de intervenção de terceiros, colocando uma pá de cal nos debates quanto à natureza jurídica de tal instituto:

*Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.*

*§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.*

*§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.*

*§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.*

A despeito desta importante inovação legislativa, há tempos é reconhecida a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro, especialmente em processos que tramitem junto ao Supremo Tribunal Federal, através de previsões expressas nas Leis 9.868/99 (ADI/ADC) e 9.882/99 (ADPF).

São exemplos de atuação da Defensoria Pública junto aos Tribunais Superiores, sempre respeitando sua pertinência temática, ou seja, somente participando de ações que estejam de acordo com sua finalidade institucional [\[1\]](#):

**a) ADI 4.636:** *o Min. Gilmar Mendes admitiu a participação da Defensoria Pública de São Paulo como amicus curiae na ADI 4.636 na qual o Conselho Federal da OAB impugna dispositivos da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/94).*

**b) RE 580.963:** *o Min. Gilmar Mendes deferiu o pedido da DPU para atuar como amicus curiae no julgamento do RE 580.963 (sob a sistemática da repercussão geral). Esse recurso tratava sobre o caso de uma pessoa de baixa renda que teve o pedido de benefício assistencial negado pelo INSS pelo fato de, supostamente, ter renda incompatível. O pedido de intervenção da DPU fundamentou-se no fato de que uma das atribuições da Instituição é justamente a defesa dos hipossuficientes em causas previdenciárias.*

**c) ADPF 186:** *nesta ação, o Partido DEM questionava o sistema de cotas raciais da UnB. O Min. Relator Ricardo Lewandowski aceitou a participação da DPU como amicus curiae.*

**d) RE 631240 / MG - MINAS GERAIS:** *Trata-se de recurso extraordinário em que se discute se há ou não necessidade de prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação judicial previdenciária, no qual foi reconhecida repercussão geral. (...) Na mesma linha, admito o ingresso como amicus curiae do Defensor Público-Geral Federal, como representativo da tese defendida pelos segurados da Previdência Social.*

**e) REsp 1.111.566:** *discutia-se, em recurso repetitivo, se, no processo criminal contra o motorista acusado de embriaguez ao volante, poderiam*

*ser admitidos outros meios de prova além do bafômetro e do exame de sangue. A DPU foi admitida como amicus curiae.*

**f) REsp 1.133.869:** *recurso repetitivo envolvendo demanda envolvendo mutuário do SFH e a empresa seguradora, por ter esta negado a cobertura securitária pretendida. Foi aceito o ingresso da DPU no feito sob o argumento de que ela tem atuação preponderante na defesa dos consumidores e hipossuficientes.*

**g) REsp 1.339.313:** *o recurso versava sobre o prazo prescricional para o ajuizamento das ações de repetição de indébitos de tarifas de água e esgoto. DPU foi igualmente admitida como amiga da corte.*

**h) REsp 1185583 / SP:** *É possível o ingresso do Estado de São Paulo e da Defensoria Pública da União como amicus curiae em recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos no qual se discute a possibilidade de imissão provisória na posse de imóvel desapropriado sem a necessidade de prévia avaliação judicial, haja vista que os referidos entes podem a vir a sofrer, em demandas sobre a mesma controvérsia, os efeitos da presente decisão e, além disso, a participação do amicus curiae tem por escopo a prestação de elementos informativos à lide, a fim de melhor respaldar a decisão judicial.*

Além de inúmeros precedentes nos tribunais pátrios, a Defensoria Pública também atuou em paradigmáticos casos junto à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, consequência natural da função institucional prevista no art. 4º, VI, da Lei Complementar Federal 80/1994:

*Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:*

*VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;*

O Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos [2], a cuja jurisdição o Brasil se submete, oportuniza a participação do *amicus curiae*, **conforme seu artigo 2.3:** *“a expressão “amicus curiae” significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula*



*considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência”.*

Segundo Diogo Esteves e Franklin Roger<sup>[3]</sup>:

*“O processo de incorporação de relevantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos revela o alinhamento do Brasil à sistemática internacional de tutela do indivíduo, inovando e reforçando o universo de direitos nacionalmente consagrados.*

*No entanto, o grande desafio atual se concentra na implementação prática e na defesa cotidiana desses direitos humanos. Afinal, de nada adianta formalizar a previsão normativa de direitos se não forem instituídos mecanismos práticos e efetivos que garantam sua proteção. (...)*

*Por restar constitucionalmente incumbida de prestar a assistência jurídica aos necessitados, a Defensoria Pública conserva permanente contato com a população carente e marginalizada, possuindo melhores condições de identificar eventuais violações aos direitos humanos – que, via de regra, ocorrem justamente em face dos desprovidos de fortuna. (...)*

*Quando a Defensoria Pública atuar na defesa de direitos humanos coletivamente considerados, essa função institucional terá natureza eminentemente atípica. Desse modo, não importará a condições econômica do grupo juridicamente beneficiado”*

Assim, há exemplos importantes, como a participação da Defensoria Pública de São Paulo na condição de *amicus curiae* no caso Favela Nova Brasília x Brasil, em que o estado brasileiro foi condenado em fevereiro de 2017, conforme trecho abaixo: <sup>[4]</sup>

*“A esse respeito, várias peritagens e declarações testemunhais anexadas ao presente caso, **bem como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo destacou em seu escrito de amicus curiae**, mostraram que no Brasil tornou-se uma prática habitual em que os relatórios sobre mortes ocasionadas pela polícia se registrem como “resistência seguida de morte”, e que no Rio de Janeiro se use a expressão “auto de resistência” para referir-se ao mesmo fato. De acordo*

*com a Defensoria Pública, esse é o cenário ideal para os agentes que pretendem dar aspecto de legalidade às execuções sumárias que praticam”*

Outro exemplo recente é a participação da Defensoria Pública da União como *amicus curiae* na proteção ao acesso a direitos das pessoas trans no Brasil, após consulta formulada pela Costa Rica, que em documento enviado à Corte Interamericana[5]:

*“defendeu que se adote “o paradigma da desbiologização da identidade”, e ressaltou que o memorial “não se perfaz como um burocrático parecer técnico, mas, sobretudo busca incorporar as reivindicações e representações que espelham um histórico de lutas pelo reconhecimento de direitos de vários segmentos LGBTI.*

*e manifestou, ainda, no sentido de que os Estados devem garantir às pessoas trans o direito de retificação do nome e do gênero no registro civil e nos documentos pessoais, o que deve ser feito pela via administrativa, independentemente de processo judicial. Afirmou, também, que a retificação não deve ser condicionada a tratamento hormonal ou cirurgia prévios, intervenções médicas que devem ser de livre escolha das pessoas trans”*

Portanto, não deve haver espaço para críticas quanto à intervenção da Defensoria Pública na qualidade de *amicus curiae*, eis que inequívoca sua contribuição para proteção à dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Conforme todo o supracitado, não restam dúvidas a respeito da legitimidade ativa da Defensoria Pública para figurar como *Amicus Curiae*, sempre que o direito tutelado tiver relação com suas funções institucionais. Esta participação, seja em âmbito interno ou internacional, contribui para efetivação do acesso à justiça e dos direitos dos hipossuficientes.

## REFERÊNCIAS

[1] Pesquisa realizada através do site [www.dizerodireito.com.br](http://www.dizerodireito.com.br) em março de 2017

[2] [http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf)

[3] Princípios Institucionais da Defensoria Pública / Franklin Roger, Diogo Esteves. – 2 ed. – ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[4] [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_333\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf)

[5] <http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/35633-dpu-protocola-memorial-de-amicus-curiae-a-corte-idh-em-favor-de-pessoas-trans>

## DEFINIÇÃO DO ASPECTO ESPACIAL DO ISS EM COTEJO COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

GUSTAVO BEDÊ AGUIAR: Advogado.

### 1. INTRODUÇÃO

O direito tributário, como é cediço, é informado pelo princípio da legalidade estrita, segundo o qual todos os elementos da norma tributária impositiva devem estar previstos na lei, de modo a conferir, ainda que apenas em caráter ideológico, a ideia de consentimento da população com a tributação, uma vez que a lei é aprovada pelos representantes políticos escolhidos livremente pelos cidadãos.

Sobre a temática, revelam-se valiosas as lições de Eduardo Sabbag, *in verbis*:

*“O princípio da legalidade é multissecular, com previsão inaugural na Carta Magna inglesa, de 1215, do Rei Joao Sem Terra. À época, a nobreza e a plebe, reunindo esforços e se insurgindo contra o poder unipessoal de tributar, impuseram ao príncipe João um estatuto, visando inibir a atividade tributária esmagadora do governo. Em outras palavras, objetivaram impor a necessidade de aprovação prévia dos súditos para a cobrança dos tributos, do que se irradiou a representação “no taxation without representation”.*<sup>[1]</sup>

Por oportuno, é de rigor a transcrição das lições de Sérgio Pinto Martins, a saber:

*“Locke já entendia que o pagamento de impostos, em que se utilizava parte do patrimônio do particular para custear a manutenção do Estado, devia ser consentido, feito com a aprovação da maioria, diretamente ou por meio de representantes eleitos. Se alguém pretender exigir tributo por sua própria autoridade, sem o consentimento do povo, estará afrontando a lei fundamental da propriedade e subvertendo a finalidade do governo.”*<sup>[2]</sup>

Segundo a regra matriz de incidência tributária - tema brilhantemente desenvolvido pelo Professor Paulo de Barros Carvalho -, para que seja respeitado o princípio da legalidade, deve ser possível inferir da norma tributária três aspectos

antecedentes (espacial, temporal e material) e dois aspectos consequentes (pessoal e quantitativo).

À vista dos estreitos objetivos do presente trabalho, cumpre restringirmos à definição do elemento espacial da norma tributária.

O critério espacial é, como a própria nomenclatura deixa transparecer, o espaço geográfico juridicamente delimitado em que deve ocorrer o fato gerador da obrigação tributária principal. Nesse aspecto, cabe ao legislador apontar em que lugar deverá ser praticada a conduta descrita na norma tributária abstrata para que surja a obrigação de pagar tributo.

O tema ganha especial importância quando se trata do imposto municipal incidente sobre a prestação de serviço, posto que é bastante comum, considerando a proximidade geográfica existente entre os municípios e o avanço tecnológico, que o serviço seja prestado por fornecedor estabelecido em um determinado município para um consumidor domiciliado em outro.

A repercussão prática dessa questão é indiscutível. É que a opção legislativa do critério espacial resultará na definição da entidade federativa credora do montante de tributo devido pela prestação do serviço.

## **2. DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO LEGISLADOR E DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Inicialmente, a opção legislativa restou insculpida no Decreto-Lei nº 406/68, o qual estabeleceu, como regra, que a competência para tributar seria do ente do local do estabelecimento do prestador do serviço. Como exceções, o aludido ato normativo trouxe o serviço de construção civil e o de exploração de rodovias.

A disciplina legal acima sofreu algumas mudanças com o advento da Lei Complementar nº 116/2003, a qual manteve a regra de que o sujeito ativo do ISS é o município do local do estabelecimento do prestador do serviço (art. 3º). Porém, houve um incremento significativo do rol de exceções, que passou a contar com vinte e duas hipóteses.

Nesse ponto, é interessante observar que a referida Lei Complementar definiu qual local deve ser considerado como o do estabelecimento do prestador. Assim, é de rigor a transcrição do dispositivo em comento:

*Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas. (sem grifos no original)*

Dessa forma, vê-se que o legislador almejou afastar a ideia de simples local físico para definição do local do estabelecimento do prestador, aduzindo que deve se considerar o lugar em que a atividade é desenvolvida temporária ou permanentemente, desde que configure uma unidade econômica ou profissional.

Ocorre que, julgando casos concretos envolvendo o aspecto espacial do imposto sobre serviço, notadamente em relações jurídicas estabelecidas em razão do serviço de arrendamento mercantil, o Superior Tribunal de Justiça fincou entendimento no sentido de que é no local da efetiva ocorrência do fato gerador (prestação do serviço) que se encontra o município competente para instituir e cobrar o tributo.

Nesse sentido, cabe colacionar julgado do STJ submetido à sistemática de recursos repetitivos:

*RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. QUESTÃO PACIFICADA PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE 592.905/SC, REL. MIN. EROS GRAU, DJE 05.03.2010. SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LEI 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LEASING. CONTRATO COMPLEXO. A CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO É O NÚCLEO DO SERVIÇO NA OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO, À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF. O SERVIÇO OCORRE NO LOCAL ONDE SE TOMA A DECISÃO*

*ACERCA DA APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO, ONDE SE CONCENTRA O PODER DECISÓRIO, ONDE SE SITUA A DIREÇÃO GERAL DA INSTITUIÇÃO. O FATO GERADOR NÃO SE CONFUNDE COM A VENDA DO BEM OBJETO DO LEASING FINANCEIRO, JÁ QUE O NÚCLEO DO SERVIÇO PRESTADO É O FINANCIAMENTO. IRRELEVANTE O LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, DA ENTREGA DO BEM OU DE OUTRAS ATIVIDADES PREPARATÓRIAS E AUXILIARES À PERFECTIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA, A QUAL SÓ OCORRE EFETIVAMENTE COM A APROVAÇÃO DA PROPOSTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. PREJUDICADA A ANÁLISE DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 148 DO CTN E 9 DO DL 406/68. RECURSO ESPECIAL DE POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC PARA EXIGIR O IMPOSTO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 8/STJ.*

*(...)*

*6. Após a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo.*

*7. O contrato de leasing financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116//203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento.*

*(...)*

*12. Recurso Especial parcialmente provido para definir que: (a) incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o*

*Município da sede do estabelecimento prestador (art.12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo; (d) prejudicada a análise da alegada violação ao art. 148 do CTN; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Município de Tubarão/SC para a cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.*

*(REsp 1060210/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 05/03/2013)*

O julgado citado acima, a despeito de não contrariar o regramento previsto na Lei Complementar 116/03, impulsionou julgados no mesmo sentido, mas fora do contexto da prestação do serviço de arrendamento mercantil. Vejamos:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ISSQN. MUNICÍPIO COMPETENTE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.060.210/SC, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC.*

*(...)*

*2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, firmou a orientação de que: "[...] (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo".*



3. Ao contrário do que se possa imaginar, as premissas estabelecidas nesse precedente aplicam-se a todos os casos que envolvam conflito de competência sobre a incidência do ISSQN em razão de o estabelecimento prestador se localizar em municipalidade diversa daquela em que realizado o serviço objeto de tributação.

(...)

(AgInt no REsp 1571638/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017)

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ATIVA. FIXAÇÃO. AFIRMAÇÃO, CONTIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO, DE QUE HÁ, EFETIVAMENTE, UNIDADE DA EMPRESA NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REEXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

*I. Uma vez afirmado, no acórdão recorrido, que, no local da prestação do serviço, existe, efetivamente, uma unidade da empresa, de modo a atrair a competência tributária ativa para o Município da execução, em detrimento daquele em que sediada a empresa, a matéria não mais pode ser reexaminada, em sede de Recurso Especial, dada a vedação contida na Súmula 7 do STJ.*

*II. Com efeito, na forma da jurisprudência, "o Tribunal a quo consignou que foi criada uma unidade profissional específica para a prestação de serviço no Município Rio Acima-MG, o que atraiu a competência deste para a cobrança do ISSQN. (...) Conclusão diversa da alcançada pelo julgado exige interpretação de cláusulas contratuais e reexame das provas e dos fatos, o que, a rigor, é obstado na via especial, conforme Súmulas 5 e 7/STJ" (STJ, AgRg no AREsp 413.578/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014).*

*III. Agravo Regimental improvido.*

(AgRg no AREsp 560.961/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016)

*TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇO DE INFORMÁTICA. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.*

*1. Nas razões de recurso especial, a ora agravante defendeu a tese de que o ISS seria devido no município do local da sede da prestadora de serviço, afirmando, ainda, que a agravada não teria comprovado ter sede ou filial em município diverso. Em razão disso, deve mesmo incidir o óbice da Súmula 7/STJ, ante a necessidade de revolvimento de fatos e provas para se chegar à conclusão pretendida pelo recorrente.*

*2. Ademais, o Tribunal a quo decidiu em conformidade com a jurisprudência firme desta Corte superior de que o município competente para a cobrança do ISS, após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 116/03, é aquele da ocorrência do fato gerador, ou seja, da prestação do serviço. Precedentes: AgRg nos EAg 1318064/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 03/09/2015; AgRg no REsp 1413777/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015; AgRg no REsp 1539707/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 14/10/2015.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(AgRg no REsp 1143574/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016)*

Por fim, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades que teve para se manifestar sobre a matéria, asseverou que o tema se restringia à interpretação de normas infraconstitucionais, de modo que não possui competência para apreciar a matéria suscitada, senão vejamos:

*EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING FINANCEIRO. SUJEIÇÃO ATIVA. LOCAL DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

*QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. RECURSO MANEJADO EM 1º.6.2016. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a matéria atinente à definição do sujeito ativo competente para a cobrança do ISS, nas operações de arrendamento mercantil, possui natureza infraconstitucional. Inexistência de repercussão geral no AI 790.283-RG/DF. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro em 10% (dez por cento) os honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015. 4. Agravo regimental conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. (ARE 962264 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016)*

*Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ISS. COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAÇÃO. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OU DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR DO SERVIÇO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, não há repercussão constitucional imediata da controvérsia sobre a definição do sujeito ativo competente para cobrança do ISS, e, portanto, não há repercussão geral da discussão concernente à referida matéria. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 855448 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016)*

### **3. CONCLUSÃO**

Diante do exposto, pode-se concluir que o entendimento que se consolidou no Superior Tribunal de Justiça foi o de que o sujeito ativo do imposto sobre serviço é aquele no qual é efetivamente prestado o serviço, fato gerador do

tributo, desde que neste exista unidade econômica ou profissional do prestador do serviço, salvo as exceções previstas nos incisos I a XXII do art. 3º da LC 116/2003.

NOTAS:

[1] SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 4ª ed. atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 63.

[2] MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual de Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, pag. 60.

## **VIOLÊNCIAS ESTRUTURAIS: UM ESTUDO COMPARATIVO DE MECANISMOS LEGAIS RELACIONADOS AO FEMINICÍDIO NO BRASIL E NO MÉXICO**

**NAYLA GOMES:** Graduanda em Direito.  
Universidade de Brasília (UnB).

### **1. Introdução**

A maior parte das leis penais é ou foi, até um passado recente, neutra quanto às questões de gênero. É visível que os legisladores, de forma geral e principalmente no que diz respeito aos direitos das mulheres, atendem ao paradigma tradicional e patriarcal nos momentos de construção da lei. Como consequência, frequentemente os sofrimentos e especificidades de casos femininos são ignorados em tais matérias. Esse quadro é ainda mais agravado pelo fato de as demandas por equidade entre os gêneros e o debate sobre este tema serem relativamente novos e, conseqüentemente, a expressão dessa problemática no Direito Penal ainda não ser extensiva nem adequadamente abordada e apreciada (CHIAROTTI, 2011).

A escolha do México como critério e caso comparativo a ser analisado neste artigo se deu pelo fato de terem se dado nesse país, de forma inovadora e revolucionária, as primeiras discussões sobre os conceitos de femicídio e de feminicídio na região da América Latina, bem como o espalhamento geográfico de tais conceitos. Não obstante, a enorme prevalência de crimes assim caracterizados no país também chama a atenção e convida a uma reflexão sobre a eficácia real de mecanismos penais.

### **2. Femicídio ou feminicídio?**

Primeiramente, é interessante pontuar possíveis diferenças conceituais entre os termos feminicídio e femicídio presentes no entendimento bibliográfico geral. De acordo com as Diretrizes Nacionais de Feminicídio (2016), ambas as expressões são utilizadas para denominar mortes violentas de mulheres e não há consenso na literatura quanto ao nível de aproximação e distanciamento entre elas. É importante ressaltar que tal diferenciação não é absoluta e por vezes considera-se que são termos sinônimos. Em um contexto prático, a diferenciação é quase inexistente

e/ou não altera de forma significativa os efeitos dessa caracterização (CHIAROTTI, 2011; PASINATO, 2011).

Dessa forma e com o objetivo de conseguir traçar uma separação fática entre os dois termos em nível teórico, pode-se assumir como diferenciação basilar e mais proeminente aquela feita puramente pela área da linguística. Neste sentido e em se tratando de uma tradução simples dos termos *femicide* (do inglês e língua-materna da palavra) e *femicídio* (advindo do castelhano, língua na qual se deu sua difusão) para a língua portuguesa, a noção de femicídio faria referência apenas ao assassinato de mulheres sem quaisquer influências do ser mulher, enquanto feminicídio traria em si uma concepção de crime motivado por diferenciação de gênero (PASINATO, 2011).

### 3. Brasil

No Brasil, em se tratando de tipificação de feminicídio, deve-se observar o entendimento da Lei 13.104, sancionada em março de 2015. Tal lei introduziu alterações no Código Penal Brasileiro no sentido de incluir o feminicídio no rol de qualificadores do crime de homicídio, bem como estabelecê-lo enquanto uma modalidade de crime hediondo. Como consequência, em se tratando da letra da lei, a Lei 11.340 mudou o entendimento anterior do artigo 121 do Código Penal. A lei entende, porém, que é necessária condição de violência doméstica e familiar, ou seja, vínculo entre o agressor e a agredida. Também há possibilidade de aumento de pena de um terço até a metade, a depender das condições da vítima (gravidez, pessoa menor de 14 anos ou maior de 60 anos, presença de ascendente ou descendente).

A Lei 11.340/06 – popularmente conhecida como Maria da Penha – não faz referência explícita ao feminicídio, por outro lado, mas também se mostra muito importante para a diminuição das lacunas entre os gêneros no Brasil. Esse fato é evidenciado pelos tipos de violência descritos em seu artigo 7º, que fogem do paradigma tradicional de violência física e sexual.

Segundo sua ementa, a Lei Maria da Penha

cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de

Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2006).

Isto posto, verifica-se que o objetivo de ambas as leis supracitadas é disciplinar as condutas ocorridas contra a mulher em ambiente doméstico, por pessoas de seu convívio e não de forma geral. Destarte, conclui-se que as hipóteses de aplicação do feminicídio no Brasil são restritas e podem não abarcar todas as formas de violência de gênero existentes.

Também vale ressaltar, em âmbito terminológico, que a nomenclatura do tipo adotada no Brasil é majoritariamente a de feminicídio. Também é este o vocabulário determinado no tipo e utilizado na legislação.

#### 4. México

É interessante retomar a ideia aludida anteriormente de que ocorreu no México - em decorrência do significativo número de mortes violentas de mulheres - o fomento inicial para o emprego e a discussão do termo feminicídio pela América Latina. Como consequência, foram engendradas também nesse país as primeiras iniciativas de incorporação do feminicídio por um código penal em toda a região (BRASIL, 2016; CHIAROTTI, 2011; GARITZA VILCHEZ, 2013).

Até 2012, cabia destacar no México a existência da Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, que descreve de forma bastante ampla em seu artigo 21 o delito de feminicídio. O destaque do país quanto a essa matéria estava no fato de que se caracterizava o delito sem, para tanto, estabelecer punições ou sanções para possíveis transgressões. Tal lei também prevê, de forma bastante parecida à Lei Maria da Penha, o ressarcimento em várias modalidades dos danos sofridos pelas mulheres mexicanas em condição de violência, conforme verificável em seu artigo 26 (MÉXICO, 2012; GARITZA VILCHEZ, 2013).

Em junho de 2012, o feminicídio foi tipificado através de reforma no Código Penal Federal mexicano, modificando o conteúdo seu artigo 325, que atualmente aborda as diferentes possibilidades de conduta que caracterizam esse tipo. As penas instauradas foram as de reclusão entre 40 e 60 anos e de 500 a 1000 dias multa, além da perda de direitos do agressor em relação à vítima, inclusive os sucessórios.

Pela nova redação dada à lei mexicana, entende-se que a existência de vínculo entre vítima e agressor é uma das formas possíveis de caracterização de feminicídio. Entretanto, contrariamente ao caso brasileiro, a letra de lei não se restringe a tal possibilidade, abrangendo e dando margem para uma interpretação mais ampla da questão. Por conseguinte, o Código Penal mexicano se mostra, em teoria, mais eficiente e flexível a fim de proteger as mulheres frente às múltiplas situações em que é possível a ocorrência de homicídio de pessoas do gênero feminino advindo desta característica específica.

No que se refere à nomenclatura, a experiência mexicana tem como uso majoritário o termo *femicidio*, tendo em vista sua prevalência no idioma castelhano. Quanto ao tipo, a legislação mexicana também tem como padrão o uso do vocábulo *feminicidio* (GARITZA VILCHEZ, 2013).

## 5. Considerações finais

Percebe-se que o ordenamento mexicano é mais sofisticado e menos ligado ao paradigma tradicionalista de contexto familiar que o brasileiro, além de prever uma penalização mais rígida para o crime.

A tipificação e a punição da conduta de feminicídio são essenciais não só para o fim de promover a justiça e diminuir a recorrência da impunidade, grande marco dos crimes cometidos contra pessoas do gênero feminino. Tal especificação também é importante para o entendimento adequado das necessidades e para a implementação eficaz de políticas públicas e medidas de proteção que preservem a vida das mulheres.

Tomando como parâmetro o próprio caso mexicano, em que a discussão sobre femicídio foi o ponto de partida para o surgimento de uma nova forma de pensar as relações de gênero, é factível supor que a tipificação e a implementação



de medidas pode significar o início de uma nova reflexão que, em longo prazo, pode levar a uma nova configuração social menos prejudicial para as mulheres.

## 6. Bibliografia:

BRASIL. **Lei n. 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: . Acesso em 10 out. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.104**, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e o art. 1º da Lei nº8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: . Acesso em 10 out. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Diretrizes nacionais de femicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: 2016. 132p.

CHIAROTTI, S. **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/femicídio**. Lima: CLADEM. 2011.

GARITZA VILCHEZ, Ana Isabel. **La regulación del delito femicidio/femicidio em America Latina y el Caribe**. Cidade do Panamá: 2013.

MÉXICO. **Violencia feminicida en México**: características, tendencias y nuevas expresiones en las entidades federativas, 1985-2010. 1. ed. Cidade do México: 2012. 208p.

MÉXICO. **Código Penal Federal**, de 14 de agosto de 1931. Regula a legislação relacionada a crimes e penas. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2016.

PASINATO, Wânia. **Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil**. *Cadernos Pagu* [online]. 2011, nº 37, p. 219-246.

## **A ATIPICIDADE DO ABORTO ATÉ O 1º TRIMESTRE DA GESTAÇÃO E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

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

**RESUMO:** O presente artigo discorre sobre a decisão no HC 124306 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em que citou uma possível mudança de entendimento da jurisprudência acerca da atipicidade do crime de aborto quando realizado até o 3º mês da gestação.

**SUMÁRIO:** 1. CONCEITO DE ABORTO 2. ESPÉCIES DE ABORTO 3. EXCEÇÕES A TIPIFICAÇÃO DO ABORTO 4. REQUISITOS PARA A ATIPICIDADE DO ABORTO ATÉ O 3º TRIMESTRE 5. DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES 6. STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO DURANTE A FASE INICIAL DA GESTAÇÃO 7. CONCLUSÃO 8. REFERÊNCIAS

**Palavras chave:** Aborto. Código Penal. Supremo Tribunal Federal. Princípio do impacto desproporcional.

---

### **1. CONCEITO DE ABORTO**

Aborto é a interrupção da vida intrauterina, com a destruição do produto da concepção. Assim, tem-se como o termo inicial de quem pratica o aborto o início da gravidez. Desta forma, seria a partir da fecundação a partir do ponto de vista biológico. No entanto, na esfera jurídica, prevalece a posição de que a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio.

Deve-se ressaltar que não tem importância jurídica para a tipificação do crime de aborto, se a gravidez é natural ou não (inseminação artificial).

### **2. ESPÉCIES DE ABORTO**

Com relação às espécies de aborto, segundo Rogério Sanches, existem:

- 1) Aborto natural: interrupção espontânea da gravidez, normalmente causada por problemas de saúde da gestante.
- 2) Aborto Acidental: decorrente de acidentes em geral e, por isso, em regra, atípico.

- 3) Aborto Criminoso: tipificado nos Código Penal (CP)
- 4) Aborto Legal ou permitido: previsto no art. 128 do CP, incluídas interpretações extensivas.
- 5) Aborto Miserável ou econômico-social: praticado por razões de miséria, incapacidade financeira de sustentar uma vida futura;
- 6) Aborto Eugenésio ou eugênico: praticado em face dos riscos comprovados de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas (exculpante não reconhecida pela nossa lei, exceto no caso dos abortos de fetos anencéfalos que a jurisprudência reconheceu sua possibilidade).
- 7) Aborto *Honoris Causa*: praticado para interromper gravidez extraconjugal.
- 8) Aborto Ovular: realizado até a 8ª semana de gestação.
- 9) Aborto Embrionário: realizado até a 15ª semana de gestação.
- 10) Aborto Fetal: praticado após a 15ª semana de gestação.

### **3. EXCEÇÕES A TIPIFICAÇÃO DO ABORTO**

O art. 128 do Código Penal estabelece as possibilidades de aborto em que não há a tipificação do crime:

- 1) Aborto necessário ou terapêutico: realizado para salvar a vida da gestante;
- 2) Aborto humanitário, sentimental, ético ou piedoso: gravidez decorrente do crime de estupro e a gestante ou o representante, quando incapaz a gestante, consente com o aborto.

No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça recentemente decidiu pela atipicidade de outros dois casos de aborto. São eles:

- 1) Interrupção da gravidez de feto anencéfalo: através do julgamento da ADPF 54/DF, criou uma nova exceção nos casos de fetos com problemas físicos específicos (Plenário. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12/4/2012).
- 2) Interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação: a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 124306, mencionou a possibilidade de se admitir a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocado pela própria gestante (art. 124) ou

com o seu consentimento (art. 126) também não seria crime (HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Info 849).

#### **4. REQUISITOS PARA A ATIPICIDADE DO ABORTO ATÉ O 3º TRIMESTRE**

De acordo com o decidido no HC 124306 citado, o Min. Roberto Barroso, decidiu que, para ser compatível com a Constituição, a criminalização do aborto deve se atentar a proteger um bem jurídico relevante, o comportamento incriminado não pode constituir exercício legítimo de um direito, bem como deverá haver proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal. Desta forma, em não cumprindo qualquer desses requisitos, a tipificação do crime seria inconstitucional.

Assim, a prática do aborto até o 1º trimestre da gravidez pela gestante ou com seu consentimento não poderia ser tipificado como crime, já que o comportamento incriminado seria um exercício legítimo de um direito fundamental e, além disso, não haveria proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

A tipificação do aborto ofende os direitos fundamentais das mulheres, com reflexos sobre a sua dignidade humana. A mulher que realiza um aborto, o faz por se encontrar diante de uma decisão trágica e não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente.

Desta forma, a mulher que pratica o aborto age de forma legítima, sendo também, por via de consequência, legítima a conduta do profissional de saúde que a viabiliza. Se assim não fosse entendido, a mulher teria que fazer o eventual aborto em clínicas clandestinas onde a salubridade é bem duvidosa ou, pior ainda, realizar o autoaborto através de medicamentos que tem um alto grau de risco à sua própria saúde, como por exemplo, pelo uso de Misoprostol, o qual originalmente foi criado para a prevenção e tratamento de úlceras por inibir a secreção gástrica, no entanto, o medicamento passou a ser usado como abortivo.

Dentre os efeitos colaterais do aborto por uso de Misoprostol estão: hemorragias, dores abdominais, sangramentos, distúrbios menstruais, náusea e vômitos, podendo ocorrer perda de fertilidade e até a morte da gestante. Caso o

feto sobreviva, são grandes as chances de ele desenvolver lesões neurológicas ou malformações graves, como a Síndrome de Moebius.

## **5. DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES**

De acordo com o Min. Roberto Barroso em seu voto, “os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade”.

No entanto, os direitos fundamentais estão sujeitos a limites iminentes e a restrições expressas. Além disso, é possível que entrem em conflito entre si, que deve ser resolvido através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Com relação especificamente à criminalização do aborto, tal fato atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres com reflexos inevitáveis da gestação sobre a dignidade humana.

Dentre os direitos garantidos ao ser humano pela Constituição da República, está o direito a liberdade e a privacidade. Dele podemos destacar a autonomia que engloba a liberdade de escolhas básicas e decisões morais sem influência do Estado e da Sociedade a que, especialmente as mulheres gozam com relação ao seu corpo.

Todo indivíduo deve ter assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Em se tratando do caso da criminalização do aborto, a mulher tem suprimida a autonomia de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez.

Não é razoável que o Estado imponha a uma mulher com poucas semanas de gravidez que leve a gestação até o fim contra sua vontade. Segundo o voto do Min. Luís Roberto Barroso: “Isso significaria considerar como se este útero estivesse a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida.”.

A criminalização do aborto afeta tanto a integridade física quanto psíquica da mulher. Com relação à primeira, o corpo da mulher naturalmente passará pelas transformações, riscos e consequências da gravidez. Já a integridade psíquica da mulher é afetada por ser obrigada a fazer renúncias, assumir obrigações para a vida toda e dedicação a um outro ser. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher, e é justamente por conta disso que muitas mulheres preferem se submeter ao risco de responder criminalmente pelo crime de aborto do que gerar um filho não desejado.

Destaca-se que o aborto também viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher tendo em vista que, após anos de opressão, a mulher finalmente conquistou a liberdade de decidir quando deseja ter filhos e se quer ter filhos, sem discriminação, coerção e violência.

Desta forma, entendeu o Min. Luís Roberto Barroso no voto que “a criminalização do aborto afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada.”.

Ademais, além de todos os direitos violados citados, há a violação da igualdade de gênero. Isso porque é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, tendo em vista que o homem não engravida, somente haveria igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.

Ressalta-se que a criminalização do aborto atinge com mais gravidade as mulheres de camadas mais pobres, pois não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Desta forma, há um impacto desproporcional sobre as mulheres pobres.

Assim, o Estado retira da mulher a possibilidade de procedimentos médicos seguros. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. Ademais, essas mesmas mulheres pobres são as principais vítimas de autoabortos fracassados que trazem sérios riscos a suas vidas.

Desta forma, é evidentemente que a criminalização do aborto atinge o núcleo essencial dos direitos fundamentais das mulheres, bem como, viola a proporcionalidade já que ultrapassa os limites constitucionais toleráveis quanto à proteção da vida desse embrião. Ademais, como dito, as principais vítimas da criminalização do aborto são as gestantes pobres, caracterizando-se verdadeira discriminação social velada através de lei proposta pelo próprio Poder Legislativo.

## **6. STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO DURANTE A FASE INICIAL DA GESTAÇÃO**

A doutrina diverge, de forma que de um lado está quem sustenta que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecunde o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

Não há juridicamente uma solução para tal divergência dependendo sempre da religião ou escolha filosófica do intérprete.

No entanto, há consenso no que tange a necessidade do corpo da gestante para a subsistência do feto. Isso porque exista ou não vida a ser protegida independentemente da corrente a ser seguida, não há dúvidas de que esse embrião só subexiste dentro do corpo da gestante, eis que não é capaz de sobreviver autonomamente, pois não está integralmente formado.

## **7. CONCLUSÃO**

O direito penal deve ser utilizado apenas quando estritamente necessário, de modo que sua intervenção fique condicionada ao fracasso das demais esferas de controle de acordo com o princípio da intervenção mínima. Já de acordo com o princípio da lesividade, exige-se que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

O Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 124.306 analisado entendeu que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência não há que se falar em vida em sentido pleno. Assim, não haveria bem jurídico a ser tutelado, já que não se trataria de uma vida até os três meses.

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira,*



*impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.*

Em que pese a decisão ter sido muito importante para o progresso do direito penal brasileiro e mostrar uma tendência de descriminalizar o aborto em geral até o 3º mês, deve-se ressaltar que o STF, através da sua 1ª Turma, a tomou através do controle difuso de constitucionalidade e, portanto, por ter sido analisada no caso concreto, não tem caráter vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário.

Além disso, não houve a análise do mérito e o trancamento da ação penal por conta do aborto, mas tão somente a apreciação acerca da possibilidade de afastamento da prisão preventiva dos réus.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal agiu corretamente já que como a religião, as escolhas filosóficas ou as escolhas por razões pessoais do legislador interferem tão somente na sua própria esfera de coerção moral. Não há que se dizer em criminalização de condutas tão somente amorais. Embora o aborto possa ter caráter amoral para alguns, não seria suficiente para torná-lo criminoso. Deve imperar uma proporcionalidade entre os direitos fundamentais da mulher e do feto ainda sem sistema nervoso.

## 8. REFERÊNCIAS

**MIRABETE**, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2006.

**Machado**, Fabio. Os muitos riscos dos medicamentos abortivos, Disponível em: . Acesso em: 24/07/17.

**SANCHES**, Rogério Cunha. Manual de direito penal: parte especial. Bahia: JusPodivm, 2ª Ed., 2014

**Barroso**, Luis Roberto, Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy, 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>. Acesso em 25/07/17

## APONTAMENTOS SOBRE O PARECER JURÍDICO NA ADVOCACIA PÚBLICA

**MARCELO CAPISTRANO CAVALCANTE:** Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhuaguera-Uniderp. Advogado e Procurador Autárquico da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE.

**RESUMO:** A presente contribuição tem como objetivo traçar as primeiras linhas no estudo do parecer jurídico, mais precisamente daqueles lavrados no exercício da Advocacia Pública, sendo fundamental para o perfeito andamento da atividade administrativa. Em que pese a necessidade de utilização rotineira, há ainda certo desconhecimento ou inexperiência a respeito de sua estrutura, de seu conteúdo, e, principalmente, de sua relevância. É por meio de sua elaboração que se deve manifestar a devida apreciação jurídica tanto sobre assuntos rotineiros quanto aqueles de extrema complexidade. Independentemente do caso, a opinião jurídica abalizada e técnica é imprescindível para o bom funcionamento do Estado. Ademais, alguns apontamentos serão apresentados para a formulação da estrutura de um parecer exarado por um Advogado Público

**Palavras-chave:** Parecer jurídico. Advocacia Pública.

**Sumário:** Introdução; 1 Natureza jurídica do parecer exarado pelo Advogado Público; 1.1 Classificação dos pareceres; 2. Responsabilidade do parecerista; 3. Estrutura do parecer; 3.1 Caso prático; Conclusão; Referências bibliográficas.

---

### Introdução

De início, há de se esclarecer que a elaboração um parecer não é um ato privativo do exercício da Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça, seja porquanto é utilizada também por outras instituições, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, seja por também ser não raro utilizado na própria iniciativa privada, a exemplo de complexas consultas exaradas por escritórios de advocacia como manifestação de planejamento tributário pelo contribuinte.

Porém, de qualquer sorte, não se pode deixar de consignar que a atividade do Advogado Público, a par de sua função contenciosa, qual seja, de representar judicial e extrajudicialmente o ente público a qual se mantém vinculado, também exerce a imprescindível função de consultoria, de assessoramento do Poder Executivo, de regra, sendo essa a linha tracejada no presente trabalho.

Nesta toada, impõe a exposição da natureza jurídica do parecer, para, empós, classificá-lo a respeito de sua obrigatoriedade e vinculação ao setor solicitante.

Destarte, cumpre não só apresentar uma estrutura padronizada no processo de elaboração do parecer, mas também indicar a melhor maneira de expressar o conteúdo nele devido, não se esquecendo de que o parecer é uma manifestação jurídica àqueles, muitas vezes, desprovidos da respectiva formação, exigindo-se, portanto, uma linguagem simples e acessível, porém, ao mesmo tempo, não se admitindo uma escrita desidiosa ou simplória que nada esclarece.

## **1 Natureza jurídica do parecer exarado pelo Advogado Público**

Em linhas gerais, o parecer emite um juízo de valor qualificado, mais precisamente uma opinião jurídica abalizada a respeito de determinado tema de interesse da Administração, elaborado seja pela dúvida suscitada, seja também pela necessidade de sua emissão.

É, inquestionavelmente, ato administrativo, o qual, segundo Dirley da Cunha Júnior, “é espécie do gênero ato jurídico, regido pelo direito público, do qual se vale o Estado ou quem age em nome dele, para exprimir, unilateralmente, uma declaração de vontade, fundada na lei e voltada ao desempenho de funções administrativas na gestão do interesse coletivo”<sup>[1]</sup>.

Mais precisamente, o parecer jurídico apresenta-se como ato administrativo de natureza enunciativa, com a função de expressar determinada opinião, e, com isso, atestar ou reconhecer uma situação fática ou jurídica sob consulta. Segundo o autor acima destacado, os pareceres “simplesmente manifestam a opinião ou o conhecimento da Administração Pública sobre determinada situação fática ou jurídica, sem produzirem qualquer efeito jurídico imediato”<sup>[2]</sup>.

### **1.1 Classificação dos pareceres**

Uma vez exposta a natureza jurídica do parecer como ato administrativo enunciativo, cumpre esclarecer sua classificação com base

na necessidade de produzi-lo, bem como na existência ou não de observância obrigatória.

Primeiramente, tem-se que a classificação a ser utilizada baseia-se na exposta em paradigmático julgado do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa segue transcrita:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado

dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.<sup>[3]</sup>

Uma vez apresentada a ementa do julgado, percebe-se que há os pareceres ditos “facultativos”, os quais seriam aqueles advindos não de uma imposição legal, mas tão somente de uma dúvida suscitada pela repartição ou setor competente, sendo a grande maioria dos casos.

Isso porque o aspecto subjetivo da Administração, qual seja, o conjunto de pessoas que nela trabalham, não possuem a necessária formação jurídica para proceder a seu exercício funcional sem o surgimento de questões jurídicas relevantes. Daí a importância do suporte a ser deferido pelo Advogado Público para que a atividade administrativa não sofra solução de continuidade diante de cada questionamento jurídico enfrentado.

A título de exposição de pareceres facultativos, imagine-se a série de questionamentos relativos a servidor público, como, por exemplo, suas férias (período aquisitivo, termo inicial e final, possibilidade ou não de convocação, incidência ou não de contribuição previdenciária e de Imposto de Renda etc.).

Ademais, o parecer pode ser de natureza obrigatória, ou seja, sua emissão é compulsória, de modo que não se pode permitir o prosseguimento da atividade administrativa sem a correspondente manifestação jurídica.

Como exemplo, tem-se o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

Nesta toada, a própria lei impõe a necessidade de emissão da consultoria jurídica, de forma a dar maior substrato ao procedimento administrativo. No caso, haja vista ser obrigatório, o Administrador só poderá agir em desconformidade com o parecer lavrado caso haja manifestação jurídica opinativa exarada em parecer posterior, de modo a se resguardar. No caso do exemplo dado, o gestor somente poderá atuar

de maneira diversa ao determinado caso parecer superveniente ampare seu intento.

Por fim, há a figura do parecer vinculante, o qual, além de ser necessário (obrigatoriedade de sua emissão), é de observância compulsória (obrigatoriedade de seu conteúdo). É que, no caso, o processo passa a integrar o próprio ato administrativo, dele fazendo parte.

## **2 Responsabilidade do parecerista**

Consoante já afirmado acima, em que pese respeitável setor doutrinário e jurisprudencial já ter admitido o art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, como exemplo de parecer vinculante, e, portanto, de responsabilidade solidária do parecerista, prevalece o entendimento externado por José dos Santos Carvalho Filho:

Não nos parece correto, portanto, atribuir, a priori, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da Lei nº 8.666/1993 (Estatuto dos Contratos e Licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas. Essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção e só se legitima no caso de conduta dolosa, como já afirmado, ou por erro grosseiro injustificável. [4]

Sendo assim, o autor supra, ao concluir sobre o tema, dispõe que "a responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa"[5].

Em verdade, o que se aproximaria de um parecer vinculante (de emissão e observância obrigatórias) encaixa-se melhor no que se denomina de parecer normativo. Nas palavras de Matheus Carvalho:

Ademais, é possível a edição de pareceres normativos. Com efeito, o parecer jurídico nasce de

uma necessidade do administrador que, na maioria das vezes, o apresenta para uma determinada situação individual. Contudo, há ocasiões, em que este mesmo parecer pode tornar-se geral, e ser obrigatória a sua aplicação para todos os casos idênticos que passarem a existir. Ele é então denominado de parecer normativo. Nesses casos, o parecer terá caráter geral e abstrato se aplicando a todos os casos similares àquele que deu origem a sua edição[6].

Portanto, percebe-se que o entendimento majoritário, e que também confere maior independência técnica ao Advogado Público ao exarar o parecer, é no sentido de que somente haverá responsabilidade do respectivo parecerista se ele tiver atuado de forma dolosa, ou com erro grosseiro ao emanar o ato de opinião.

E tal raciocínio não poderia ser diverso, pois a emissão do respectivo parecer jurídico tão somente exterioriza uma opinião técnica a ser utilizada como guia ao Administrador, não o vinculando de regra, pois munido de discricionariedade (um juízo de valor eivado de conveniência e oportunidade) de seguir a opinião disposta ou não, e, a partir disso, exercer sua competência decisória e por ela se responsabilizar.

Por fim, Matheus Carvalho ainda destaca a possibilidade de emissão de pareceres técnicos, os quais “podem ser conceituados como o pronunciamento opinativo de órgão ou agente sobre determinada situação relacionada à sua área técnica de atuação”. Destarte, por serem dotados de uma peculiar expertise (conhecimento específico em determinada área do saber), “não se subordinam ao escalonamento hierárquico da Administração Pública, admitindo-se somente que seu mérito seja discutido por agentes especializados na mesma área técnica.”[7]

Como exemplo, citam-se os pareceres técnicos exarados pelas Agências Reguladoras, autarquias sob regime especial que controlam e fiscalizam o funcionamento de certos serviços públicos, com quadro de pessoal altamente qualificado para o exercício da função.

### **3. Estrutura do parecer.**



Uma vez definida a natureza jurídica do parecer, bem como suas classificações, cumpre agora iniciar o aspecto prático de sua elaboração, qual seja, a formação de sua estrutura ou a montagem de seu “esqueleto”, rememorando-se que não há molduras pré-definidas ou obrigatórias, mas padrões que, a despeito de simples, são exteriorizados com o propósito de propiciar organização, com a apresentação de “começo, meio e fim”.

A linha inicial traduz-se como a identificação do parecer, geralmente por uma numeração específica do órgão ou setor competente. Como exemplo, traz-se a identificação “Parecer PR/PRJ/032/2017”. De sua leitura percebe-se que houve um parecer elaborado pela Procuradoria Jurídica, de número 32, no ano de 2017.

Na linha subsequente, recomenda-se atrelar o parecer já numerado com o processo a que se refere. Ainda no exemplo acima, o “Parecer PR/PRJ/032/2017” está relacionado ao “Processo PADM/GAF/050/2017”, no qual, segundo as siglas comumente utilizadas no setor administrativo do órgão competente, traduzem a ideia de que o parecer supracitado está atrelado a um processo administrativo de número 50, do ano 2017, da Gerência Administrativo-Financeira.

Obviamente, esses são dados extraídos de casos práticos da atividade administrativa. Logo, como ensejam risco de identificação, em provas de concursos públicos, as qualificações serão as mais simples possíveis, como, por exemplo, “Parecer nº” e “Processo nº”.

Adiante, introduz-se o “Solicitante” ou “Interessado”, autoridade ou funcionário de onde parte a consulta jurídica a ser respondida via parecer, a ser preenchido de acordo com o caso concreto. Mais uma vez, para fins de provas discursivas em certames, basta a identificação “Solicitante:” ou “Interessado:”.

Logo abaixo, em breve linha, expõe-se o assunto do qual o parecer jurídico irá tratar, como, por exemplo, “Participação de servidor em curso de pós-graduação custeado pela Administração Pública”.

Como última etapa de identificação do parecer (e também a mais importante), há a ementa, uma espécie de resumo no qual serão levantados os principais pontos a serem tratados no ato enunciativo, devendo transparecer a ideia já exposta para o leitor, sendo um verdadeiro guia de leitura.

Deve vir destacada com espaçamento próprio no início do documento, como se faz com o seguinte exemplo:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO ESPECIALIZADO. ÚNICA INSTITUIÇÃO POSSUIDORA DO CURSO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. DURAÇÃO DO CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. CONSEQUÊNCIAS FUNCIONAIS. EVENTUAL RESSARCIMENTO POR PARTE DOS SERVIDORES QUE NÃO COMPLETAREM O CURSO”.

Uma vez realizado todo o procedimento de identificação, inicia-se o “começo” do parecer, traduzido por seu “Relatório”, no qual, em breves linhas, far-se-á uma exposição da situação em análise, com a exibição do questionamento a ser respondido pelo Advogado Público. Ao fim da breve exposição, costuma-se encerrar o tópico com a expressão “É o Relatório”.

Adiante, há início da parte principal do parecer, qual seja, sua “Fundamentação”. É nela que ocorrerá a exposição de fato e de direito para a resolução do caso, a qual, repise-se, deve ser feita de forma clara, sem verborragia ou expressões herméticas, pois o destinatário do parecer, na grande maioria das vezes, não terá formação jurídica. Porém, a escrita fluida não pode ser confundida com escrita simplista, que pouco esclarece, mas definida como de fácil intelecção.

Ademais, a fim de facilitar a disposição e organização das ideias, recomenda-se (tanto na vida prática quanto na elaboração de provas), a separação das fundamentações em tópicos, segmentando os respectivos assuntos, caso sejam abordados em pluralidade.

Por fim, encerra-se o parecer com a “Conclusão”, por meio da qual se opina pelo correto procedimento a ser trilhado, uma vez expostas as razões de fato e de direito para tanto, fechando o tópico com a expressão “É o parecer. À consideração superior”.

Empós, o parecer deve receber a devida identificação temporal, espacial e autoral, ou seja, expor o local e data de sua lavratura, bem como o nome do Procurador Jurídico que o subscreveu. Mais uma vez, reitera-se que, em sede de concurso público, em hipótese alguma deverá haver qualquer tipo de identificação, encerrando-se a petição com “Local,

Data”, e, na linha seguinte, “Procurador” (ou o nome do cargo respectivo para o qual se presta o exame).

### **3.1 Caso prático.**

Uma vez exposta a natureza jurídica a e classificação dos pareceres administrativos exarados pela Advocacia Pública, cumpre agora, a fim de condensar melhor o aprendizado, expor um caso prático enfrentado no exercício da função pública de Procurador, culminando na elaboração do respectivo parecer, mais precisamente da possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação para que servidores se capacitem e compareçam a congressos e seminários organizados pelas respectivas empresas contratadas.

Segue a respectiva manifestação jurídica:

Processo nº

Parecer nº

Interessado:

Assunto: Solicitação de servidor para inscrição em Congresso.

EMENTA: Inscrição de servidor em Congresso. Necessidade de aperfeiçoamento e atualização constante do quadro de pessoal. Especificidade do serviço que inviabiliza a competição. Hipótese típica de inexigibilidade de licitação. Possibilidade de contratação direta.

I- Relatório

Este Processo Administrativo trata da inscrição de servidor no Congresso (...), a ser oferecido pela (...), realizado em (...), no período de (...), com custo de R\$ (... reais).

Instruindo o processo, têm-se: a) Comunicação Interna, assinada pelo servidor interessado, solicitando e obtendo autorização da autoridade superior, para participação no referido Congresso; b) cópia de folder, contendo informações sobre o evento em questão; c) certidões comprobatórias da regularidade fiscal, jurídica e trabalhista da entidade promotora do evento; d) espelho do Aviso de Inexigibilidade de Licitação e dotação orçamentária.

Por fim, o Processo foi encaminhado a esta Procuradoria, para análise.

É o relatório.

## II- Fundamentação.

Considerando os temas a serem explorados no evento acima mencionado, infere-se que o evento em questão atende a uma demanda específica do respectivo setor, qual seja, a definição de políticas/critérios para autorização, acompanhamento e avaliação de ações de capacitação Administração Pública, assunto inerente ao trabalho cotidiano desenvolvido pelo servidor solicitante.

Com efeito, pondera-se, na espécie, a imprescindibilidade do Poder Público manter seus quadros capacitados, aptos a bem desempenhar suas funções, justificando-se, por essa razão, o aperfeiçoamento e atualização constante de seus servidores.

De outro lado, com relação especificamente ao objeto da solicitação, este apresenta especificidades que o diferenciam de outros do gênero. À semelhança de diversos outros cursos, congressos, seminários e fóruns análogos, não há viabilidade de competição para a escolha, dada a especificidade do serviço, traduzida nos temas específicos do programa, nos palestrantes ou professores selecionados, no local e no período de realização do evento, configurando-se, no caso, típica hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme estatuído no art. 25, caput, da Lei Federal nº 8.666/93.

Nesta toada, Diógenes Gasparini assim apregoa:

(...) a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 542)

A propósito vale também transcrever as palavras do afamado Jorge Ulisses Jacoby, que se aplica plenamente ao caso em tela:

É também inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso de treinamento oferecido por instituição privada de treinamento, como seminários da Fundação Getúlio Vargas, da Editora NDJ, da Price, da TREIDE, da IOB, do Centro Brasileiro para formação Política, do Centro Brasileiro para Formação Política, do Centro Brasileiro de Administração e Direito – CEBRAD, da ASBACE, da ESAD, etc.-, porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 5ª ed., 2000, p. 540).

Com relação à proposta de preços, constata-se que, efetivamente, trata-se de proposta de adesão, sendo tal proposta apresentada de forma isonômica ao público interessado, com valor de inscrição fixo, o que sugere a inexistência de desvantagem no seu acatamento. No caso, o valor de inscrição por participante foi fixado em R\$ (... reais).

De resto, cabe à Administração avaliar a pertinência das justificativas técnicas para a necessidade da contratação, a escolha do evento destinado à capacitação e os servidores que dele participarão, segundo critérios de conveniência, oportunidade e adequação, não cabendo a esta Procuradoria analisar o mérito administrativo, mas sim à autoridade administrativa competente, cuja autorização para participação do servidor no evento em destaque, repise-se, já foi chancelada por seu Dirigente máximo.

### III- Conclusão.

Assim sendo, sob o prisma jurídico-formal, abstraídas as questões técnicas e meratórias da contratação, e verificada admissibilidade do preço da proposta e constatada a inviabilidade de competição pela especificidade do serviço, tem-se como juridicamente possível a contratação de forma direta, devendo-se, para tanto, proceder-se à declaração de inexigibilidade por parte de uma das autoridades administrativas responsáveis, submetendo-se tal ato à ratificação pelo Presidente, para posterior publicação do seu extrato no DOE, tudo consoante as disposições do art. 26, da Lei Federal nº 8.666/1993, para que surta seus jurídicos efeitos.

É o parecer.  
Local, Data.  
Procurador.

### **Conclusão**

Ao longo do texto, deixou-se claro a importância da elaboração de um parecer jurídico pelo Advogado Público, seja por seu papel institucional, como Função Essencial à Justiça, de exercício de consultoria, seja pela necessidade de esclarecimento aos demais setores administrativos competentes a respeito de questões jurídicas alheias às inúmeras formações profissionais daqueles que compõem os quadros da Administração Pública.

Nada obstante, não se pode perder de vista que o parecer ostenta a natureza de um ato administrativo de caráter enunciativo, ou seja, de emissão de opinião, ainda que juridicamente especializada, não se confundindo com o próprio ato administrativo dele derivado. Desse modo, a responsabilidade do parecerista não pode ser a regra, mas somente uma exceção cabalmente verificada por culpa grave ou dolo quando de sua manifestação.

Ademais, impossível tratar da mesma maneira o conteúdo de um parecer com o de uma petição judicial. Isso porque aquele é externado quando da função de consultoria ou de assessoramento, de modo que o advogado público não está atrelado a nada mais do que à Lei e suas convicções. Lado outro, o exercício de representação judicial, em que pese também ser pautado pela boa-fé e cooperação, está atrelado à defesa do ente, seja se manifestando por seu interesse público primário (conformando-se com o da coletividade), seja se inclinando pelo patrocínio de seu interesse público secundário (interesse meramente patrimonial ou arrecadatório).

Destarte, a elaboração de um parecer deve se dar de forma independente, sem se preocupar o Procurador com interesses que não os de incidência dos princípios constitucionais administrativos, muitas vezes já referendados pelos Tribunais Superiores. Deve esclarecer o advogado público, como prioridade em seu mister de consultor, o posicionamento externado pelas Cortes Superiores, e os riscos de potenciais demandas judiciais serem instauradas caso comportamento contrário ao indicado no parecer seja adotado.

Os casos práticos bem demonstram que o leque de apreciação é bem vasto, e que o esgotamento dos temas rotineiramente enfrentados é praticamente inviável. A dinamicidade dos temas e a rapidez exigida das respostas fazem com que o parecerista mantenha-se constantemente atualizado, sob pena de não bem desempenhar seu ofício.

Foram esses os apontamentos reputados pertinentes para uma análise mais atenciosa sobre a temática dos pareceres jurídicos no âmbito da Advocacia Pública, não pretendendo o presente artigo, de forma alguma, esgotar o assunto apresentado, mas tão somente servir como mecanismo de consulta para aqueles que desejam conhecer ou aprimorar seus conhecimentos sobre este fascinante instrumento de manifestação jurídica a serviço da Administração.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Bahia: editora JusPODIVM 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14° ed, Salvador: JusPodium, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 5ª ed., 2000.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14° ed, Salvador: JusPodium, 2015, pág. 103.

[2] Op. cit., pág. 120.

[3] \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS 24631- Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgamento: 09/08/2007.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015, p. 139.

[5] Op. cit., p. 140.

[6] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Bahia: editora JusPODIVM 2015, pág 285

[7] Op. cit, p. 285.



## CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA NA FILOSOFIA JURÍDICA DA IDADE MODERNA

**VICTOR ALEXANDRE COSTA DE HOLANDA RAMOS:** Universidade Federal da Paraíba. Graduando em Direito.

**RESUMO:** Este artigo resume, em traços de maior importância para a área da filosofia do direito, o pensamento moderno que versa sobre o direito e a justiça. Através de recortes na historiografia moderna, tomando como base autores como Maquiavel, Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant, Del Vechio, Tobias Barreto, Radbruch e Nietzsche, o artigo detalha o pensamento moderno do direito, utilizando, em linhas designatórias, o pensamento de cada autor a fim de criar uma generalização da filosofia do direito na idade moderna.

**Palavras-chave:** Direito; Filosofia; Idade Moderna.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O pensamento renascentista – 3. O pensamento de Kant – 4. Outros pensadores modernos – 5. A justiça através da perspectiva de Nietzsche – 6. Considerações Finais – 7. Referências.

---

### INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende resumir o pensamento filosófico relacionado ao direito e a justiça na idade moderna. Começando no renascimento, a idade moderna apresenta diversas linhas de pensamento, destacando-se alguns autores como Maquiavel, Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant, esses os mais renascentistas, e Del Vechio, Tobias Barreto e Radbruch, os mais modernos. Além dos pensamentos tradicionais sobre o direito, pretendo fazer alusão ao direito com o pensamento de Nietzsche, embora ainda seja uma relação não muito estudada.

Vale dizer que está presente neste artigo apenas um recorte de toda a filosofia da Idade Moderna. A idade moderna foi bastante rica na filosofia e, portanto, seria deveras difícil generalizar completamente tal pensamento em

poucas páginas. Eis, portanto, uma breve classificação dos pensadores que mais influenciaram o direito em tal período.

## O PENSAMENTO RENASCENTISTA

A filosofia do direito na época do renascimento é bastante influenciada pelos pensamentos antigos, acrescida de um fortalecimento do espírito crítico. O período do renascimento pode ser comparado a “uma esplêndida flor brotada de improviso no meio do deserto (CHABOD, F. *apud* BARROS – 2012 – p. 16)”. O renascimento foi “uma revivificação das capacidades do homem, um novo despertar da consciência de si próprio e do universo [...] (SICHEL, E. *apud* BARROS – 2012 – p. 17)”.

Nesse período do pensamento renascentista, destaca-se o pensamento de **Maquiavel** como o primeiro “a refletir sobre os problemas da ciência política com o espírito da modernidade (LEITE, 2008 – p. 99)”. Maquiavel revoluciona o pensamento político, o qual tratava anteriormente das questões relativas à *polis* sob uma perspectiva normativa. O pensamento de Maquiavel rompe com o ideal moral, com fortes influências do cristianismo, presente na Idade Média.

[Maquiavel] propõe a análise do fenômeno do poder a partir da política concreta, da política pura, distanciando-se do normativismo ético. Isto é, ao invés de uma postura contemplativa face às questões do mando, [Maquiavel] [...] constrói suas ponderações alicerçando-se na realidade dos fatos políticos de forma empírica e objetiva. Não se detém na idealização de governos justos, voltando toda sua atenção para a perscrutação fria da política, observando-a, antes de tudo, como o estudo da luta pelo poder (BARROS – 2012 – p.60).

**Jean Bodin** aparece na França durante a época da consolidação da monarquia absolutista. Bodin escreveu a teoria do Estado Moderno, definindo a nova república. A principal atenção de Bodin está relacionada à soberania, classificada como característica essencial do poder da república.

Mucho difiere la ley del derecho, pues el derecho es bueno porque mira a la equidad sin necesidad de mandamiento expreso, mientras la ley corresponde a la soberanía del gobernante. En efecto, la ley no es otra cosa que un mandamiento del poder soberano (BODIN *apud* CRETELLA JÚNIOR – 2004 – p. 102.).

No pensamento de Bodin, “a doutrina da soberania limita-se à lei humana, pois a lei de Deus e a lei natural são independentes das vontades terrenas (LEITE – 2008 – p. 102)”.

O pensamento de **Hobbes** está relacionado com alguns problemas vivenciados pelo homem:

em 1640, publicou um tratado sob o título *The elements of law*, abrangendo escritos sobre a natureza humana (*human nature*) e sobre o corpo político (*de corpore politico*). Em 1642, publica o *De Cive*, mas, sua obra-prima, que o tornou famoso, foi escrita em 1650, intitulado-se *Leviatã*, nome retirado do monstro bíblico (Livro de Jó), que tudo devora e que, em sentido figurado, designa algo de formidável, colossal, monstruoso, como o Estado, em sua concepção (CRETELLA JÚNIOR – 2004 – p. 130.).

Na teoria do conhecimento, Hobbes afirmava que a experiência era a mãe das ciências, estudando o problema do conhecimento humano a partir de sensações, movimento pelo qual os entes sensíveis afetam o corpo humano. Para Hobbes, o Estado deve ser forte, no mais alto grau, e assumir a forma de um poder absoluto, cuja missão é a de manter a ordem e a paz interna.

O pensamento de **Locke**, no campo da filosofia e psicologia, é de grande importância. Locke, em sua principal obra, intitulada “*Ensaio sobre o entendimento humano*”, propõe-se a descobrir a origem, certeza e extensão do conhecimento humano, sustentando a ideia de que a experiência é a *fonte única* das nossas ideias. Para Locke, “ninguém ao nascer, sadio, criança, louco,

selvagem, idiota, traz ideias já formuladas, porque, se assim fosse, não seria necessário adquiri-las (*Idem* – p. 135.)”.

A principal ideia adquirida do pensamento de Locke é o inatismo: *anima est tabula rasa in qua nihil scriptum est*. A experiência vai modificando a tábua rasa e firmando as impressões oriundas dos sentidos.

**Montesquieu**, autor de *Espírito das Leis*, propõe uma definição para as leis. “Leis são relações necessárias que derivam da natureza das coisas”. A natureza das coisas para Montesquieu é tomada em acepção totalmente empírica, resultante do passado histórico, integrado por fatos físicos, por tendências e costumes. Montesquieu contribuiu bastante para o mundo jurídico ao apresentar a teoria da divisão tríplice dos poderes, em executivo, legislativo e judiciário, que o autor hauriu do direito inglês, desenvolveu, exemplificou e exaltou. Afastando-se de Aristóteles, Montesquieu distingue três formas de governo: a República, a Monarquia e o Despotismo. (*Ibidem* – p. 136.)

**Rousseau** possui a natureza, reino da liberdade, da espontaneidade e da felicidade do homem, como ideal moral. “Rousseau sustentou que as ciências, as letras e as artes são os piores inimigos da moral, criando necessidades, que são fontes de escravidão (CRETELLA JÚNIOR – 2004 – p. 138.)”. O principal problema fomentado pelo *Contrato Social* é “encontrar uma forma de associação com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes (RUSSEAU apud CRETELLA JÚNIOR – 2004 – p. 113.)”. Rousseau acredita poder resolver a questão de como legitimar a situação do homem que, tendo perdido sua liberdade natural, acha-se submetido ao poder político.

## O PENSAMENTO DE KANT

**Immanuel Kant** é conhecido como o filósofo das três críticas: *Crítica da razão pura*, *Crítica da razão prática* e *Crítica do juízo*. Vale salientar que, para poder entender o pensamento de Kant, é necessária uma maior atenção com a utilização semântica dos vocábulos. Algumas palavras, em Kant, não apresentam o significado usual. Por exemplo: (1) crítica, em vez de significar censura ou reprovação, significa estudo, investigação e pesquisa; (2) puro não tem o sentido

de livre de impurezas, mas sim de independente da experiência; portanto, *Crítica da razão pura* não possui o significado usual das palavras, mas indica uma investigação da razão funcionando independente da experiência (CRETELLA JÚNIOR – 2004 – p. 141.).

Kant viveu em um momento importante do pensamento moderno, situado na junção de três grandes correntes de ideias: o racionalismo de Descartes e Leibniz, o empirismo de Bekerley e Hume, e a ciência positiva físico-matemática que Newton acabara de estabelecer. O pensamento de Kant pode ser classificado em três grandes épocas: (1) de 1755 a 1770, em que as ideias pessoais de Kant ainda não haviam tomado forma, partilhando das ideias filosóficas predominantes na Alemanha; (2) de 1770 a 1790, em que podemos traçar um esboço da filosofia kantiana, a qual estabelece a distinção entre o mundo dos fenômenos e o mundo dos *númenos*, como resultado de uma concepção inteiramente original do espaço e do tempo; e (3), de 1790 a 1800, em que se mantém de pé as premissas da filosofia kantiana, confirmando a postura contra a metafísica, estabelecendo uma doutrina de filosofia especulativa e moral. (*Idem* – p. 141.)

Como podemos perceber, a filosofia de Kant é um misto de vários pensamentos da época. Podemos citar como exemplo das influências do pensamento kantiano o racionalismo dogmático<sup>[1]</sup> e o empirismo cético<sup>[2]</sup>. O problema principal da filosofia de Kant é o conhecimento. Kant afirma que o conhecimento implica uma correlação entre um sujeito e um objeto. Nessa relação, os dados objetivos não são captados por nossa mente tais quais são, mas configurados pelo modo com que a sensibilidade e o entendimento os apreendem. Portanto, para Kant, a coisa em si, o *númeno*, é incognoscível. Só conhecemos o ser das coisas na medida em que nos aparecem, isto é, enquanto fenômeno. Para Kant, tudo o que existe, inclusive o conhecimento, integra-se por dois ingredientes: matéria e forma. O que depende do próprio objeto constitui a matéria e o que depende do sujeito constitui a forma. A matéria é *a posteriori* e a forma é *a priori* (LEITE – 2008 – p. 120.).

A razão estabelece a conduta do homem, mas ele só age moralmente porque é livre. A liberdade é o que há de essencial para a fundação de sua moralidade, para o desenvolvimento de sua racionalidade. Para Kant, é a liberdade que harmoniza o homem, pois apesar de todas

as determinações impostas do meio exterior, ainda é capaz de recusá-las em prol da moralidade. A razão o faz senhor de si (PEREIRA et PEREIRA – 2012).

Para Kant, a ideia do direito é o que conduz à filosofia crítica, teórica e prática. O direito se ocupa da legislação prática externa de uma pessoa em relação à outra. Ele realiza a liberdade do agir externo na convivência com os demais, visto que no direito o que é fundamental é que a ação se exteriorize. O direito é a forma universal da coexistência das liberdades individuais. O direito é o instrumento necessário ao estabelecimento de uma ordem em que seja possível o exercício da liberdade universal igual. Tanto mais justa é uma lei quanto mais ela se aproxima da racionalidade e realiza com isso a liberdade. Kant faz a distinção entre a legislação moral e a legislação jurídica, entre ação moral e ação jurídica. Para ele, a legislação moral implica em obedecer às leis do dever independente de qualquer inclinação. Isso faz com que uma ação seja moral, coerente com o dever, portanto, cumprida por dever. Em contrapartida, a legislação jurídica aceita que uma ação possa ser cumprida em conformidade ao dever, sem se interessar pelas inclinações ou interesses que a determinam, cuidando simplesmente de sua legalidade. Assim, quando o homem age de determinada forma – porque é seu dever, está fazendo cumprir a lei moral (*Idem.*).

Kant diferencia moral de direito. A moralidade acontece no âmbito interno (liberdade interna), que faz do homem seu próprio legislador. O direito acontece no âmbito da liberdade externa, entendida como liberdade jurídica que “é a faculdade de agir no mundo externo não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos livres como eu, interna e externamente (BOBBIO – 1997 – p. 58)”.

Ao considerar o homem como seu próprio legislador, Kant reconhece nele a autonomia da vontade, responsável por sua dignidade e diretora da consciência do que deve ou não fazer. O homem deixa de ser “marionete” na mão do outro para ser seu próprio “EU”, para “realmente” se fazer homem, determinar por si suas próprias ações (PEREIRA et PEREIRA – 2012).

## OUTROS PENSADORES MODERNOS

**Giorgio Del Vecchio**, nascido em Bolonha, em 1878, investiga o campo do direito, apontando os fatos e as normas jurídicas como manifestações de uma duplicidade necessária: os atos dos homens são atos naturais, imantados para uma subjetividade universal, mas esta, por sua vez, é orientada no sentido dos atos naturais, que encerram o ciclo.

Na Alemanha, **Gustavo Radbruch**, é o representante da filosofia dos valores. Pretendeu ensinar o “como” a filosofia do direito, a fim de estimular o pensamento filosófico-jurídico nos estudiosos (CRETELLA JÚNIOR – 2004 – p. 160.).

No Brasil, podemos falar de **Tobias Barreto**, o qual afirmou que “o Brasil não tem cabeça filosófica”. Incrédulo no pensamento filosófico brasileiro, Tobias Barreto afirma ainda que “não há domínio algum da atividade intelectual em que o espírito brasileiro se mostre tão acanhado, tão frívolo e infecundo como no domínio filosófico”. Diferentemente da opinião de Tobias Barreto, acredita-se que a filosofia brasileira do direito não apresenta um déficit de “cabeças filosóficas” e, dia após dia, vem adquirindo prestígio de caráter internacional, ainda que esteja no começo de tal trajetória.

## A JUSTIÇA ATRAVÉS DA PERSPECTIVA DE NIETZSCHE

A relação entre Nietzsche e o direito ainda é pouco estudada. Contudo, é possível fazer uma alusão entre Nietzsche e os conceitos de moral e justiça. As palavras principais da filosofia nietzschiana são *bem* e *mal*. De acordo com Nietzsche, as concepções de bem e mal, certo e errado, são criações humanas e, por isso, têm uma história e, ao contar essa história, Nietzsche coloca o ser humano como o centro das decisões e criações. A justiça, de acordo com o conceito de Nietzsche, é pensada relacionada ao conceito de bom. Mas o que é bom?

Nietzsche afirma que:

“[...] o juízo de ‘bom’ não provém daqueles aos quais se fez o ‘bem’! Foram os ‘bons’ mesmo, isto é, os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo o que era baixo, e vulgar e plebeu. Desse *pathos da distância* é que eles tomaram para si o direito de criar valores, cunhar nomes para os valores: que lhes importava a utilidade!”  
(NIETZSCHE – 1999.)

Nietzsche quer dizer que os valores foram criados pelos nobres a partir de sua própria vontade.

Através dessa breve reflexão, podemos perceber uma forte característica filosófica no pensamento de Nietzsche sobre a justiça: para ele, o bom (justo) é uma criação dos nobres. Não existe, portanto, uma equidade de conceitos enquanto houver disparidade de poder, ou seja, o que é bom (justo) sempre será determinado pelo maior poder. Um exemplo: o sistema vindicativo era considerado como justo, pois os nobres, os quais possuíam maior poder, determinaram a valoração das vendetas. Hoje, o sistema vindicativo não é considerado como justo, pois o Estado é detentor de um poder maior e caracteriza o sistema vindicativo como injusto. A justiça estará sempre relacionada com o poder e o poder com a justiça. Sistematizando, pois, temos uma relação entre o bem (justo) para os detentores do poder e o mal (injusto) para os quais não apresentam poderio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma bastante resumida, podemos afirmar que a Idade Moderna foi, para o direito, o berço do pensamento ontológico. As relações entre o ser foram excessivamente estudadas pelos pensadores modernos, com o propósito de determinar o ser enquanto membro da sociedade, assim como o nascimento e a aplicação do direito natural. A partir do renascimento, os pensamentos do direito estão voltados para essa função social, ainda que sob diferentes óticas.



Eis, pois, o motivo da seleção de tais pensadores para compor o resumo do pensamento moderno: a relação dos mesmos com a função social estudada na Idade Moderna. Maquiavel e Bodin focalizaram seus estudos no ser enquanto instrumento de poder; Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau tomaram como objetivo a natureza humana e o direito natural; Nietzsche e Kant, por fim, trabalharam a razão. Faz-se tal afirmação sem dúvidas sobre o fato do pensamento de todos esses filósofos se estender a grandes outras áreas, contudo, para a filosofia do direito, estas são as mais importantes. É através do poder, da natureza humana e da razão que é possível traçar as características de um pensamento filosófico moderno voltado para o direito.

Portanto, é possível generalizar o pensamento filosófico da idade moderna em três grandes polos: as relações de poder, as relações da natureza humana e do direito natural e as relações da razão. Essa filosofia tripartida constitui, então, o alicerce do pensamento relativo ao direito na filosofia moderna.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Vinicius Soares de Campos. **10 lições sobre Maquiavel**. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, Flamarion Tavares de. **Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Regina Coeli Barbosa et PEREIRA, Rosilene de Oliveira. **Kant e os fundamentos do direito moderno**. Rio de Janeiro: Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**(Tradução de Alfredo Fait). 4ª ed. Brasília: UnB, 1997.

NIETZSCHE, F. **Genealogia da moral** (tradução de Paulo César de Souza). São Paulo: Companhia das letras, 1999.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito: Dos Modernos aos Contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOTAS:

[1] Descartes, Spinoza, Leibniz e Wolff.

[2] Bacon, Locke e Hume.

## **A INFLUÊNCIA DOS ELEMENTOS FILOSÓFICOS DA ORATÓRIA E SABEDORIA PARA OS JULGAMENTOS DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA**

**RICARDO BENEVENUTI SANTOLINI:**

Advogado. Especialista em Direito Penal e Processo Penal com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio. Pós Graduando em Direito Previdenciário com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio. Corretor de Imóveis. Perito em Avaliação Imobiliária pelo INEDI - Instituto Nacional de Ensino a Distância. Estudante do curso de Filosofia pela UFES - Universidade Federal do Espírito Santo.

**RESUMO:** A sociedade brasileira encontra-se repleta de normas que regulamentam os atos praticados pelas pessoas que nela habitam, sendo uma delas as leis de caráter penal. Além disso, é importante frisar que a esfera criminal possui diversos mecanismos que visam assegurar o trâmite processual regular, variando de acordo com a infração imputada ao acusado. Uma destas normas diz respeito ao Capítulo II, do Título I, do Livro II, do Código de Processo Penal, que concerne aos processos de competência do Tribunal do Júri e que, dentro do presente trabalho, serão abordados os elementos filosóficos que originaram o estudo desta modalidade de julgamento e quais seus reflexos dentro da sociedade dentro da contemporaneidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal do Júri; filosofia; julgamento; origem.

**SUMÁRIO:** 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2 A APLICABILIDADE DA FILOSOFIA NA FORMAÇÃO DA SABEDORIA DO AGENTE DO DIREITO PARA ELABORAÇÃO DE TESES PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI; 3 A ORALIDADE COMO ELEMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA EXPOSIÇÃO DO SABER E SUA INFLUÊNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DE TESES SÓLIDAS PERANTE O JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI; 4 DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

---

### **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de normas com o intuito de regulamentar a vida em sociedade, atribuindo direitos a quem lhe couber, assim como punindo aqueles que violarem as leis vigentes. Existem regras normativas de diversas naturezas, podendo ser

mencionado como exemplo o Código Civil, o Código Penal e, a mais importante de todas, a Constituição Federal.

O presente trabalho possui como finalidade realizar uma abordagem acerca dos estudos inerentes ao Tribunal do Júri, cujo sistema normativo tem como condão processar e julgar os crimes de natureza dolosa e contra a vida, esculpidos dos artigos 121 a 128, do Código Penal brasileiro, mas de uma visão filosófica, trazendo as origens deste modelo de julgamento e o porque deste sistema de julgamento existir da forma que se encontra na contemporaneidade.

## **2 A APLICABILIDADE DA FILOSOFIA NA FORMAÇÃO DA SABEDORIA DO AGENTE DO DIREITO PARA ELABORAÇÃO DE TESES PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI**

Antes de adentrar ao mérito da ciência do Tribunal do Júri é relevante mencionar o papel da filosofia dentro do cenário histórico e sua relevância para evolução social.

Neste sentido é relevante destacar que o conceito de filosofia, de acordo com o dialeto grego, consiste no “amor à sabedoria”<sup>[1]</sup>, tendo como ênfase ainda os estudos de problemas existentes dentro da sociedade como num todo. Em outras palavras, a pessoa que possui o interesse em desenvolver seu lado filosófico necessita de ter, como ponto de partida, algo que venha acontecendo dentro da sociedade e buscar a sua essência, e depois desenvolver a sabedoria de acordo com o que entende ser correto, ou seja, devendo este conhecimento proliferar de dentro de si.

Porém, nem sempre a busca pelo saber ocorreu desta maneira, tendo em vista que, ao longo da história, principalmente no período do iluminismo, as pessoas entendiam que, para atingir o saber, era necessário cumprir determinadas regras, fazendo com que assim a busca pelo saber permanecesse limitado, podendo citar como exemplo a filosofia cartesiana, em que René Descartes entendia que a busca pelo saber se encontrava em torno dos sistemas matemáticos.

De acordo com as passagens acima, qual a contribuição da filosofia contemporânea para o Tribunal do Júri? Neste aspecto é relevante

destacar que a contribuição da filosofia e a questão do saber não permanece em torno apenas do Tribunal do Júri, mas sim do sistema jurídico em um todo, tendo em vista que em todas as matérias é necessário o desenvolvimento do tema da forma que lhe for conveniente, principalmente para a defesa, uma vez que lhe é assegurado o direito de ampla defesa, e não de uma defesa restrita, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988[2].

Neste sentido ainda é relevante destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, dissertando a respeito da ausência de defesa do acusado em um procedimento de natureza criminal, através do enunciado 523, assim prevê: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu.”[3]

Com relação ao Tribunal do Júri é relevante destacar que, além da ampla defesa que lhe é assegurado na Constituição Federal, a parte ainda possui a oportunidade de desenvolver sua tese de maneira oral para que seja apreciado para o corpo de jurados, formado por sete (07) pessoas de idoneidade ilibada dentro da sociedade em que for realizado o julgamento, sorteados em meio a um corpo de vinte e cinco (25) indivíduos, previsto no artigo 447, do Código de Processo Penal[4].

### **3 A ORALIDADE COMO ELEMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA EXPOSIÇÃO DO SABER E SUA INFLUÊNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DE TESES SÓLIDAS PERANTE O JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Outro elemento que é utilizado com bastante frequência dentro dos julgamentos de competência do Tribunal do Júri consiste na oratória do agente jurídico, seja para proferir argumentos de condenação, seja para expor elementos no sentido de requerer a absolvição.

Sabe-se que a oratória, dentro da seara filosófica, sempre foi um dos elementos de exposição do saber, sendo ainda utilizado pelo próprio Sócrates, conhecido como o “pai da filosofia”, na época da Grécia Antiga, em que se deslocava para as ágoras no sentido de despçertar a questão

da sabedoria no interior das pessoas, indagando as mesmas sobre elementos subjetivos concernentes ao ser humano.

Por outro lado, nessa mesma época ainda existiam os chamados sofistas, que eram pessoas da época da Grécia antiga e que entendiam que o saber poderia ser transmitido por terceiros, sem que houvesse o despertar do interesse pelo saber no interior das pessoas, existindo assim um interlocutor como pessoa responsável pelo saber, enquanto as demais permaneciam na condição de receptores daquelas informações que eram expostas pelo primeiro. Além disso, os sofistas eram mestres na arte da retórica, tendo em vista que tinha que convencer seu público de que aquilo que se encontrava sustentando era verdadeiro, mesmo que, em alguns momentos, nem sempre era verdadeiros tais argumentos.

Por outro lado, o referido método utilizado pelos sofistas era condenado com veemência por Sócrates, tendo em vista que entendia que o saber é algo que não deve ser comprado e nem vendido, mas sim algo que se encontra intrínseco ao ser humano.

Tendo em vista que Sócrates teve como aluno Platão e este, conseqüentemente, deixou como sucessor Aristóteles, estes dois últimos seguiram a mesma vertente com relação às críticas voltadas para os métodos sofistas. Entretanto, o método *sofista* de explanação foi adotada pelos romanos e que aplicaram a mesma, com grande veemência, durante os discursos perante o senado romano<sup>[5]</sup>.

Assim, sabe-se que, neste período da qual passa a filosofia contemporânea existem as normas em vigor na sociedade e que são reflexos destes pensamentos idealizados ao longo do tempo e que utilizam a questão da oratória como instrumento de justiça.

De acordo com o Código de Processo Penal brasileiro, existem diversos meios de provas que podem ser sustentados utilizando a oratória da oratória, tais como o interrogatório do réu em juízo, conforme previsão normativa do artigo 185 a 196, do Código de Processo Penal, da oitiva da vítima em Juízo, cuja previsão encontra-se do artigo 201, do Código de

Processo Penal, bem como a oitiva das testemunhas, cuja previsão legal encontra-se do artigo 202 a 225, do Código de Processo Penal brasileiro[6].

Com relação ao Tribunal do Júri ainda existe uma peculiaridade com relação à segunda fase do processo, que se dá no momento da realização da plenária do júri, oportunidade em que, tanto a acusação quanto a defesa possuem o prazo de uma hora e meia para apresentar aos jurados, oralmente, os fundamentos nos quais entendem ser necessário condenar ou absolver o réu, podendo, ainda, ir a réplica e tréplica, conforme se aduz do artigo 477, do Código de Processo Penal brasileiro[7].

Cumprir destacar ainda que, no caso do Tribunal do Júri, além de ser utilizado a questão da oratória como elemento de transmissão da tese para os receptores, que no caso são os jurados, tanto a acusação quanto a defesa devem utilizar da retórica como instrumento de convencimento dos jurados, uma vez que, além do conhecimento que deve ser transmitido aos jurados para assegurá-los de seus julgamentos, deve haver ainda uma técnica de retórica para convencer os jurados de que o que está sendo debatido é verdadeiro. Cumprir salientar ainda que nem sempre a retórica, pura e simplesmente, é tida como meio de convencimento dos jurados, mas sim tem que haver fundamento legal e fático daquilo que encontra-se proposto.

Desta forma, o julgamento do Tribunal do Júri é a única forma de julgamento em primeira instância que sofre diretamente a influência da oratória como meio de acusação e defesa, para que a sociedade possa analisar o caso e julgar de acordo com suas consciências, conforme juramento prestado e que se encontra exposto no artigo 472, do Código de Processo Penal brasileiro[8].

#### **4 DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

Com base em todo o exposto é possível verificar que a influência direta que o julgamento do Tribunal do Júri possui com relação aos estudos filosóficos, tendo em vista que dois objetos de estudos da referida ciência são imprescindíveis para a aplicação do presente rito, que se dão

através da sabedoria, ou seja, a aquisição do conhecimento referente a causa, bem como a oratória utilizada como canal que interliga tanto a acusação quanto a defesa para com os jurados.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 523**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

LIMA, Marinalva Vilar de; CORDÃO, Michelly Pereira de Souza. **Discursos ciceronianos: a oratória como estratégia política na Roma Antiga**. Universidade Federal de Campina Grande. Brasil. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

SIGNIFICADOS. **Significado de Filosofia**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

NOTAS:

[1] SIGNIFICADOS. **Significado de Filosofia**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[2] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[3] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula 523**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[4] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[5] LIMA, Marinalva Vilar de; CORDÃO, Michelly Pereira de Souza. **Discursos ciceronianos: a oratória como estratégia política na Roma Antiga**. Universidade Federal de Campina Grande. Brasil. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[6] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[7] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.

[8] BRASIL. Decreto-Lei 3689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: . Acesso em: 24 jun. 2017.





## AS REMOÇÕES COMPULSÓRIAS DE POVOS INDÍGENAS

**JHOANE FERREIRA FERNANDES BRAZILEIRO:**  
advogada e pós-graduada em Direito Público pela  
Universidade Católica de Petrópolis.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar o direito fundamental à moradia, garantido a todo ser humano, e a que também fazem jus os povos tradicionais, tais como os indígenas, e a violação de tal direito nas remoções compulsórias praticadas pelo Estado, desrespeitando o devido processo legal necessário para esses casos específicos, conforme a normativa nacional e internacional aplicáveis. Para melhor abordagem do tema, este trabalho está dividido em três itens. O primeiro item trata do direito ao devido processo legal nos processos relativos a remoções. Já no segundo item fala-se sobre o direito fundamental à moradia de todo ser humano. Por fim, o terceiro item discorre sobre a locação social como forma subsidiária de concretização do direito à moradia dos povos indígenas.

**Palavras-chave:** Povos Tradicionais. População indígena. Acesso à terra. Direito fundamental social à moradia. Remoções compulsórias. Devido processo legal. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Estado democrático de Direito. Locação social.

---

### Introdução

Diversos povos indígenas brasileiros são removidos compulsoriamente das terras que tradicionalmente ocupam desde os tempos primórdios através de um procedimento completamente autoritário e truculento, sem o respeito ao devido processo legal, garantido pela Constituição Federal. Muitas das vezes a solução encontrada pelo Estado é a transferência para localidades sem condições mínimas de dignidade.

A normativa internacional dispõe que deve haver a realização de audiências públicas e de consulta ao povo tradicional ocupante da área antes que seja promovida a remoção, e que, se o retorno à terra tornar-se inviável, a eles devem ser conferidas áreas compatíveis com as anteriores e com respeito as mínimas condições de moradia, ou em última análise, deve ser paga uma indenização pelo dano sofrido.

Além disso, certo é que o direito à terra engloba o direito à moradia, classificado como direito social fundamental, previsto no Art. 6º da Constituição Federal. O direito à moradia, dessa forma, constitui a base para o exercício de muitos outros direitos, como por exemplo o direito à intimidade, ao sossego, à integridade física e psíquica, à segurança, à propriedade, à saúde, à identidade cultural, ao lazer, ao meio ambiente saudável, dentre outros, e que, somados ao acesso aos serviços públicos e à infraestrutura, satisfaz o mínimo existencial e preserva a dignidade humana, e que não pode ser afastado pelo argumento da reserva do possível.

Além da indenização, uma forma de garantir o respeito ao direito à moradia dessas populações é o pagamento do aluguel social, até que seja providenciada a inserção em programa de habitação, que lhe assegure concretamente o referido direito fundamental social. A prestação de aluguel social é, portanto, uma maneira temporária de possibilitar a moradia digna.

### **1 As remoções compulsórias dos indígenas e o devido processo legal**

É cediço que muitos povos indígenas brasileiros são removidos das terras que tradicionalmente e historicamente ocupam desde os tempos mais remotos até a atualidade. E que, além disso, tais ações estatais expropriatórias são operacionalizadas através de uma atuação extremamente ofensiva e truculenta, da polícia militar e da guarda municipal, além de sua realocação para outros locais sem condições mínimas de dignidade ou salubridade.

Nessa esteira, cumpre destacar o disposto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada através do Decreto nº 5.051/2004, que em seu Artigo 16, itens 1 e 2, determina que os povos interessados não deverão ser transferidos das terras que ocupam, e quando, excepcionalmente, o traslado se fizer necessário, ele somente poderá ocorrer com o consentimento dos povos ou após a conclusão de procedimentos legais, incluindo enquetes públicas.

Resta claro que as remoções devem ser propostas em última análise, já que a regra é que os Povos Tradicionais não devem ser deslocados de suas terras. E mais, normalmente tais remoções são realizadas sem o consentimento da

comunidade e sem o procedimento legal previsto, como por exemplo audiências públicas tratando a temática.

Daí a ilicitude da conduta do Estado que promove o deslocamento das comunidades tradicionais de seu território, que, além de afrontar claramente a boa-fé objetiva, ao encetarem negociações e oferecerem promessas que não tem a intenção de cumprir, é violadora da normativa internacional que protege os direitos dos povos indígenas, vez que não observam o devido processo legal para a remoção da população das terras que ocupam.

Somado a isso, estabelece a Convenção acima mencionada, no mesmo Artigo 16, itens 4 e 5, que quando o retorno dos povos às suas respectivas terras não for possível, eles deverão receber terras com qualidade e estatuto jurídico no mínimo iguais aquelas que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam garantir suas necessidades e desenvolvimento futuro. E, ainda, qualquer dano ou perda que tenham sofrido esses povos em consequência do seu deslocamento para serem reassentados deverão ser plenamente indenizados.

No entanto, muitas da vezes as terras indígenas já foram de tal forma danificadas que o retorno dos povos é inviável, a área que recebem não é compatível com a que possuíam ou não garantem sua mínima dignidade e a justa indenização não é paga.

É notável que as remoções compulsórias têm ocorrido com muita frequência no Brasil, sempre sem observância do devido processo legal, contrariando também o disposto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que assegura que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Em um Estado Democrático de Direito, tal princípio deve ser norteador da atividade do Poder Público, sendo inaceitável que no deslocamento ou reassentamento de comunidades não sejam observados os princípios da publicidade, participação, gestão democrática da cidade e da indenização justa, além da garantia do acesso à justiça.

Cumpra observar que, de acordo com o art. 6º da Convenção 169 da OIT as comunidades tradicionais possuem o direito de consulta e participação antes da implantação de qualquer tipo de política pública que possa afetar tais povos.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal considere que o resultado dessa consulta não seja vinculante, mas apenas opinativo (Caso Raposa Serra do Sol), a jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos determina a necessidade de se consultar os povos indígenas antes de qualquer imposição de política pública, bem como pelo caráter vinculante (Caso Comunidades Deslocadas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil – Caso Belomonte – Comissão IDH).

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos compreende que a consulta deve ser livre, prévia e informada, ou seja, culturalmente situada (Caso Povo Indígena Sarayaku vs. Equador).

## **2 O direito fundamental à moradia**

O direito ao acesso à terra engloba também o direito à moradia dos Povos Tradicionais. Nesse contexto, o direito à moradia insere-se no rol de direitos fundamentais sociais, incluído expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O direito à moradia constitui, ainda, o suporte para o exercício de muitos outros direitos conexos, tais como o direito à intimidade, ao sossego, à integridade física e psíquica, à segurança, à propriedade, à liberdade, à saúde, à identidade cultural, a ir, vir, e permanecer, ao trabalho, ao lazer, ao descanso, ao meio ambiente saudável e à inviolabilidade do domicílio, que, somados ao acesso aos serviços públicos e à infraestrutura, satisfaz o mínimo existencial e preserva a dignidade humana[1].

Cabe sublinhar que, de acordo com o Comentário Geral nº 4 sobre o Direito à moradia adequada, de 12 de dezembro de 1991, produzido pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, destacam-se as características indispensáveis da moradia digna, como por exemplo, segurança

jurídica da posse, disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infraestrutura, gastos suportáveis, habitabilidade, acessibilidade, localização e adequação cultural.

Não há dúvida, portanto, de que a subtração do direito à moradia representa uma grave violação à identidade cultural dos indígenas e um golpe contra a preservação de suas memórias, de suas tradições e rituais.

No plano internacional, podemos destacar ainda a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948: *“Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”*.

Somado a isso, dispõe a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, em seu artigo V, alínea ‘e’, item iii: *“De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: (...) iii) direito à habitação;”*.

Pelo exposto, e levando-se em consideração a privação de condições dignas de moradia a que os indígenas são submetidos, e conseqüentemente de vida, e que as ações de remoção compulsória provocadas pelo Estado resultam em agravos irreversíveis para o povo indígena brasileiro, estigmatizando ainda mais essa população, o Estado nesses casos deve ser considerado responsável civilmente e objetivamente pelos danos causados, conforme o art. 37, §6o, da CRFB/88.

Conforme amplo e universal reconhecimento, o direito de morar de forma digna e segura é inerente ao ser humano e, entre nós, resta elevado à categoria de direito fundamental social, garantido constitucionalmente.

E diante da relevância do direito à moradia, em sede doutrinária ele é incluído no rol dos direitos sociais dos componentes do mínimo existencial. Nesta

linha doutrinária os direitos sociais como educação básica, saúde, acesso ao Judiciário e assistência aos desamparados, inclusos neste último, a alimentação, o abrigo e o vestuário, são tidos como o mínimo de direitos indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana.

Não é demais registrar que os direitos sociais são aqueles cujo exercício por parte do cidadão depende da atuação positiva do ente público, ou seja, reclamam uma prestação por parte do estado, impondo, conseqüentemente a existência de recursos financeiros. Portanto, como bem preceituou Canotilho[2], diante da infindável necessidade humana e da evidente limitação dos recursos econômicos dos entes públicos o exercício dos direitos sociais acabam vinculados à denominada “reserva do possível”.

Diante da tal panorama, a doutrina nacional constitucionalista, com vistas a dotar de máxima eficácia os princípios constitucionais, em especial a Dignidade da Pessoa Humana, sustenta o destaque de alguns direitos sociais prestacionais, os quais seriam incindíveis à reserva do possível. Significa dizer que o obstáculo das limitações econômicas da Administração Pública deve ser afastado diante da Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciada esta no exercício pleno e integral de direitos sociais que garantam um mínimo de existência digna.

Logo, diante da ponderação entre o direito social fundamental de assistência aos desamparados, núcleo no qual se inserem os direitos ora pleiteados, e a indisponibilidade orçamentária do Estado, o primeiro sempre prevalecerá, devendo o ente público determinar a transferência de recursos alocados em setores menos prioritários para a consecução dos fins estatais, o bem estar social e a garantia da Dignidade da Pessoa Humana.

Portanto, o direito à moradia e ao abrigo não é somente um direito fundamental social, mas também um direito que integra o fundamento do Estado Democrático de Direito, a garantia da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste sentido Ana Paula de Barcellos[3]:

*“A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento*

*pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestações de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e a da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, (...), na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições mínimas de sua própria existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se poderá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.*

Vale trazer à baila a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

**0034494-61.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO**

1ª Ementa

DES. ADOLPHO ANDRADE MELLO - Julgamento: 28/08/2015 -  
NONA CAMARA CIVEL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ALUGUEL SOCIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. CARÁTER EMERGENCIAL DA VERBA. EFETIVIDADE AO DIREITO À MORADIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Recurso contra decisão que, em demanda na qual pretende a autora o pagamento de aluguel social, já em fase de cumprimento de sentença, deferiu o bloqueio do valor de quatro mil e quinhentos reais relativos ao benefício, com o fim de satisfazer a obrigação imposta. 2. Possível o bloqueio de verba pública para fim de dar efetividade ao comando contido na sentença condenatória, mormente como os do caso em questão, em que o Estado se furta a cumpri-lo. 3. Determinação de bloqueio que encontra supedâneo na disciplina do artigo 461 do CPC, mormente ante o caráter emergencial que se reveste, já que o benefício em questão visa dar



efetividade ao direito social à moradia. 4. Não configurada a violação ao princípio da separação dos poderes, vez que a atuação do Poder Judiciário não se deu em substituição ao Poder Executivo, mas, agindo por provocação do jurisdicionado, procurou dar efetividade ao comando contido em decisão judicial. 5. Negativa de seguimento.[4]

**0046425-61.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO**

1ª Ementa

DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES - Julgamento: 28/08/2015 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALUGUEL SOCIAL. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, PARA QUE A AGRAVANTE PROMOVA A INCLUSÃO DA PARTE AUTORA NO PROGRAMA ASSISTENCIAL PRÓPRIO, PAGANDO-LHE O BENEFÍCIO DE ATÉ R\$ 500,00 MENSAIS, EM CONDIÇÕES DE IGUALDADE AOS DEMAIS BENEFICIADOS. NÃO HÁ VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS COMPETE AO PODER JUDICIÁRIO PRESTAR A TUTELA JURISDICIONAL, QUANDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE OMITE NA CONCRETIZAÇÃO DE SEUS DEVERES CONSTITUCIONAIS, ESPECIFICAMENTE NO TOCANTE À PROMOÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS RELACIONADAS AO DIREITO À MORADIA, INSERTOS NOS ARTS. 6º E 23, IX, DA CRFB. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO CONSUBSTANCIADO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL QUE PREVALECE SOBRE A TESE DA RESERVA DO POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PELO RECORRENTE DE QUALQUER DESRESPEITO À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 241 DO TJRJ. DECISÃO QUE NÃO SE REVELA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À EVIDENTE PROVA DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 59 DO TJRJ. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO A QUE SE NEGA

SEGUIMENTO COM BASE NO CAPUT DO ART. 557 DO  
CPC.0013986-23.2013.8.19.0208 – APELAÇÃO [5]

### **3 A locação social**

Além da indenização pelos danos causados, uma das formas de amenizar o sofrimento da população indígena e respeitar o seu direito à moradia é o pagamento do aluguel social, até que seja providenciada a inserção em programa de habitação, que lhe assegure concretamente o referido direito fundamental social.

Segundo as lições de Jairo Salvador de Souza: *“Não obstante o consenso social existente sobre o ‘sonho’ da casa própria – tido e havido como meta a ser alcançada em vida por qualquer cidadão, e, neste compasso, um requisito essencial para alcance da felicidade – é necessário assinalar a existência de outras formas de atendimento habitacional que também podem garantir igualmente a efetivação do direito à moradia, como, por exemplo, os exercidos em imóveis públicos (concessão de uso e concessão especial para fins de moradia), comodato ou a locação social”*.<sup>[6]</sup>

A prestação de aluguel social tem amplo amparo na legislação e doutrina nacionais e é uma forma temporária de possibilitar a moradia digna enquanto não há uma solução definitiva da questão fundiária, ou seja contemplação em unidade habitacional ou reassentamento.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, o presente trabalho buscou o estudo do direito fundamental à moradia, previsto na Constituição Federal e assegurado a todo ser humano, inclusive a população indígena, e a violação de tal direito nas remoções compulsórias praticadas pelo Estado, desrespeitando o devido processo legal necessário, conforme a normativa nacional e internacional aplicáveis, concluindo que além do não respeito a consulta pública acerca da necessidade do deslocamento, a solução para esses casos acaba sendo a realocação para terras que não cumprem com o mínimo de dignidade exigido para o exercício do mínimo existencial de cada pessoa.

Foi analisado, ainda, que o direito à moradia, enquanto direito social fundamental, constitui a base para o exercício pleno de outros direitos, tais como o direito à intimidade, ao sossego, à integridade física e psíquica, à segurança, à propriedade, à saúde, à identidade cultural, ao lazer, ao meio ambiente saudável, dentre outros, o que preserva a dignidade humana, e que não pode ser afastado pelo argumento da reserva do possível.

Dessa forma, uma das soluções apontadas, além da indenização, seria o pagamento do aluguel social, até que seja disponibilizada a inserção em programa de habitação, que lhe assegure concretamente o referido direito fundamental social. A prestação de aluguel social torna-se, portanto, uma maneira temporária de possibilitar a moradia digna, na medida em que não há uma solução definitiva da questão fundiária.

#### **Referências:**

[1] SOUZA, J. S. **Direito à Moradia, remoções forçadas e a atuação da Defensoria Pública na construção de esferas de defesa.** In: Ruggeri Ré, Aluisio Nunes Monti. (Org.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 497-528.

[2] CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

[3] BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

[4] Disponível em  
<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500235097>.

[5] Disponível em  
<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500250118>.

[6] SOUZA, J. S. **Direito à Moradia, remoções forçadas e a atuação da Defensoria Pública na construção de esferas de defesa.** In: Ruggeri Ré, Aluisio Nunes Monti. (Org.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 497-528.

## **DESIGUALDADE NA JUSTIÇA LABORAL É CRIMINOSA**

**ROBERTO MONTEIRO LOBO:**

Advogado. Pós-graduado em Direito Público.

Ao atentar contra a vida de alguém, a sua liberdade e a igualdade, seja quem for o cidadão do mais comum ao venerado dos senhores, o crime é latente e deve ser punido na forma da própria lei que possui previsão para tal mando. Assim as decisões dos tribunais, os atos dos magistrados, policiais e autoridades, devem respeitar rigorosamente o texto constitucional e os códigos vigentes.

A dignidade humana e proteção a liberdade se estende aos mais distantes dos direitos, mesmo aqueles olvidados por magistrados trabalhistas. A hipossuficiência, não delega poder de tomar de alguém aquilo que lhe pertence, e subtrair valores, impondo acordos e ou por outro dando sentenças que são verdadeiros atos de constrição, criminosa e eivada de uma perniciosa ideologia, que não se aplica, no manejo do direito.

A Constituição protege os direitos individuais contra o abuso do poder estatal, garantindo esses direitos no art. 5º da CF e delimitadas as atribuições estatais, de forma que torne ilícita qualquer conduta de agente público.

Juízes relapsos, com desvio de conduta, envolvidos em praticas lesivas, ao bom direito e ao patrimônio público, moldura um judiciário que há muito deixou de ser o abrigo das avenças individuais e coletivas, para dar lugar a situações que deixam perplexa a sociedade, que financia o judiciário mais caro do mundo.

O quadro é tão medíocre, que o afastamento de um magistrado por má conduta no exercício da profissão, contempla-o com uma das aposentadorias mais altas do país. Esta não é a justiça preconizada, pelos mestres, Sócrates, Aristóteles e Platão, e do direito Rui Barbosa. E ainda a esperada pelos brasileiros.

Esses senhores da toga, são hostis, xenófobos e se dão ao “rigor”, de olhar a sociedade com ar de extrema superioridade, isso porque por um erro constitucional, em 1988 os legisladores lhe outorgaram mais direitos que obrigações. A Loman que rege esses princípios da toga é um texto

vetusto, cruel e protecionista, dando ao juiz uma outorga de ranço ditatorial.

**Contribui para este malogrado desempenho dos juízes, a percepção de que, para 89% dos entrevistados, o Judiciário é lento; 77% afirmam que o Judiciário é caro e 66% consideram o Judiciário é difícil de ser acessado. Já 62% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é nada ou pouco honesto; e, por fim, 59% dos respondentes acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente.**

A Constituição tem em seu âmago o princípio de assegurar os direitos individuais. Esse instituto legal se estende para todos os campos do ordenamento jurídico, que tem no seu eixo o ser humano e sua objetiva paz social.

É indiferente que o Direito seja Penal, Civil, Trabalhista ou Internacional, nada se justifica ao olvidar esses princípios. Entre os bens juridicamente protegidos e definidos na Constituição. Está insito no art. 5º da CF, com extenso rol desses bens: vida, liberdade, propriedade, igualdade, privacidade, imagem, integridade física, etc.

O resultado da morosidade e incerteza jurídica reflete com o Índice de Confiança na Justiça da FGV de Direito de São Paulo quando apenas 29% da população confiavam no Judiciário como instituição capaz de solucionar seus conflitos. A pesquisa foi aferida nos segundo e terceiro trimestres de 2014. Em seguida nos anos de 2015 e 2016 a tendência foi melancólica. Além do Judiciário, apenas os partidos políticos mantiveram o mesmo índice de confiança (6%), permanecendo no último lugar do ranking.

Um dos princípios do homem é a sua qualidade de vida. Gahdhi ensina que, *“Nos momentos de dificuldade de minha vida, lembrei-me que na história da humanidade o amor e a verdade sempre venceram”*.

O princípio do direito do trabalho, se prende a justa e obrigatória remuneração da mais valia, porém, ao demandar em que pese “o direito de ação ser livre e constitucional”, se exclui qualquer tipo de golpe, torpeza ou falcatrua para enriquecimento sem causa. Ao tomar de outrem seja, pela via do *múnus* público, ou se outra forma, o crime se tipifica tal qual preconiza o código legal.

No universo das relações humanas, nada se prende a títulos e textos. Acrescento que toda cidadão seja ele hipossuficiente, tem o direito a igualdade no trato das demandas. Não pode uma justiça interativa, e de pacificação, ter em seus quadros atores xenófobos e rancorosos, indiferentes a rotina dos que produzem riqueza social.

## DA (IN)SINDICABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DA BANCA EXAMINADORA DE CONCURSO PÚBLICO

### **MARCELO CAPISTRANO CAVALCANTE:**

Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhuanguera-Uniderp. Advogado e Procurador Autárquico da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE.

**RESUMO:** O trabalho chama a atenção especialmente para o questionamento acerca da possibilidade ou não de o Poder Judiciário realizar um controle sobre os critérios de correção das bancas examinadoras de concursos públicos. A investigação a que se procedeu na confecção deste singelo artigo principiou-se pela importância da realização dos concursos públicos no cenário pátrio atual. O controle judicial sobre os atos da Administração Pública foi elencado como assunto seguinte de igual importância. Por fim, analisa-se a temática exposta no título do trabalho em referência, exibindo-se os dois entendimentos diametralmente opostos, posto que com suas respectivas argumentações defensivas. É afinado nesse diapasão que este breve escrito se propõe, preordenado a contribuir para o fomento de um debate, seja na seara acadêmica, seja na doutrinária e, principalmente, no meio pretoriano, onde brotam decisões que tenham enfrentado, direta ou indiretamente, a temática aqui tocada. O procedimento metodológico foi de pesquisa essencialmente bibliográfica e documental e, quanto aos objetivos, descritiva e exploratória.

**Palavras-chave:** Concurso público. Critérios de correção. Poder Judiciário. Controle.

**Sumário:** Introdução; 1 Aprovação em concurso público: direito subjetivo ou expectativa de direito à nomeação?; 1.1 Situações peculiares; 2. Controle judicial da atividade administrativa; 3. Da (in)sindicabilidade do Poder Judiciário sobre os critérios de correção da banca examinadora de concurso público; 3.1 Da importância do papel das Bancas Examinadoras na elaboração e correção das provas; 3.2 Da impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre os critérios de correção; Conclusão; Referências bibliográficas.

## Introdução

Cediço que o concurso público sagra-se como verdadeira “porta de entrada” para aqueles que aspiram a um espaço nos quadros da Administração Pública. Com assento constitucional, baseia-se, precipuamente, na meritocracia dos candidatos, que se lançam a uma rotina de intensa dedicação e de infinitas horas de estudo.

De outra banda, a Administração Pública precisa se preparar para a realização das respectivas provas. Não raro, delegam tal atribuição a instituições especializadas encarregadas de elaborar exames condizentes com as atribuições dos respectivos cargos.

Nesta toada, a metodologia de correção das referidas provas, mormente as discursivas, demanda uma análise técnica dos examinadores, muitas vezes não bem quista pelos candidatos examinados. Como corolário dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, há o direito de acesso às provas realizadas e o respectivo “espelho de correção”, a fim de que o examinado verifique a exatidão da pontuação levada a cabo.

Verificado o equívoco, forçoso reconhecer o entendimento de que a Administração, amparada em autotutela, na preservação do interesse público, possui o “poder-dever” de proceder à correção da pontuação. Porém, o cerne do presente artigo possui a pretensão de tratar situação mais delicada, qual seja: a possibilidade ou não de o Poder Judiciário proceder à correção das provas, fazendo as vezes de Bancas Examinadoras, em detrimento da posição externada por essas, que se negaram, justificadamente, a acatar as reivindicações dos candidatos no prazo administrativo determinado em Edital.

Portanto, o presente trabalho objetiva aclarar os principais pontos de conflito acerca do controle judicial sobre os critérios de correção das Bancas Examinadoras dos certames públicos. Dessa forma, pretende-se expor os caminhos trilhados por doutrinadores de escol e Tribunais Superiores, mostrando, ademais, os principais argumentos levantados no debate em testilha.



1 Aprovação em concurso público: direito subjetivo ou expectativa de direito à nomeação?

Quando a Administração torna público um edital de concurso, viabilizando a participação da sociedade no processo de seleção para o preenchimento de vagas no serviço público, deve ela pautar seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Logo, os interessados a participar do certame depositam sua confiança no Estado, que deve, repise-se, pautar-se pelas normas do edital, em observância ao princípio da segurança jurídica como guia comportamental.

O entendimento de que o candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo à nomeação é legítimo no campo dos certames públicos, que sempre devem se pautar conforme os princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público.<sup>[1]</sup>

A par das discussões primevas feitas nas Cortes brasileiras a respeito da existência de direito subjetivo ou de mera expectativa de direito àqueles aprovados dentro do número de vagas previstas no Edital do certame, o Supremo Tribunal Federal, em julgado paradigmático<sup>[2]</sup>, enfatizou que, uma vez publicado o edital do concurso com número determinado de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, conseqüentemente, um direito subjetivo à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

Ao longo do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, conquanto não poderá dispor sobre a própria nomeação, que, uma vez aprovado dentro do número de vagas, passa a constituir um direito do candidato aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público.

De outra banda, há que prevalecer o entendimento segundo o qual candidato aprovado em concurso público, mas que esteja fora do número de vagas previstas inicialmente pelo edital, possui mera expectativa de direito à nomeação, e não direito subjetivo, a ponto de gerar garantias de assunção do cargo, vale dizer, o surgimento de novas vagas, dentro do prazo de validade do concurso, não impõe à Administração o dever de preenchê-las, porquanto a nomeação dos aprovados sujeita-se ao juízo discricionário da Administração, ou seja, aquele pautado nos critérios de conveniência e oportunidade do caso concreto. A adoção de uma ou outra solução é facultada ao administrador porque não prontamente definida pelo

legislador, que deixou um campo em aberto para aferição da melhor medida a ser tomada diante de situações concretas.<sup>[3]</sup>

Por fim, impende registrar que a mera expectativa de direito de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.<sup>[4]</sup>

Logo, não se pode perder de vista que o direito subjetivo só é titularizado por aqueles aprovados dentro do número de vagas ofertadas em certame, de modo que os aprovados fora das vagas possuem tão somente expectativa de direito.

### **1.1 Situações peculiares**

Em que pese a afirmação de que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, não se pode olvidar a possibilidade de situações excepcionalíssimas que dão amparo a soluções diferenciadas, como a de recusa da Administração Pública de nomear novos servidores.

Nesta toada, o próprio Pretório Excelso, em julgamento feito sob o crivo de Repercussão Geral, elencou situações que justifiquem a excepcionalidade da recusa à nomeação de servidores aprovados ainda que dentro do número de vagas. Devido a sua importância ímpar na matéria, segue destacada e ementa do julgado em referência:

*Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo*

*das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.<sup>[5]</sup>*

Ademais, em que pese ser pacífico o escólio jurisprudencial e doutrinário de que o candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo de ser nomeado e empossado no período de validade do certame, impera ressaltar discutível precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à disposição de Edital que prevê a possibilidade de não serem preenchidas todas as vagas oferecidas.

Decidiu-se que o candidato aprovado dentro do número de vagas não possui direito subjetivo à nomeação na situação em que haja disposição editalícia prevendo a possibilidade dos candidatos aprovados serem convocados em número inferior ao das vagas oferecidas no certame, em consonância com a disponibilidade orçamentária existente.<sup>[6]</sup>

Em precedente no mesmo sentido, assentou-se que, no caso concreto, o edital condicionava as nomeações à necessidade do serviço, disponibilidade financeira e orçamentária e existência de cargos vagos, não vinculando a Administração à nomeação de número determinado de candidatos. Destarte, em tal circunstância, impera prevalecer o estabelecido no instrumento convocatório, em atenção aos princípios da vinculação ao edital e da discricionariedade da Administração Pública.<sup>[7]</sup>

A despeito de poucos serem os precedentes, é preocupante seu eventual prevalecimento, seja do ponto de vista da segurança jurídica, seja pelos abusos da Administração que porventura possam surgir na feitura de referidas cláusulas, por se apresentarem bastante porosas caso a disponibilidade financeira e orçamentária não sejam demonstradas, tal qual ocorre não raro em alegações genéricas na utilização pelo Poder Público da “Reserva do Possível”.

De outra banda, há um grande retrocesso na proteção aos direitos dos candidatos aos certames públicos, levando-se em consideração que, a partir de agora, a Administração está jurisprudencialmente resguardada a trazer esta previsão, fazendo com que, na prática, os candidatos voltem a ter mera expectativa de serem nomeados.

## **2 Controle judicial da atividade administrativa**

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra guarida constitucional no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

É cediço que a vinculação ao princípio da legalidade, por parte da Administração Pública, parte de um critério de subordinação à lei, só sendo permitido àquela se portar em consonância com o estabelecido legalmente, diferentemente do particular administrado, que deve observar o princípio da legalidade sob uma perspectiva de não-contradição, sendo a ele permitido fazer tudo que não se queda proibido.

Nesta toada, o móvel a ser atingido por todo administrativo centra-se na satisfação do interesse público, constituindo esse a finalidade de todo ato administrativo.

Mais precisamente, cumpre agora verificar a possibilidade de controle judicial sobre um ato administrativo discricionário. Em verdade, Celso Antônio Bandeira de Mello bem elucida em artigo específico:

Quer-se dizer: não é o ato que é vinculado ou discricionário; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais "elementos" dele são sempre vinculados. [...] Em verdade, discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais e vinculada é sua situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração.<sup>[8]</sup>

Portanto, diferentemente da vinculação, ocorrente quando da situação restar apenas um comportamento possível, e, por consequência, compulsório ao administrador público, verifica-se a discricionariedade quando há uma pluralidade de resultados possíveis e aptos à consecução

do fim público, cabendo à Administração a seleção do procedimento que melhor aprover ao interesse da coletividade.

Nada obstante, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o poder discricionário não pode se revestir de cariz absoluto, infenso à apreciação judicial:

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos de legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade/ neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.<sup>[9]</sup>

No mesmo sentir, João Antunes dos Santos Neto apregoa que faculdade, para a Administração, implica a ideia de discricionariedade, sendo que esta encontra permissivo e limites no ordenamento pátrio, também se exercendo em face do interesse coletivo.<sup>[10]</sup>

Nada obstante, se a situação se referir a um conceito valorativo, cuja significação implique apreciação subjetiva do administrador público, não se sagrará possível o controle judicial, ressalvados os casos concernentes aos elementos vinculados do ato administrativo, quais sejam, a competência, a forma e a finalidade, sob pena de o Poder Judiciário substituir a própria atividade da Administração.

Nesta toada, colhe-se o ensinamento de Luciano Ferreira Leite:

O controle amplo, compreendendo atos decorrentes de atividade discricionária, não significa que possa o Poder Judiciário, nas hipóteses referidas, modificar os critérios subjetivos que nortearam esses atos, operando uma substituição à vontade administrativa, através de eleição de outros critérios. Tal procedimento acarretaria irremissível violação ao princípio constitucional da tripartição dos poderes. O que cabe ao Judiciário verificar em sua atividade de controle dos atos administrativos baseados na discricionariedade dos agentes, é se a escolha levada a efeito pela Administração se manteve nos lindes do

razoável, não transbordando os limites a que está sujeita pelo ordenamento jurídico positivo.<sup>[11]</sup>

Impera enfatizar que situação bem distinta da análise e substituição de critérios valorativos utilizados pela Administração, no que tange à análise da questão “Poder Judiciário X Bancas Examinadoras de Concursos Públicos”, é a verificação de observância ao princípio da legalidade, ao da vinculação ao conteúdo programático do edital do certame, ao da razoabilidade e proporcionalidade etc. Nesta toada, Germana de Oliveira Moraes professa:

O controle judicial da legalidade dos procedimentos de correção de exames- seja da avaliação das respostas, seja da atribuição de notas, é matéria pacífica que não suscita maiores problemas no âmbito do Poder Judiciário. Se a Banca examinadora, no ato de correção das provas, afasta-se da lei e dos regulamentos, aos quais as instituições de ensino se vinculam ou dos editais, leis internas de certames vinculativas do Poder Público, cabe ao Judiciário invalidar, conforme o caso, os atos de procedimento de correção, a nota resultante deste procedimento ou até, nos casos mais extremos, todo o processo seletivo.

É ainda importante destacar que os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade impõem que as perguntas sejam formuladas de modo inteligível, de maneira que o candidato possa compreender com clareza o que se pretende saber com a indagação; inequívoco, de forma a não ensejar dubiedades, e congruente, sem conter contradições intrínsecas. Os quesitos redigidos de modo ininteligível, equívoco (dúbio) ou incongruente (contraditório) ensejam sua anulação para todos os candidatos. A anulação de quesitos igualmente para todos os candidatos não importa qualquer desequilíbrio na competição.<sup>[12]</sup>

No mesmo sentir, há o escólio de Marçal Justen Filho:

O interessado tem direito de conhecimento do resultado da correção, especialmente quando envolver alguma espécie de avaliação subjetiva- tal como se passa nas provas discursivas. Justamente por isso, o interessado tem direito de obter vista da prova e de sua correção [...]

Não se pode rejeitar o controle sobre a decisão do concurso mediante o argumento de um poder “discricionário” ilimitado da banca examinadora. É evidente que existem situações que comportam margem mais acentuada de avaliação discricionária, tal como se passa com provas orais. Mas isso não significa que o controle seja incabível.<sup>[13]</sup>

Ante o exposto, torna-se ilegal a postura adotada por diversos órgãos que não admitem, por exemplo, o pleno acesso do candidato às suas provas ou aos respectivos gabaritos (espelhos de correção), assim como são igualmente absurdas correção de provas e divulgação de resultados sem a necessária fundamentação. Não menos teratologia é a situação em que recursos administrativos interpostos por candidatos são indeferidos sem a necessária fundamentação, o que revela uma prática de impedimento ao candidato de impugnar a correção atribuída.<sup>[14]</sup>

### **3. Da (in)sindicabilidade do Poder Judiciário sobre os critérios de correção da banca examinadora de concurso público**

Sabe-se que o Edital de um Concurso Público é a norma geral do certame. Portanto, nele mesmo deve haver a previsão de que sua Banca Examinadora constitui última instância para recurso, sendo soberana em suas decisões, razão pela qual serão incabíveis quaisquer recursos adicionais. Ou seja, a decisão final sobre a pontuação das avaliações dos candidatos compete exclusivamente à Banca.

#### **3.1 Da importância do papel das Bancas Examinadoras na elaboração e correção das provas**

Ao lado da inegável exigência constitucional de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, CF), tem-se tornado corriqueira a contratação de entidades específicas para a prestação de serviços técnicos especializados de

organização e realização de concursos públicos. Tal contratação tem por finalidade garantir mais isenção e credibilidade na escolha das melhores e mais capacitadas pessoas para ingressarem nos quadros públicos, tudo isto com esteio no princípio constitucional da impessoalidade.

Eis a razão, portanto, de se conferir como encargo contratual à entidade organizadora do certame a “soberania” para receber e avaliar os títulos, estabelecendo-se critérios objetivos para este exame. Esta atribuição enaltece a isenção na Administração Pública e, particularmente, dos membros de qualquer comissão coordenadora de concurso público na apreciação valorativa das provas feitas pelos candidatos.

A par da existência de algumas instituições ainda preferirem tomar as rédeas na elaboração de seus respectivos certames, cumpre salientar que a Administração Pública, não raro, carece de conhecimento técnico especializado na organização de todos os procedimentos necessários para a realização de um concurso público de expressiva magnitude. Todo o conhecimento pedagógico e técnico especializado para elaborar e corrigir questões, treinar e coordenar fiscais, aplicar provas, prestar apoio logístico (transporte de representantes e fiscais, acondicionamento de provas, organizações dos locais de provas etc.), dentre outras atribuições, é atividade especializada das entidades organizadoras de concursos públicos.

Por esta razão, cabe à Administração— e neste tocante à comissão coordenadora do concurso público – a responsabilidade pelo controle de legalidade de todos os procedimentos relativos ao certame, verificando a sua adequação à legislação federal, estadual e municipal, bem como às normas editalícias, especialmente no que tange à publicação dos editais e homologação do resultado final do concurso público.

De outra banda, buscando manter a isenção do concurso público, a Administração contrata uma Instituição ou empresa idônea para realizá-lo, como, por exemplo, a Fundação Carlos Chagas –FCC ou o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UnB, as quais, durante o transcorrer do concurso, devem cumprir as condições previstas no edital, inclusive respeitantes aos critérios de correção das provas.

### **3.2 Da impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre os critérios de correção**

Mais uma vez, não se ignora que muitos setores administrativos ainda preferem elaborar e coordenar o processo seletivo de suas respectivas carreiras, o que, com a devida vênia, mostra-se procedimento duvidoso,



dando oportunidades a suspeitas de favorecimento ou quebra de isonomia entre os candidatos, deflagrado, principalmente, pela falta de impessoalidade.

Nesta toada, preferível que todas as etapas do concurso fossem integralmente executadas sob a responsabilidade exclusiva da empresa contratada, não havendo servidores ou dirigentes da Administração na composição da Banca Examinadora, inexistindo, com isso, possibilidade daquela interferir na realização das etapas do concurso, de acordo com as disposições do contrato firmado entre ambas.

Nesse sentido, Germana de Oliveira Moraes bem explicita cautela que se há de ter para não malferir o princípio da isonomia:

*Já o controle jurisdicional de constitucionalidade, no campo do direito dos exames, envolve maiores dificuldades, pois as fronteiras entre a verificação da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública e o exame de mérito do ato administrativo nem sempre são perfeitamente delimitadas. Incumbe ao julgador, em cada caso, traçar esses limites, tendo sempre em mente que a sua capacidade de revisão do procedimento da Comissão Examinadora somente deve cessar, no reexame judicial de provas de concursos públicos, quando esbarrar na impossibilidade de lançar mão de critérios objetivos ou sua interferência puder desequilibrar a competição com prejuízos ao princípio constitucional da isonomia, considerando ser a finalidade das seleções de recrutamento de servidores públicos ou de ingressos em universidades propiciar iguais oportunidades de acesso a todos os candidatos.*

[...]

*Argumenta-se que o controle jurisdicional somente pode ir a ponto de, reconhecido o vício de inconstitucionalidade, determinar à Banca Examinadora que proceda à reavaliação da prova, encontrando-se, no entanto, impossibilitado, ele mesmo de o fazer, por si ou com auxílio de técnicos especialistas, porque somente assim se salvaguardaria a igualdade de oportunidades aos concorrentes, cânone*

*orientador de todo procedimento de exames. As provas de todos os candidatos seriam, assim, avaliadas pelos mesmos examinadores, sem que um ou outro possa beneficiar-se pela diferença entre aqueles que os avaliam.*<sup>[16]</sup>

Quanto à possibilidade de correção e análise de questões pelo Poder Judiciário, de fato, no MS 30859, de Relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 28/08/2012, o Supremo Tribunal Federal, em um caso excepcionalíssimo, entendeu por bem anular questões objetivas do 25º concurso para provimento do cargo de Procurador da República, por conta de uma situação teratológica, visivelmente equivocada.

Consoante excerto inserto no próprio voto do Eminentíssimo Ministro Relator, deixa-se bem claro que não se aplica, assim, por inadequada ao caso dos autos, a jurisprudência pacífica de que o Poder Judiciário não deve atuar como órgão revisor de concurso público:

*Contudo, alega o Impetrante que sua inabilitação decorre de equívoco na elaboração da questão de nº 71, de Direito Civil, que, no seu entender, mereceria anulação, pois sua formulação teria ocorrido com base em obra acadêmica que, na verdade, compilaria lições doutrinárias e, por questão redacional, poderia ter induzido o elaborador da questão em erro. No que concerne ao conteúdo da questão e da resposta oficialmente admitida como correta, haveria inadequada compreensão dos conceitos juscivilistas de domicílio e residência como sinônimos, contrariando, inclusive, o disposto no Código Civil. [...]Cuida-se de questionamento contra o gabarito apresentado pela banca do concurso em relação a questão que equiparou os conceitos de domicílio e residência de maneira a configurar erro grosseiro. (...)Não se trata, in casu, de reavaliação pelo Poder Judiciário de gabarito de questão em concurso público quando há controvérsia quanto ao tema. Na hipótese dos autos, se está diante de erro grosseiro, na medida em que domicílio e residência são institutos jurídicos com conteúdos sabidamente distintos, configurando erro grosseiro o gabarito que considera o contrário. Não se aplica, assim, por*

*inadequada ao caso dos autos, a jurisprudência pacífica de que o Poder Judiciário não deve atuar como órgão revisor de concurso público.*<sup>[16]</sup>

Portanto, a situação supracitada representa um caso excepcional, alheio ao entendimento pacífico de insindicabilidade do Poder Judiciário no mérito de questões de concurso, ademais discursivas, em que o grau de subjetividade deve partir apenas dos componentes da Banca Examinadora, aptos a atribuírem as devidas notas com independência e imparcialidade. Nesta toada, somente deve se admitir a revisão dos critérios adotados pela banca em situações excepcionais, como erro crasso na questão.

Não se pode negar que há consistente entendimento doutrinário em sentido contrário, favorável a uma ampla possibilidade de reforma, pelo Poder Judiciário, dos critérios de correção das Bancas Examinadoras, conforme se extrai de excerto doutrinário abaixo destacado:

*A conclusão a que chegamos é que na correção de provas discursivas é possível o controle judicial para afastar ilegalidades e violação aos princípios constitucionais, tudo em seu aspecto mais amplo. A resistência criada pelos Tribunais quanto ao controle judicial do ato de correção de provas, sob o argumento de preservação da discricionariedade da Administração, atende, na realidade, ao objetivo prático de evitar a inundação do Poder Judiciário com litígios dessa natureza, de difícil exame, pela quantidade e porque dependentes da apreciação de matérias altamente especializadas. A verdadeira razão de tamanha resistência é uma suposta impossibilidade material desse controle e não por impossibilidade jurídica. No entanto, tal postura representa uma negação total do direito fundamental de amplo acesso à Justiça facilitando a criação de meios de burlar o concurso público com a chancela do Poder Judiciário.*

[...]

*Assim, conclui-se que em havendo erro na correção da questão de prova de concurso público, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitida*

*a intervenção do Poder Judiciário, sendo necessária a produção de prova pericial, quando se tratar de matéria técnica, para comprovar as alegações dos candidatos prejudicados, pois isso é uma decorrência do direito fundamental ao contraditório e do acesso à justiça.*<sup>[17]</sup>

Entretantes, sabe-se que, à luz da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os critérios de formulação e correção de provas de concurso público são matérias insindicáveis pela via judicial. Nesse sentido, há de se conferir, a título meramente exemplificativo, os seguintes julgados:

*EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. COMPATIBILIDADE ENTRE AS QUESTÕES E OS CRITÉRIOS DA RESPECTIVA CORREÇÃO E O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES DO STF. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. 1. O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA). [...].*<sup>[18]</sup>

*[...] Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público. MPU. 3. Colhe-se dos autos que o edital de abertura do certame publicado na imprensa oficial foi integralmente reproduzido no sítio eletrônico do CESPE. 4. Correção da prova discursiva por meio de tópicos. Não configurada violação ao princípio da vinculação ao edital. 5. Não compete ao poder judiciário, no controle de legalidade, substituir a banca examinadora para avaliar as respostas*

*dadas pelos candidatos e as notas a elas atribuídas. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.* [19]

Ratificando o pacificado entendimento jurisprudencial acima externado, Celso Spitzcovsky assevera que o campo da legalidade é o único fértil à ingerência do Poder Judiciário. Por exemplo, é perfeitamente impugnável por via judicial uma questão cujo teor esteja alheio ao do conteúdo programático previsto no Edital.

*Em vista do perfil assumido pelo princípio da separação dos Poderes, revela-se impossível ao Judiciário reapreciar os critérios de correção das provas efetuadas pela banca examinadora.*

*Ao assim proceder, estaria o Poder Judiciário adentrando o mérito do ato, as razões que orientaram a correção, o que não se admite, por força desse princípio.*

*A única possibilidade que se vislumbra é aquela que o mérito da correção resvala pelo campo da ilegalidade, implicando lesão ou ameaça a direito do candidato.* [20]

No mesmo sentido, está o escólio de Alexandre de Moraes, sustentando a impossibilidade de o Poder Judiciário fazer as vezes da Banca Examinadora no que tange aos critérios valorativos de correção das provas.

*Assim, em relação à avaliação para ingresso na carreira pública, permanece a impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário na valoração dos critérios adotados para a avaliação, consagrando-se, porém, a plena possibilidade da revisão judicial para garantir a efetividade, principalmente, dos princípios da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e a salvaguarda dos direitos individuais.*

*Portanto, é vedado ao Judiciário interferir na esfera da Administração para valorar os critérios adotados por ela, não apreciando matéria referente ao conteúdo de questões, mas*

*somente verificar e julgar a constitucionalidade, legalidade e infringência dos processos seletivos. Não pode, pois, a correção de provas e atribuições de notas estabelecidas pela Banca Examinadora ser discutida pelo Poder Judiciário, que está proibido de substituir as funções da Banca Examinadora.*

*Ao Poder Judiciário, portanto, é defeso substituir o critério valorativo para correção das questões pelo da Banca Examinadora em concursos públicos.*

*Observe, porém, que a discricionariedade da Banca Examinadora não poderá confundir-se com arbitrariedade, em desrespeito aos princípios constitucionais da administração pública, possibilitando, nessas hipóteses, plena revisão do Poder Judiciário. [21]*

José dos Santos Carvalho Filho aduz que esses critérios não podem ser reavaliados no Judiciário, pois, a par de serem privativos da Administração, eventual reapreciação implicaria ofensa ao princípio da separação dos Poderes. [22]

Lucas Rocha Furtado também comunga do entendimento de que a fixação de limite à intervenção judicial no exame do gabarito do concurso público se faz imprescindível porquanto, caso contrário, estar-se-ia apenas substituindo o critério subjetivo da banca examinadora, especialmente constituída para elaborar as questões e corrigir as respostas produzidas sem conhecer a identidade do candidato, por outro critério igualmente subjetivo (o do próprio magistrado), que, evidentemente, tem ciência de quem será beneficiado ou prejudicado com a decisão que venha proferir. [23]

Vê-se, pois, que a Banca Examinadora é a autoridade máxima e soberana no que diz respeito à correção das provas e atribuição da pontuação correspondente. Nem podia ser diferente. Tal medida é necessária para manter a isenção do concurso público. Afinal, essa é a razão que leva o Poder Público a contratar empresa idônea.

Em contrário, tal proceder afiguraria-se-ia desarrazoado, pois tal recorção acarretaria uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da isonomia, eis que todos os candidatos tiveram suas provas corrigidas pela mesma Banca, e que, certamente, ficariam em desvantagem quando

deparados a ulteriores correções de tão somente um ou outro candidato que recorreu indevidamente aos auspícios do Poder Judiciário para exibir seu inconformismo com a pontuação lhe atribuída.

### **Conclusão**

Ao longo do texto, deixou-se claro a importância do concurso público como mecanismo de inserção de indivíduos da sociedade nos quadros e carreiras da Administração Pública. De fato, só por meio da realização de provas de certames é que o ingresso na máquina estatal faz-se com esteio na meritocracia. Afinal, sagra-se aprovado aquele mais bem preparado ao exercício da função pública, e não aquele indicado por puros padrões de nepotismo.

Nada obstante, aumenta exponencialmente a dificuldade das provas realizadas, seja nas mais diversas áreas ofertadas, o que faz com que os critérios de correção tornem-se mais refinados, e, não raro, inacessíveis à compreensão dos candidatos.

Por vezes, a contenda entre o candidato e a Banca Examinadora gera sua judicialização, fazendo com que o Poder Judiciário seja instado a se manifestar e decidir o caso concreto.

Durante a exposição do artigo, deixou-se claro a plena possibilidade de o Poder Judiciário determinar a Bancas Examinadoras que respeitem as condicionantes editalícias e legais, como apresentação de espelho de correção, abertura de prazo para interposição de recursos administrativos etc.

O que se erige como principal questionamento, em verdade, é a possibilidade ou não de o Poder Judiciário, uma vez analisados os critérios de correção de provas (principalmente discursivas), proceder à respectiva revisão.

De um lado, evidenciou-se o entendimento sustentado por aqueles no sentido de que pode o Poder Judiciário, pelo princípio da inafastabilidade jurisdicional, proceder à correção da nota do candidato, uma vez detectado o desacerto do critério utilizado pela Banca Examinadora.

Com as devidas vênias de estilo que se há de ter para com tal entendimento, assim não parece correto. É que, em que pese o controle jurisdicional sobre os atos administrativos, esse não se desvela absoluto. Não se pode adotar como regra geral o raciocínio de que os membros do Poder Judiciário possam fazer as vezes dos integrantes das Bancas Examinadoras de concursos públicos.

Primeiramente, porque é ínsito à discricionariedade administrativa a valoração sobre os critérios utilizados pelos examinadores. É de se deixar claro que a Banca Examinadora, no que tange à correção procedida, é soberana em suas decisões, devendo ser respeitada a discricionariedade das correções proferidas, evitando-se a impossibilidade de ingerência do Poder Judiciários sobre a valoração levada a cabo por corpo especializado e especificamente composta para proceder à elaboração do certame.

Ademais, haveria verdadeira violação à separação dos Poderes caso os integrantes do Judiciário, pudessem, a seu puro talante, imiscuir-se nos critérios de correção adotados por corpo técnico especializado. O magistrado, a despeito dos notórios conhecimentos jurídicos que deve ostentar, não comporta um conhecimento de todas as áreas técnicas aptas a serem cobradas nos certames referentes às mais diversas áreas científicas, como Medicina e Engenharia, por exemplo, revelando verdadeira afronta ao princípio da isonomia a possibilidade de correção apenas das provas referentes a cargos jurídicos.

Por fim, a sugestão do auxílio do magistrado por um corpo técnico especializado da área em debate, a despeito de solucionar o subsídio para o conhecimento posto em lide, ainda desrespeita a soberania que deve pertencer única e exclusivamente à Banca Examinadora, formada especialmente para o concurso em questão.

Ante o esposado, tirante exceções que comportam correções dotadas de alto grau de teratologia, como puro erro material, por exemplo, tem-se que o Poder Judiciário não pode atuar além dos critérios de legalidade que circundam o certame, sob pena de desnaturar sua típica função judicante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

DANTAS, Alessandro. **Concurso público**: controle das provas discursivas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, [ano 18, n. 3617, 27 maio 2013](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24533>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1997.



FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **“Relatividade” da Competência Discricionária**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 3, junho, 2001. Disponível em: . Acesso em: 22 de julho de 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da Anulação Ex Officio do Ato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2004.

SPITZCOVSKY, Celso, **Concursos públicos**: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência - São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

NOTAS:

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 855.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 598099/MS - Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/08/2011.

[3] Veja-se, a propósito, ementa de julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1. Os aprovados em concurso público têm apenas expectativa de direito, em virtude da discricionariedade administrativa, submetendo a nomeação dos

candidatos ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, e não viola, destarte, os princípios da isonomia e legalidade. Não há, portanto, qualquer direito líquido e certo aos demais candidatos que, fora das vagas indicadas no edital, seguirem como suplentes na ordem de classificação do certame. 2. Não restaram comprovadas as hipóteses excepcionais como, por exemplo, quando ocorre preterição na ordem de classificação dos candidatos, criação de novos concursos enquanto vigente o anterior, ou na hipótese de contratação de servidores precários para mesmas funções do cargo em que o concurso esteja em andamento. 3. Ainda que novas vagas surjam no período de validade do concurso, - por criação de lei, ou mesmo por força de vacância -, o seu preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 21.362/SP - Relator: Min. Vasco Della Giustina. Sexta Turma. Julgamento: 18/04/2012

- [4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.632/MA - Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento: 10/04/2013
- [5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 598099/MS - Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/08/2011.
- [6] \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS 35211/SP - Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgamento: 09/04/2013
- [7] \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RMS 37249/SP - Relator: Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgamento: 09/04/2013
- [8] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **“Relatividade” da Competência Discricionária**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 3, junho, 2001. Disponível em: . Acesso em: 22 de julho de 2013.
- [9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 1997, p. 181.
- [10] SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da Anulação Ex Officio do Ato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2004, p 157.
- [11] LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 74.
- [12] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 181.

- [13] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 867.
- [14] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 906.
- [15] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 181-182
- [16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 30859/DF - Relator: Min. Luiz Fuz. Primeira Turma. Julgamento: 28/08/2012.
- [17] DANTAS, Alessandro. **Concurso público**: controle das provas discursivas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3617, 27 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24533>>. Acesso em: 26 ago. 2013.
- [18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 30860/DF - Relator: Min. Luiz Fuz. Primeira Turma. Julgamento: 28/08/2012.
- [19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 30433/DF - Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento: 13/09/2011
- [20] SPITZCOVSKY, Celso, **Concursos públicos**: limitações constitucionais para os editais : doutrina e jurisprudência - São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 54.
- [21] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 836.
- [22] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 586.
- [23] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 905.

## FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A BOA-FÉ

**SILVIA MARIA DE PAULA NASCIMENTO:**

Bacharel pela Faculdade de Direito de Franca. Pós-graduada pela Universidade Católica Dom Bosco. Procuradora Municipal de São Carlos/SP.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo trazer reflexões sobre a personalização do Direito Contratual à luz da Constituição Federal. Tem como escopo trazer a ressignificação da função social do contrato como um mecanismo de preservação contratual, visando o equilíbrio das partes contratantes.

**PALAVRAS CHAVES:** direito contratual; função social; boa-fé; ética; eticidade; isonomia; equilíbrio.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Função social do contrato como cláusula geral. 3. Princípios da Boa-fé. 4. Conclusão.

---

### 1. Introdução

A dinâmica social da sociedade hoje estabelece vínculos obrigacionais decorrentes de diversas fontes. Uma das mais importantes atualmente são os contratos. A chamada sociedade de massa gera diariamente milhares de contratos por dia. Nesse sentido, e evitando o desequilíbrio entre as partes, o Código Civil de 2002 buscou criar mecanismos para atenuar eventuais protagonismos de uma das partes contratantes.

### 2. Função social do contrato como cláusula geral

A função social é uma cláusula geral, aberta a várias significações em virtude de sua vagueza semântica, evitando a mera subsunção da lei ao fato, tornando o direito mais vivo, e dinâmico. Desta forma, vem corroborar com o enunciado 21 e 22 da Primeira Jornada de Direito Civil:

Enunciado 21: a função social do contrato prevista no art. 421 do novo código civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do

contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado 22: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo código civil, não elimina o princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individuais relativo à dignidade da pessoa humana.<sup>[1]</sup>

A lei de introdução a todos os códigos em seu artigo 5º proclama que “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”. Seguindo tal preceito, a norma maior em 1988 destacou que a propriedade também teria uma função social.

No art. 5º, XXIII e 179, caput e inciso III a CF incorporou a função social da propriedade como um dos direitos fundamentais, e princípio de ordem econômica, devendo atender ao interesse social e à utilidade pública. Para que se atenda à função social, a propriedade sofre limitações de várias espécies, pode-se citar o uso e a desapropriações facultadas ao Poder Público, o IPTU progressivo, as restrições do direito de vizinhança e outras formas de natureza obrigacional “propter rem”. Tal função é estendida aos contratos, porque estes são o meio pelo qual se pré-estabelece a transferência de propriedades, seja esta por tradição, ou inscrição no registro competente, sendo a propriedade tutelada pela função social, deve ser também o contrato ser tutelado.

Tendo tal conceito em exame, leva-se ao raciocínio de que a função social do contrato valoriza o trabalho humano, a livre iniciativa, a dignidade da existência, a igualdade em direitos e obrigações, não apenas entre as partes, mas também perante toda a sociedade.

A função social estabelece duas consequências, uma *intra partes* e outra *extra partes*. Um contrato pode ser bom para as partes contratantes, porém ruim para a sociedade, por exemplo, um contrato firmado entre uma empresa e uma agência de publicidade, com um comercial manifestadamente discriminatório, este contrato, segundo Flávio Tartuce seria nulo, por “nulidade por fraude a lei imperativa diante de ato emulativo.”<sup>[2]</sup>

A função social do contrato não se volta para uma das partes como se houvesse uma hipossuficiência de algum elo da relação jurídica, pois não se considera as condições pessoais dos contratantes, mas sim a licitude do conteúdo do contrato, sendo objetivamente consideradas em face do instrumento contratual.

Levando em consideração o aspecto de cláusula geral, a função social da propriedade, não se pode dispensar a interpretação do juiz em cada caso concreto, visando adaptar melhor a realidade e de acordo com todos os tipos de interpretação possíveis.

No Código Civil de 2002, a função social do contrato, vem corroborar o princípio da socialidade do jurista Miguel Reale, visando atenuar o *pacta sunt servanda* em busca de “promover uma justiça mais comutativa”.<sup>[3]</sup> Conforme o enunciado 23 da Primeira Jornada de Direito Civil:

Enunciado 23: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

O aspecto social na esfera moderna foi abordado por Mário Aguiar Moura de forma bem interessante em seu livro:

O contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde que sobre as vontades individuais em confronto se assente o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, com o propósito maior de evitar o predomínio do economicamente forte sobre o economicamente fraco.<sup>[4]</sup>

Desta forma, a função social do contrato, desdobra-se como uma cláusula geral de extrema importância nos dias atuais, evitando injustiças ou

situações de desequilíbrios entre as partes das relações contratuais e principalmente sua importância perante a sociedade.

### **3. Princípios da boa-fé**

A boa-fé surgiu do direito alemão, pela teoria da confiança nas declarações, afastando a atuação integral da teoria da vontade, e a passando a valorizar o estado psíquico das partes no momento da declaração da vontade. No direito brasileiro surgiu como necessidade do Direito Civil Constitucional irrigado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assumindo como cláusula geral, sendo apta a se moldar a cada caso concreto, evitando, assim, o engessamento do sistema. Segundo Nelson Rosendal, a “boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.”<sup>[5]</sup>

A boa-fé tem caráter multifuncional, condizente com o princípio da operabilidade do Código Civil de 2002. Possuindo caráter interpretativo, de controle e integrativo.

A boa-fé tem caráter interpretativo, pois visa à tutela da confiança, nos negócios jurídicos como refere o art. 113 do CC/02: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Derivados desse pensamento, podem-se citar preceitos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Como por exemplo, os contratos gratuitos que serão interpretados estritamente e as cláusulas no sentido mais favorável à parte aderente, pois se pressupõe uma hipossuficiência contratual da parte aderente.

Possui características de controle, quando define abuso de direito como ato ilícito sem seu art. 187:

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.

Segundo a doutrina clássica, só cometeria ato ilícito o titular de um direito que lesasse a outra parte de forma intencional, privilegiando a boa-fé

subjetiva. Tal teoria hodiernamente, vem acompanhada de sua face objetiva, devendo ser considerado em cada contrato, a boa-fé em sentido amplo.

Também possui atribuição integrativa, pois como cláusula geral, integra os sistemas jurídicos, e abre para a interpretação axiológica do juiz, devendo este, interpretar cada caso concreto, conforme art. 422 do CC/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

Segundo Judith Martins-Costa, a “função hermenêutico-integrativa do princípio da boa-fé não pode ser analisado apenas em seus termos, mas é necessário considera-lo num contexto significativo, num conjunto de circunstâncias concretas<sup>[6]</sup>.

A boa-fé tem duas acepções, a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva é referente a um caráter interno e psicológico inerente a vontade do indivíduo. Fernando Noronha define a boa-fé subjetiva como “um estado de ignorância sobre as características da situação jurídica que se apresentam, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem<sup>[7]</sup>”.

Mas não é necessário apenas a existência do erro, mas que este seja desculpável, ou seja um erro possível de ser cometido pelo homem médio, que seria aquele que toma os deveres necessários na verificação de um objeto.

A boa-fé subjetiva é um estado psicológico do agente. Muito visada no Código Civil de Beviláqua que a privilegiava em seu corpo. O Código Civil de 2002, a manteve, porém de forma atenuada pela predominância da boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva é encontrada ainda em diversos institutos do atual código, principalmente, do Direito das Coisas, como qualidade da posse, requisito da usucapião ordinária, apreciação de acessões e benfeitorias.

A boa-fé objetiva é um modelo de conduta social, não diz a respeito da vontade do agente ou sua convicção, e sim um modelo a ser seguido, tendo como características fundamentais a probidade, correção, e a confiança.



Tal modelo de conduta é o comportamento a ser exigido do bom cidadão, baseado na confiança e lealdade de quem acreditou que a outra parte agiria de forma proba.

#### **4. Conclusão**

Verifica-se, portanto, que a função social do contrato não é um mecanismo de impedimento contratual, pelo contrário, trata-se de verificar também os anseios da coletividade ao mesmo tempo que não se olvida a afirmação do desenvolvimento.

A função social é matriz dirigida para três vias. A primeira é voltada para o legislador que deve no momento de legislar pautar-se pela função social como regra diretriz. A segunda é voltada para os contratantes que devem se pautar pela consciência de que os contratos atualmente transcendem a antiga acepção relativista do Pacta Sunta Servanda. Por fim, a função social é dirigida aos interpretes, defensores, promotores, advogados e juízes, que devem fazer com que o princípio seja amplamente observado.

Trata-se de metanorma que deve ser observada até como mecanismo de efetivação do direito das pessoas humanas.

Referencias:FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 430.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994

ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Impetus, 2004.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Artigo publicado na *Revista científica da Escola Paulista de Direito* (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Ago. 2005. Coordenação científica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br](http://www.flaviotartuce.adv.br)>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

#### NOTAS:

[1] Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado do STJ.

[2] TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Artigo publicado na *Revista científica da Escola Paulista de Direito* (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Ago. 2005. Coordenação científica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br](http://www.flaviotartuce.adv.br)>. Acesso em: 09 maio 2006.

[3] FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 374.

[4] FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 374.

[5] ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Impetus, 2004. p. 32.

[6] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 430.

[7] NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132.

## **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CENÁRIO BRASILEIRO: DO PATRIARCADO À BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS**

**DANIELA BENEVIDES ESSY:**

**RESUMO:** O trabalho aborda a evolução social da mulher desde tempos remotos até a conquista de direitos e sua desvinculação do poder patriarcal, destacando também os tipos de violência sofridos pela mulher atualmente. O foco de interesse da pesquisa, através da metodologia bibliográfica e documental, é impulsionar o reconhecimento social de que mesmo nos tempos atuais a mulher ainda sofre constante violação dos direitos humanos. Dessa forma, ressalta-se a importância das políticas públicas como modo de prevenção à violência contra a mulher e a necessidade de atenção estatal para uma reeducação social que vise ressocializar homens e mulheres, para que convivam com igualdade, de forma que a punibilidade não seja a única alternativa para a prevenção a esse tipo de violência.

**Palavras-chave:** **Violência; Mulher; Patriarcado.**

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO 1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 1.1 A mulher como propriedade e a relação de poder masculina exercida no ambiente familiar. 1.2 A busca das mulheres por novos direitos. 2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. 2.1 Conceituando violência. 2.2 A violência contra a mulher nos dias atuais. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### **INTRODUÇÃO**

Principia-se, no Capítulo I, demonstrar através dos aspectos históricos a evolução da violência de gênero, delineando a forma como a mulher era vista socialmente sob um viés patriarcal. Busca-se, neste capítulo, salientar a longevidade da opressão sofrida pelas mulheres ao longo dos anos, na qual era vista como natural e legitimada por meio de um padrão social imposto através do seio familiar e conjugal pelo patriarcalismo.

No Capítulo II, buscar-se-á delinear as origens da violência, os tipos de violência doméstica existentes, suas causas e efeitos e o processo de criação de uma

lei que visasse coibir todo tipo de violência sofrida no ambiente doméstico e familiar. São várias as formas de violências sofridas pelas mulheres, seja no âmbito público ou privado, e que necessitam de espaço para que sejam claramente divulgadas e se façam entendidas por todo e qualquer ser humano, para que se torne mais viável coibi-la ou denunciá-la.

## **1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

### **1.1 A mulher como propriedade e a relação de poder masculina exercida no ambiente familiar**

No início do século XVI, Portugal tinha acabado de descobrir o Brasil e mantinha imenso interesse em tomar posse das terras e colonizá-la, antes que outros países tentassem o mesmo, bem como ampliar os domínios da cristandade. Os portugueses não manifestavam interesse em fixar residência aqui, mas apenas explorar a terra recém-descoberta, enriquecer e retornar à Europa.

A agricultura até então não fazia parte dos interesses dos exploradores, pois para tal seria necessária a fixação na terra. As ocupações de Portugal com as possessões fora da América e a frustração imediata de lucro fácil no Brasil não acarretaram em interesses maiores para a corte. No decorrer do tempo, com a valorização do açúcar na Europa, os portugueses viram no Brasil a necessidade da criação de lavouras de grande porte e conseqüentemente a criação de latifúndios. A partir dessa necessidade, surgiram os primeiros engenhos, com a fixação de portugueses no litoral, dando início à sociedade patriarcal no Brasil.

Sob o domínio do *pater familias*, conhecido como senhor de engenho, estabelecia-se a casa-grande, parte mais importante dessas fazendas, as quais eram governadas por uma gerente doméstica que mantinha a ordem e organização da casa, chamada também de matronas ou matriarcas. A própria palavra família – cuja origem está no latim, *famulus*, significa conjunto de escravos domésticos, considerando-se como parte desse todo mulher, filhos e agregados. (LEAL, p. 167, 2004)

Essas mulheres, vindas de Portugal acompanhadas de seus maridos, trouxeram consigo toda tradição e cultura europeia, promovendo assim a fixação

dessa cultura no Brasil. Tal fato dava-se pelo tamanho desdenho que tais famílias mantinham pelo Brasil, e, no intuito de não sucumbir a um cenário completamente diferente dos quais estavam habituados, tentavam transportar para a colônia os hábitos civilizados e o luxo que a corte portuguesa os proporcionara.

Tanto as famílias patriarcais rurais, habitantes dos engenhos, quanto às famílias patriarcais urbanas, residentes dos sobrados, eram formadas por pai, mãe, filhos, parentes em grau distante, bem como agregados. Ademais, nesse grupo social, os espaços eram delimitados, havendo uma rígida hierarquização e estratificação.

Advindo dessa hierarquização que impunha papéis rigidamente estabelecidos e regras explícitas para cada membro desse grupo social, o poder patriarcal estabeleceu como característica básica a restrição ao espaço da mulher e o poder exercido sobre ela pelo marido, chefe da casa e do engenho. A mulher estava delimitada ao poder masculino na família e deveria reconhecer seu próprio lugar e função social.

A liberdade feminina, tanto da esposa como das filhas, era restringida do modo mais autoritário possível pelos patriarcas, que viam nessas mulheres propriedades suas. De acordo com José Carlos Leal, o espaço feminino delimitava-se à missa, único local em quem poderiam romper minimamente com sua clausura, pois a rua era um ambiente no qual estavam aptos a frequentar apenas os homens e as prostitutas, única mulher que poderia caminhar sem maiores restrições. (LEAL, p. 168, 2004)

O local determinado e obrigatório para as mulheres da época era dentro de casa, cuidando e gerenciando o lar e limitando-se às ordens de seu esposo. De acordo com Leal, nem mesmo para compras era possível deslocar-se de seu lar, e portanto, quando o queriam fazer, os patriarcas solicitavam que viessem ao sobrado os representantes das lojas, para que suas esposas pudessem escolher os produtos desejados.

Deste modo, evidencia-se a limitação a qual sujeitava-se a mulher, visto que não poderia sequer sair de casa. Ademais, fica nítido como a rua sempre foi um ambiente masculino, motivo pelo qual até hoje mulheres sofrem violência de todo

gênero quando expostas a ambientes que não sejam seu próprio lar, e por isso são vistas como seres aptos a aceitarem qualquer tipo de assédio.

Na rua estavam as pessoas de classe mais baixa e os homens senhores do lar, portanto, as mulheres não deveriam misturar-se com pessoas desses níveis, para que mantivessem a classe, dignidade e exercessem seu papel dentro do lar. As senhoras dos engenhos e dos sobrados, bem como as filhas, deveriam retirar-se do ambiente comum a todos no momento em que adentrasse qualquer estranho ao lar, raramente aparecendo aos hóspedes quando estes necessitavam de abrigo na casa do *pater familias* e limitavam-se dentro do próprio espaço em que residiam.

Evidencia-se, portanto, o principal objetivo da sociedade patriarcal para homens e mulheres: a diferença entre os sexos. O homem representava a figura viril, a razão, mantinha o dever de manter a si mesmo e a prole, e o fato de cometer adultério era naturalmente aceitável socialmente.

Já a mulher representava a figura frágil, ingênua, possuidora da emoção e seu adultério deveria ser punido, pois jamais permitia-se que uma mulher tivesse comportamento semelhante ao do homem.

Além das diferenças, criou-se, também no século XIX, um estereótipo de mulher ideal a ser seguido. Quando nova, deveria ser frágil, discreta, pura e virgem; quando adulta, deveria ser maternal, ter coxas grossa, seios fartos, quadris largos, características que serviam para os interesses essenciais do homem: a procriação e os cuidados do lar.

Ademais, as relações sexuais baseavam-se apenas em padrões machistas e religiosos, onde apenas o homem tinha direito ao prazer sexual, mas a mulher não, pois a relação sexual feminina servia apenas para fins de procriação. A mulher jamais devia invocar desejos sexuais ou sequer convidar o marido para ter relações, visto que apenas ao marido cabia o direito de sentir prazer com o sexo, e o qual buscava na amante ou prostituta um meio de satisfazer suas perversidades sexuais. À mulher esposa cabia apenas o dever de satisfazer ao marido sexualmente, procriar, conceber e educar a prole, e o marido apenas deveria suportar economicamente.

Além dos estereótipos e deveres impostos rigidamente para diferenciar os sexos, o comportamento também se fazia necessário para manter a divisão homem-mulher dentro dos limites aceitáveis da época. Homens deveriam agir de forma máscula e ter características que correspondessem ao sexo masculino: andar, falar, se vestir que nem homem. Para tanto, eram habituados desde seus primeiros dias de vida a existirem segundo um padrão social da época, com características distintas que evidenciassem seu sexo masculino, e logo seriam educados para manter um comportamento naturalmente aceitável, e também o mais machista possível, para que assim se reproduzisse a tradição arraigada no seio familiar e na sociedade na qual vivia à época.

Desde a infância já dividiam-se claramente os papéis, para que meninos brincassem de maneira rude, não chorassem, não demonstrassem suas emoções, se mantivessem sempre corajosos e honrassem sua condição de homem com orgulho.

Já as meninas deveriam comportar-se de maneira sensível, tímida e frágil, além de aprender, através das brincadeiras com bonecas e observando a própria mãe, os afazeres domésticos básicos e essenciais para que assim mantivesse a tradição destinada às mulheres da época, bem como alcançasse sua realização máxima: o casamento.

Para as mulheres da época, o casamento era o nível mais alto de suas vidas, um objetivo a ser alcançado e no qual a maioria das meninas eram preparadas desde a infância para tal ato.

O casamento não era visto como um ato de amor e afeto, no qual duas pessoas uniam-se por desejo de compartilharem suas vidas, e sim como uma missão dada às mulheres para que alcançassem seu objetivo de vida, na verdade o único objetivo destinado às mulheres da época.

Portanto, a mãe, juntamente com as outras mulheres do lar, encarregava-se de criar meninas dentro dos mais altos padrões estéticos da época, com pés pequenos, cintura fina, traços delicados, características essas que as tornariam atraentes para alcançar o objetivo final.

Além dos padrões estéticos em que deveriam se enquadrar, as roupas também deveriam cobrir o máximo possível do corpo feminino, deixando aparecer

no máximo seu rosto, pescoço e mãos. Atrelada à cultura europeia, esse traje também demonstrava o alcance do poder masculino sobre o corpo feminino, no qual apenas o marido poderia ver o corpo da esposa descoberto, evidenciando que aquele corpo era sua propriedade e apenas ele próprio poderia usufruí-lo para fins sexuais.

A missão da mulher, ainda no século XIX, era dedicar-se, tudo aceitar e saber resignar-se, enquanto que o homem era tido, por definição, como fogoso, impetuoso e transbordante de energia física e sexual. Se a mulher tenta sair dessa posição, mecanismos sociais buscam corrigir a sua direção.

Do ponto de vista histórico brasileiro, a violência contra a mulher é ainda herdeira de uma cultura com raízes em uma sociedade escravocrata, construída a partir do modelo colonizador que aqui se instalou (MARCONDES FILHO, 2001). O *pater familias* expressava o poder indiscutível de vida e morte do homem sobre todos os membros da família, da qual ele era a única pessoa plena de direitos, de acordo com a lei. Essa ideia prevaleceu rigorosamente por alguns séculos.

No Brasil, até recentemente, mas especificamente no ano de 2002, quando o novo Código Civil Brasileiro foi sancionado e publicado, ainda estava escrito que o homem era o chefe da sociedade conjugal: Art. 233, cap. II, “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

Sobressai-se, portanto, a teoria de que, até os dias atuais, a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino. É justamente pela possibilidade do conceito *patriarcado* ser utilizado de forma abrangente, abarcando todos os níveis da organização social, que seu sentido substantivo é tão frutífero para analisar as diversas situações de dominação e exploração das mulheres. O uso de patriarcado enquanto um sistema de dominação dos homens sobre as mulheres permite visualizar que a dominação não está presente somente na esfera familiar, tampouco apenas no âmbito trabalhista, na mídia ou na política.

Portanto, o patriarcado é utilizado como forma de naturalizar um sistema que legitima e naturaliza o exercício da dominação e exploração das mulheres por um indivíduo, na maioria das vezes, do sexo masculino, e que apesar de já ser



superado como organização social que tem o patriarca como figura central de uma comunidade familiar ou econômica, ainda possui grandes reflexos na estrutura social do século XXI.

No decorrer do atual século, a sociedade vem reproduzindo a subordinação da mulher perante o sexo masculino através da tradição e costumes, e desse modo, banaliza e naturaliza uma opressão sofrida por décadas e que até hoje reflete em diversos setores sociais dos quais o sexo feminino esteja presente.

Portanto, há que se falar que o patriarcalismo compõe a dinâmica social como um todo até mesmo nos dias atuais, estando inclusive, arraigado no inconsciente de homens e mulheres individualmente e no coletivo enquanto categorias sociais.

## **1.2 A busca das mulheres por novos direitos**

A partir da última metade do século XIX, as mulheres iniciaram a edição de jornais que salientavam a importância dos direitos femininos no Brasil, ilustrando a posição de inferioridade ocupada na época e o descaso com relação aos direitos a elas conferidos. Através destes jornais, evidenciou-se a necessidade da educação feminina em prol delas mesmas e da emancipação política pelo direito de votarem e de serem votadas. Destarte, por volta do final do século XIX esses direitos reivindicados foram sendo obtidos, mesmo que de forma lenta, através da inserção da mulher no mercado de trabalho.

A partir de 1962, as mulheres brasileiras adquiriram liberdade para preencher não só o espaço que lhes cabia por direito à época – privado, restringindo-se ao lar e à família -, mas também o espaço público, tornando-se relativamente capazes e responsáveis pelos atos da vida civil, bem como tornarem-se parte do mercado de trabalho. No dizer de Maria Berenice Dias:

O modelo familiar da época era hierarquizado pelo homem, sendo que desenvolvia um papel paternalista de mando e poder, exigindo uma postura de submissão da mulher e dos filhos. Esse modelo veio à sofrer

modificações a partir da Revolução Industrial, quando as mulheres foram chamadas ao mercado de trabalho, descobrindo assim, a partir de então, o direito à liberdade, passando a almejar a igualdade e a questionar a discriminação de que sempre foram alvos. Com essas alterações, a mulher passou a participar, com o fruto de seu trabalho, da manutenção da família, o que lhe conferiu certa independência. Começou ela a cobrar uma participação do homem no ambiente doméstico, impondo a necessidade de assumir responsabilidade dentro de casa e partilhar cuidado com os filhos. (DIAS, 2004, p. 22-24)

Por volta de 1918, iniciou-se no Brasil o movimento sufragista, movimento este que reivindicava o direito ao voto feminino, liderado pela classe média brasileira e que acabou contribuindo para a aprovação do Código Eleitoral, em 1932, o que garantiu à mulher o direito de se eleger e poder votar. Ademais, em 1936, Bertha Lutz, uma das mais importantes líderes sufragistas, colaborou para a criação do Estatuto da Mulher.

Em 1934, a Constituição Federal consagrou finalmente a igualdade entre os sexos. Em 1970 foi criado o movimento feminino pela Anistia e em 1975 foi instituído pela ONU o Ano Internacional da Mulher. Em 1977 foi promulgada a lei do divórcio em nosso ordenamento jurídico, garantindo na prática a liberdade feminina de pôr fim à sociedade conjugal em casos de violência doméstica.

Apesar de todas as limitações sofridas pelas mulheres ao desempenharem suas tarefas domésticas, elas adentraram no mercado de trabalho na busca pela liberdade e independência financeira, passando a desempenhar dupla jornada e auxiliar no sustento da casa. No entanto, essa evolução nos direitos das mulheres acabou distorcendo os papéis de cada gênero que são impostos socialmente desde os primórdios, criando um clima propício para conflitos, visto que, no momento em que a mulher integra-se no mercado de trabalho, impondo e redefinindo todo o modelo ideal de família até então estabelecido, a ideologia patriarcal cai por terra e perde sua eficácia na prática.

Diante das falhas nos papéis já preestabelecidos para cada gênero, surge a violência como meio de reprimir a mulher a ocupar o lugar que é seu historicamente: no lar, desempenhando seu papel de mãe e esposa.

Com a evolução das conquistas femininas obtidas historicamente, tais como o direito de votar, os direitos femininos garantiram-se de forma a integrar a mulher no mercado de trabalho e trata-la como ser autônomo, não mais como propriedade masculina ou como indivíduo não considerado como sujeito.

No entanto, a violência doméstica, que antes era vista como natural e legitimada pelos padrões sociais da época, atualmente se arrasta com o passar dos anos e ganhou evidência apenas com a imposição da vontade feminina diante da opressão sofrida dentro do ambiente doméstico.

Ademais, a violência doméstica ainda é naturalizada socialmente, de diversas formas e em diversos ambientes, através da sujeição da mulher à inferioridade dentro do próprio ambiente doméstico ou de trabalho e ao tratar o corpo feminino como objeto sexual, como acontece diariamente quando a grande maioria das mulheres sofre assédio, tanto na rua como no ambiente de trabalho.

Tais situações se estabelecem como agravantes no atual contexto histórico em que vivemos, visto que as alterações nos papéis preestabelecidos para os gêneros não garantiram a adequação e aceitação social diante dessas mudanças ocorridas, motivo que colabora para a legitimação da violência sofrida pelas mulheres com o intuito de devolvê-las ao lugar e aos papéis que desempenhavam no século passado.

## **2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER**

### **2.1 Conceituando violência**

O termo *violência* é um vocábulo que deriva do latim *violentia*, que por sua vez deriva do prefixo *vis* e quer dizer força, vigor, potência ou

impulso. Portanto, segundo Saffioti (2015, p.18), trata-se de qualquer comportamento que vise a ruptura de qualquer forma de integridade da vítima, seja física, psíquica, sexual ou moral, através do uso da força, caracteriza-se como violência. Pode-se dizer, portanto, que qualquer tipo de violência é uma violação dos direitos essenciais do ser humano.

A violência, segundo a análise de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti,

“é um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror” (2007, p.29).

De diferentes agentes surge a violência, assim como abrange todas as esferas sociais. Na análise de Maria Berenice Dias (2015, p. 24),

“a sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder, o qual gera uma relação de dominante e dominado”.

Diante deste fato, situações até então inaceitáveis são vistas como naturais pelo viés estatal e social por meio de “pactos sociais informalmente estabelecidos e sustentados” (BRAUNER e CARLOS, 2006, p. 648), sendo portando reforçadas e multiplicadas ao longo dos anos.

Denota-se que, mesmo que a Constituição Federal tenha enfatizado em seus artigos 5º e inc. I e art. 226, § 5º a equiparação entre homem e mulher, a ideologia patriarcal continua subsistindo na esfera social, de modo que ainda hoje dentro dos lares a mulher é vista como aquela que deve servir ao lar e família, mesmo que também labore fora do

ambiente doméstico. Ao longo dos anos o patriarcado tem sido aceito e incontestado, e, portanto, a desintegração dos papéis destinados a cada gênero afetou também a estrutura basilar desse sistema de apropriação do corpo e da vontade feminina.

Nesse contexto é que surge a violência doméstica e familiar contra a mulher, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero. A ruptura desse parâmetro preestabelecido através das conquistas femininas ocorridas mundialmente, em parte, retirou dos homens a capacidade de dominar e decidir sobre seu lar e sua esposa, advindo daí a necessidade de usar a força bruta para impor suas vontades ou desestabilizar sua companheira para torna-la mais frágil e suscetível à opressão.

A violência doméstica, portanto, pode ser considerada a soma de um processo histórico que legitima a diminuição social da mulher, juntamente com a incapacidade masculina de adequar-se a uma nova esfera social na qual as mulheres detém o poder sobre si mesmas. É possível que boa parte da violência que os homens praticam hoje contra a mulher, não seja apenas a persistência do velho sistema, e, sim, uma incapacidade ou recusa de adaptar-se ao novo. Ou seja, não é apenas a continuação do patriarcado tradicional, mas também um modo de reagir contra a sua derrocada. (GIDDENS, 2000, p. 92)

Na análise de Maria Amélia de Almeida Teles,

a violência de gênero tem sua origem na discriminação histórica contra as mulheres, ou seja, num longo processo de construção e consolidação de medidas e ações explícitas e implícitas que visam a submissão da população feminina, que tem ocorrido durante o desenvolvimento da sociedade humana (TELES, p. 27).

Por meio da força bruta, inicialmente, forjou-se o controle masculino sobre as mulheres. Gradativamente, foram introduzidos novos

métodos e novas formas de dominação masculina: as leis, a cultura, a religião, a filosofia, a ciência, a política.

Violência, portanto, exprime conflito, ideia de interesses em choque.

“De um lado, o interesse do dominador: o desejo de mando e a montagem de um sistema que permita que ele se efetive e se perpetue; de outro, o interesse da mulher, que não é claramente definido, uma vez que as mulheres estão sujeitas à uma violência simbólica que anula a possibilidade de definirem seu destino e interesses” (GREGORI, 1993, p. 126).

Essa violência simbólica equivale à ideologia machista, a qual constitui uma visão de mundo formulada pelo dominador com fins de produzir uma mistificação que garanta a complacência do dominado. Existe, portanto, uma intenção masculina de ferir a integridade física das mulheres, vontade essa que seria fruto de uma disposição individual apoiada na ideologia e no processo global de dominação de um sexo sobre o outro.

Segundo Marilena Chauí, a violência e a força são a ausência do poder. São conceitos nos quais a autonomia e a expressão do desejo da autonomia estão ausentes, e são operadas sob o domínio da heteronomia, o lugar em que cabe a relação entre o que sujeita e é sujeito. Portanto, cabe dizer que as mulheres são constituídas com uma subjetividade em que falta algo essencial para serem consideradas como sujeito: autonomia do falar, do pensar e do agir (Chauí, 1985, p.46). Além do mais, essa subjetividade coloca a mulher em uma posição de dependência, constituindo um ser feito para os outros e não como seres com os outros.

Ademais, na visão de Maria José Arthur, o discurso social utilizado atualmente reforça a violência como algo natural e existente dentro do âmbito familiar, de modo que

[...] este fenômeno não se esgota com a ocorrência de episódios violentos, físicos ou psicológicos, mas tem também expressão discursiva, que vai no sentido de: I) legitimar a ordem patriarcal e as suas instituições; II) justificar a violência contra as mulheres como expressão legítima do poder masculino. Assim, estes discursos são também discursos sobre normas, que nos revelam um modelo de normalidade quanto ao funcionamento da família e das instituições e no que concerne aos papéis respectivos que cabem a homens e a mulheres. (ARTHUR, 2005)

Denota-se, portanto, que a violência de gênero consiste em uma afronta a todas as gerações de Direitos Humanos, pois visa tolher a liberdade, a igualdade e a solidariedade feminina. A liberdade é violada no momento em que o homem submete a mulher ao seu domínio, vindo a constrangê-la e impedi-la de manifestar a própria vontade. Deste modo, a mulher vê seu direito de ir, vir e pensar a seu modo desaparecer, já que encontra-se submissa aos poderes e vontades de outrem. O direito à igualdade torna-se restrito a partir do momento em que, culturalmente, o poder físico, econômico, psicológico, social, e, sobretudo, emocional, centram-se a figura do homem.

Os espaços públicos e privados ainda hoje impem uma disputa de poder entre os sexos e marcam a inferioridade do feminino em relação ao masculino (ROCHA, 2012, p.185). Ademais, ao debater a questão gênero no âmbito social durante os tempos atuais, nitidamente enxerga-se uma afronta à terceira geração dos Direitos Humanos: a solidariedade, visto que a mulher, mesmo com todas as estatísticas atuais, nunca é vista socialmente como vítima e não recebe a devida atenção estatal da mesma maneira que o homem recebe e sempre recebeu. A violência de gênero, portanto, atinge a cidadania das mulheres e suas liberdades essenciais, impedindo-as de tomar decisões de maneira autônoma e livre e restringindo direitos inerentes a qualquer ser humano.

Em sentido estrito, a violência pode ser classificada em três modalidades, segundo a Organização Mundial da Saúde: violência interpessoal, violência contra si mesmo e violência coletiva.

Na violência interpessoal, englobam-se tanto a violência física como a psicológica, e geralmente ocorrem em ambientes tanto públicos como privados. Como exemplos de violência interpessoal, tem-se a violência doméstica, violência sexual e a violência praticada contra crianças e adolescentes.

A violência contra si mesmo, como o próprio nome já diz, é uma tentativa de se auto infligir, englobando, portanto o suicídio, as tentativas e as automutilações.

Já a violência coletiva abarca mais duas espécies: a violência social e a violência urbana, sendo portanto, um tipo de violência decorrente das desigualdades sociais existentes.

Ademais, se faz necessário compreender o conceito de violência de gênero, também entendida como violência contra a mulher, antes de adentrar no assunto violência doméstica e suas definições. Segundo Maria Amélia de Almeida Teles (2012, p.14),

a sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre homens e mulheres, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram polos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes.

Portanto, o termo gênero é empregado para demonstrar de forma clara as desigualdades sociais e econômicas entre mulheres e homens,



devido à opressão e discriminação historicamente vividas pelas mulheres. Possui como ponto de partida a posição de inferioridade feminina em relação aos homens, que por sua vez é inserida na vida da mulher desde o seu nascimento através dos parâmetros sociais ainda arraigados a um sistema familiar patriarcal.

Diante disso, o conceito de violência de gênero é entendido como “uma relação de poder do homem e de submissão da mulher” (TELES, 2012, p.16). A concretização dessa violência não é de todo modo natural e instintiva do ser humano, mas sim de padrões impostos aos homens e às mulheres que visam determinar o comportamento de cada um, para tanto, determina que homens devem ser agressivos e mulheres devem dóceis e submissas.

A expressão “violência contra a mulher”, portanto, é o alvo principal da violência de gênero, e “foi assim concebida por ser praticada contra pessoa do sexo feminino apenas e simplesmente pela sua condição de mulher” (TELES, 2012, p.17).

No entanto, o termo gênero não pode ser confundido com sexo, visto que este descreve características e diferenças biológicas, relacionadas à anatomia e fisiologia dos organismos que pertencem ao sexo feminino e masculino. Freud, ao efetuar uma verdadeira ruptura epistemológica com a sexologia, distinguiu os dois campos da sexualidade: a determinação anatômica e biológica, portanto a determinação sexual, e a representação social e psíquica, constituindo, portanto, a identidade sexual do outro e conseqüentemente, seu gênero. Conclui-se que, naturalmente, é possível a não concordância entre o psíquico e o anatômico.

Como bem preceitua Maria Berenice Dias (2015, p.48), “foi a absoluta falta de consciência social do que seja violência doméstica acabou condenando essa prática tão recorrente à invisibilidade”, tendo em vista que as agressões contra a mulher sequer estavam no rol de violações aos direitos humanos.

Apenas no ano de 1993, durante a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos das Nações Unidas, que ocorreu em Viena, ficou

reconhecido que a violência contra as mulheres era um obstáculo ao desenvolvimento, à paz e aos ideais de igualdade entre os seres humanos, sendo proclamado em 1994, pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica. Destarte, também considerou que a violência contra as mulheres é uma violação aos direitos humanos, a qual se baseia no fato de a pessoa agredida ser do sexo feminino.

Essa Convenção, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1995 e é mencionada na ementa da Lei Maria da Penha, evidencia o propósito de preservar os direitos humanos das mulheres, visto que no art. 6º, quando diz que *“A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”*, demonstra que se faz necessário ressaltar essa referência, mesmo que fosse considerada desnecessária. Mesmo que tenha havido reiteração em norma infraconstitucional daquilo que a Constituição já prevê, a prática indica que não é o que costuma ser cumprido (SOUZA, p. 42).

## **2.2 A violência contra a mulher nos dias atuais**

Quando se trata de violência contra a mulher, deve-se salientar que seu início é silencioso e não recebe a devida atenção quando começa a se manifestar no ambiente doméstico ou familiar. Geralmente, esse tipo de violência faz parte do cotidiano das cidades, do país e do mundo, e é por demais banalizado, sendo tratado como algo que faz parte da vida. A violência contra a mulher está de tal forma arraigada na cultura humana que se dá de forma cíclica, como um processo regular com formas bem definidas: tensão relacional, violência aberta, arrependimento e lua de mel. Os espaços de convívio sem violência vão se tornando cada vez mais restritos, insuportáveis, o que pode levar a um desfecho trágico e fatal (TELES, p.23)

Em geral, as vítimas só costumam procurar as unidades de saúde quando a violência já atingiu um nível crítico, que se iniciou com violências psicológicas, agressões verbais e morais até atingirem o aspecto físico. Em razão disso, as estatísticas relacionadas à violência de gênero não

demonstram a realidade social, já que ainda é pequeno o número de mulheres que buscam o auxílio das instituições públicas.

O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder, o qual gera uma relação de dominante e dominado. O processo de naturalização é feito a partir da dissimulação, utilizada com o intuito de tornar invisível a violação conjugal. A partir daí, esse fenômeno é ocultado e naturalizado por meio de um pacto tradicionalmente estabelecido, que também é referendado pelo Estado.

Acostumada a realizar-se exclusivamente com o sucesso do par e o desenvolvimento dos filhos, a mulher não consegue encontrar, em si, um centro de gratificação própria. O medo, a dependência econômica, o sentimento de inferioridade, de menos valia, decorrentes da ausência de espaços de realização pessoal, impuseram-lhe a lei do silêncio. Nem sempre é por necessidade de sustento ou por não ter condições de prover sozinha a própria subsistência que ela se submete e não noticia as agressões de que é vítima. Em seu íntimo, se acha merecedora da punição por ter deixado de cumprir as tarefas que acredita serem de sua exclusiva responsabilidade. O sentimento de medo e culpa a impedem de usar a queixa como forma de fazer cessar a agressão. Por isso, ainda é insignificante o número de denúncias da violência ocorrida dentro do lar.

Antes mesmo de o relacionamento tornar-se abusivo, há sinais indicativos que merecem cuidado: apego rápido, ciúme excessivo, controle do tempo, isolamento da família e dos amigos, uso de linguagem derogatória, culpabilização da mulher e minimização dos abusos. A própria vulnerabilidade do enamoramento e do apaixonamento converte-se em cegueira.

O ciclo da violência tem como marco inicial o silêncio, seguido da indiferença. Após, surgem reprovações, reprimendas, reclamações. Em seguida, começam os castigos e as punições. A violência psicológica transforma-se em violência física. As agressões se limitam à pessoa da vítima. O companheiro destrói objetos da vítima, a ofende diante dos filhos e os ameaça, usando-os como “massa de manobra”, pois sabe que estes são pontos fracos da companheira.

Facilmente a vítima encontra explicações a justificativas para o comportamento do companheiro. Acredita que é uma fase e que irá passar, e que tal comportamento é causado pelo estresse, pelo trabalho ou pela má situação econômica no lar.

Para evitar conflitos, afasta-se dos amigos, submete-se à vontade do agressor, passando a abdicar de roupas, maquiagens e abrindo mão da própria vaidade para não desagradá-lo. Fica em constante estado de insegurança e medo de desapontar o companheiro, e por isso tenta a todo o momento agradá-lo, tornando-se dependente do mesmo. Passa a anular-se e abdicar de seus desejos, da sua realização pessoal e objetivos de vida, virando a partir daí um alvo fácil para o agressor, que satisfaz plenamente seu desejo de dominação resultante de um comportamento controlador.

A necessidade de dominação da vítima se manifesta através do isolamento da vítima do mundo exterior, afastando-a da família, dos amigos, impedindo-a de trabalhar sob a justificativa de conseguir manter os gastos da família sozinho. A partir daí, a mulher distancia-se das pessoas junto às quais poderia buscar apoio. Perde a possibilidade de contato com quem poderia incentivá-la a romper com a escalada da violência (DIAS, p. 27).

O homem sempre atribui a culpa à mulher, justificando seu descontrole na conduta dela: gastos em excesso, falta de responsabilidade com as tarefas domésticas e com os filhos. Justifica que a vítima não age da maneira como deveria, da maneira correta, e diante disso, a vítima reconhece que em parte a culpa é sua e perdoa seu agressor.

Para evitar novos conflitos, acaba acatando a todas as ordens e recua, abrindo ainda mais brecha para que a violência se manifeste. Agora que está sozinha, o medo da solidão a torna dependente e insegura, bem como a mantém refém do abuso psicológico que tem sofrido e virá a sofrer do seu companheiro.

Após a agressão, geralmente o companheiro tende a se mostrar arrependido, e demonstra sinais de arrependimento ao pedir perdão,

lamentar-se pelo ocorrido, chorar, dar flores à sua companheira e prometer não repetir o feito. Justifica seu ciúme excessivo e sua dominação como sendo excesso de amor pela vítima, o que acaba ludibriando a mesma, que passa a acreditar que a cena não se repetirá e o companheiro se tornará alguém melhor.

A relação do casal tende a melhorar e a vítima realiza-se ao acreditar que fatos violentos não irão mais ocorrer em sua vida. Até que novamente, o companheiro passa a manifestar sua dominação, e o ciclo violento torna-se um espiral, já que o agressor mostra-se arrependido com o intuito de que sua companheira submeta-se novamente à sua dominação.

A ideia da família como uma entidade inviolável, não sujeita à interferência do Estado e da Justiça, sempre fez com que a violência se tornasse invisível, pois é protegida pelo segredo. Agressor e agredida firmam um verdadeiro pacto de silêncio, que o livra da punição. Estabelece-se um círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. Mas o silêncio não impõe nenhuma barreira. A falta de um basta faz a violência aumentar. O homem testa seus limites de dominação. Como a ação não gera reação, exacerba a agressividade. Para conseguir dominar, para manter a submissão, as formas de violência só aumentam. (TELES, p. 28)

De maneira geral, o agressor tem um comportamento social considerado “normal”, mostrando-se um companheiro agradável quando junto de sua companheira em ambientes públicos, não deixando nenhum vestígio de dominação da sua parte para que outras pessoas percebam. Além do mais, quando indagada sobre algum tipo de mau trato sofrido pelo companheiro, a vítima tende a minimizar o fato, e, por vezes, até nega, para que não se sinta pressionada pela opinião alheia a fazer o que ela mesma já sabe que deveria fazer: abandonar o relacionamento e desvincular-se do agressor.

O agressor, durante a prática de atos violentos, precisa ter controle total da situação, de modo que não restam chances à vítima para que dele despenda-se. Também a impotência da vítima, que não consegue ver o agressor punido, a impede de reagir ou desvincular-se da relação, gerando portanto, feridas internas e externas que obrigam a vítima a aceitar a situação sem nenhuma alternativa que vise erradicar esse tipo de situação do cotidiano familiar.

Apesar deste tipo de violência derivar de um longo processo histórico, apenas no ano de 1980 iniciou-se um levantamento do número de homicídios femininos. Foram assassinadas mais de 92 mil mulheres nos últimos 30 anos, sendo 43 mil só na última década. No entanto, com o advento da lei Maria da Penha no ano de 2006, 10% da taxa de homicídios dentro das residências foi reduzida, indicando que a lei contribuiu para evitar que vários casos de homicídio viesse a se concretizar.

Entre 1980 e 2013, num ritmo crescente ao longo do tempo, tanto em número quanto em taxas, morreu um total de 106.093 mulheres, vítimas de homicídio. Efetivamente, o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%.

O Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, e com taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, ocupa a 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo.

No ano de 2014, através dos atendimentos por violência doméstica, sexual e/ou outras violências registrados no SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação), que fornece os registros de atendimento no Sistema Único de Saúde (SUS) por violência doméstica contra crianças, mulheres e idosos, cujos dados coletados constam no Mapa da Violência de 2015, foram atendidas 223.796 vítimas de diversos tipos de violência.

Duas em cada três dessas vítimas de violência (147.691) foram mulheres que precisaram de atenção médica por violências domésticas, sexuais e/ou outras. Portanto, a cada dia de 2014, 405 mulheres demandaram atendimento em uma unidade de saúde, pelo fato de terem sofrido algum tipo de violência (Mapa da violência, 2015).

Também no ano de 2014 foram registrados 52.957 relatos de violência pelo Disque 180. Destes registros, 27.369 corresponderam a relatos de violência física (51,68%), 16.846 de violência psicológica (31,81%), 5.126 de violência moral (9,68%), 1.028 de violência patrimonial (1,94%), 1.517 de violência sexual (2,86%), 931 de cárcere privado (1,76%) e 140 de tráfico de pessoas (0,26%), segundo dados do Balanço 2014 da Secretaria de Política para as mulheres.

Ademais, a partir dos registros do SINAN, no conjunto de todas as faixas etárias, prepondera largamente a violência doméstica. Parentes imediatos ou parceiros e ex-parceiros são responsáveis por 67,2% do total de atendimentos. Os registros do SINAN também levantam o tipo de violência sofrida pela vítima.

A violência física é, de longe, a mais frequente, presente em 48,7% dos atendimentos, com especial incidência nas etapas jovem e adulta da vida da mulher, quando chega a representar perto de 60% do total de atendimentos. Em segundo lugar, a violência psicológica, presente em 23,0% dos atendimentos em todas as etapas, principalmente da jovem em diante. Em terceiro lugar, a violência sexual, objeto de 11,9% dos atendimentos, com maior incidência entre as crianças até 11 anos de idade (29,0% dos atendimentos) e as adolescentes (24,3%), segundo dados do Mapa da violência 2015.

A continuidade de vínculo marital é mais alta hipótese de violência psíquica (de 29% a 43% dos casos). Atinge 20% em casos de espancamento, e mais de 30% nas diferentes formas de controle e cerceamento. Os pedidos de ajuda são mais frequentes (de metade a 2/3 dos casos) após ameaças ou violências físicas, com destaque para as mulheres que recorrem às mães, irmãs e outros parentes. Mas em nenhuma das modalidades as denúncias ultrapassam 1/3 dos casos.

Tanto mulheres agredidas como homens agressores confessos apontam o controle da fidelidade como razão principal para a manifestação da violência (46% e 50%). As mulheres também destacam predisposição psicológica dos parceiros (23%, como alcoolismo, desequilíbrio, etc) e busca de autonomia (19%), não sendo esta última muito bem aceita ou respeitada por eles.

Tais dados revelam o quanto a violência é subnotificada: ela existe, no entanto não costuma ultrapassar as barreiras de onde nasce e se mantém. A crença na impunidade, no temor, faz com que as mulheres não busquem a denúncia como meio de coibir a violência sofrida. Por este motivo, somente 10% da violência sofrida pelas mulheres é levada ao conhecimento policial, já que se torna difícil denunciar e ver punido quem reside sob o mesmo teto e se tem um vínculo familiar e afetivo. Essas mulheres ficam, em média, convivendo um período não inferior a 10 anos com o seu agressor (ROVINSKI, p.8).

O que se busca através da queixa é a certeza da punição para que o agressor não volte a cometer os mesmos atos, e não o agravamento da pena, já que a vítima busca um modo de estabelecer uma relação mais harmoniosa com seu parceiro, de tal forma que a punição não afete negativamente o convívio familiar ou a relação conjugal.

A conduta feminina torna-se ambígua diante de um caso de violência, e tais características relatadas a seguir demonstram esse fato. Primeiramente, a relação entre vítima e agressor constitui-se com base no afeto, e por isso possui diversas dependências recíprocas. Em segundo lugar, são raras as mulheres que constroem sua própria independência ou que pertencem a grupos dominantes. O grupo feminino não constitui uma categoria social dominante. Dizer que há independência não é o mesmo que dizer que há autonomia.

Pessoas, sobretudo as que são vinculadas por laços afetivos, dependem umas das outras. Portanto, não há que se falar em total independência para as partes.

De acordo com Allan Johnson (1997, p.147),



Grupos dominantes são geralmente autônomos no sentido de que não são responsáveis por aqueles que lhes estão abaixo e não têm que pedir permissão para fazer o que desejam. Entretanto, isto não torna os grupos dominantes independentes, (...) porém, eles têm a vantagem de ter muito mais controle sobre o modo como a realidade é definida e podem usar isso para mascarar os acontecimentos

Sendo assim, na maioria das vezes, é o homem o único provedor do sustento familiar, portanto, sendo este preso, deixará de sê-lo, configurando um problema sem alternativas, quando a prole compõe-se de filhos pequenos e a vítima fica impedida de trabalhar fora. Ademais, a pressão externa que a família extensa, os amigos, a Igreja e a sociedade como um todo fazem no sentido de preservação da sagrada família também cria um empecilho diante da tentativa de buscar ajuda erradicar a violência existente dentro do ambiente doméstico. Socialmente, importa mais a preservação como instituição do que o que realmente se passa no seio familiar.

A ideia de inviolabilidade do domicílio e da sacralidade da família desde muito tempo serviu de justificativa para evitar qualquer tentativa de coibir o que ocorria e ainda ocorre dentro do ambiente doméstico e familiar. Por esse motivo, a violência que as mulheres são vítimas nestes ambientes nunca mereceu a devida atenção, nem da sociedade, do legislador e muito menos do Judiciário (TELES, p.31). Embora a violência doméstica tenha seu ciclo, isto apenas gera a possibilidade de descrição, não colaborando para que existam atitudes preventivas. Denota-se que a violência contra as mulheres desenvolve-se em escalada, e, portanto, através desta análise se faz necessária a formulação e implementação de políticas públicas que visem a extinção desse tipo de violência.

Segundo as projeções da Fundação Perseu Abramo no ano de 2014, entre os tipos de violência sofrida, a lesão corporal dolosa é o crime prevalente contra as mulheres. Tais dados mostram que 20% das mulheres sofrem lesão corporal dolosa considera leve, em particular quando vivem no mesmo domicílio. Não é necessário que se trate de

casais, portanto, as brigas podem ocorrer entre irmãos, em detrimento da mulher. No entanto, na maioria das vezes, os agentes dessa violência são os próprios companheiros. O crime de ameaça também costuma acompanhar outras modalidades de violência ou substituir a violência física. Entre suas vítimas, 32 % afirmaram ter este fato ocorrido apenas uma vez, e 20% delas apontaram para duas ou três vezes. Entre as vítimas de lesão corporal dolosa, 11% admitiram sua ocorrência por mais de dez vezes. Há também aquelas que já perderam a conta do número de espancamentos que sofreram, preferindo mencionar o tempo em que sofreram esse tipo de violência, sendo que a maioria se manteve exposta a esse tipo de violência por dez anos, e 4% das vítimas mencionaram mais de dez anos ou toda a vida.

Nos casos de ameaça à integridade física da companheira com armas, o marido agressor comparece com 53%, vindo a subir essa porcentagem para 70% quando se tomam todas as modalidades de violência investigada, exceto o assédio sexual.

Denota-se, portanto, a esmagadora maioria dos agressores são os homens amados das vítimas, pessoas que fazem parte do convívio diário, mantém uma relação de afeto e dependência recíproca dentro da relação estabelecida.

A Constituição Federal, no art. 226, impôs ao Estado o dever de assegurar a assistência à família e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. No entanto, no momento em que o poder público passou a reconhecer alguns crimes como de menor potencial ofensivo, esqueceu-se de excluir a violência doméstica. Tais crimes passaram a ser julgados de maneira sumária por juizados especiais, admitindo a aplicação de transação penal e a aplicação de medidas despenalizadoras.

A Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/95, ao possibilitar a aplicação da pena antes mesmo do oferecimento da denúncia, sem discussão da culpabilidade, veio a desafogara justiça, no entanto, significou um grave retrocesso no combate à violência doméstica, já que

não se comporta a violência sofrida pela mulher no conceito de delito de menor lesividade.

São considerados como crime de menor potencial ofensivo os crimes com pena de até dois anos, segundo consta no art. 61 da Lei 9.099/95, e a grande maioria dos delitos cometidos contra as mulheres, como por exemplo a lesão corporal leve, ameaça, injúria e calúnia, se enquadram nesta categoria. Portanto, os crimes contra a integridade física, psicológica e que atentem contra a dignidade feminina, eram encaminhados para os JECRIMs – Juizados Especiais Criminais.

No entanto, na tentativa de desafogar o judiciário e coibir a impunidade, deixou o legislador de priorizar a vida e a pessoa humana, bem como de garantir sua integridade física, ao condicionar à representação os delitos de lesão corporal leve e lesão culposa. Ademais, o Estado omitiu-se de sua obrigação de punir, transferindo para a vítima a iniciativa de buscar a penalização do seu agressor.

No desespero de agilizar o judiciário, a lei criou uma lacuna ao condicionar a ação penal à iniciativa da vítima, pois existe uma relação hierarquizada de poder entre a vítima e o agressor.

Não há como exigir que o desprotegido, o hipossuficiente, o subalterno, formalize queixa contra o seu agressor. Esse desequilíbrio também ocorre no âmbito das relações familiares, já que, em sua maioria, a violência é perpetrada por maridos, companheiros ou pais, contra mulheres, crianças e idosos. É secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação ao homem. A desproporção, quer física, quer de valoração social, que ainda existe entre os gêneros masculino e feminino não pode ser desconsiderada. Ou seja, nas relações familiares, a violação da integridade física e psicológica da mulher nunca poderia ser classificada como de pequeno potencial ofensiva. A submissão que lhe é imposta e o

sentimento de menos valia a deixa cheia de medo e vergonha. Aliás, esse é o motivo de não denunciar a primeira agressão. (DIAS, pag. 32)

Portanto, denota-se a falta de percepção do legislador de que a violência contra a mulher merecia um tratamento diferenciado e com maior facilidade da vítima para recorrer ao judiciário, visto que condicionou a mulher à representação no delito de lesões corporais, fato que obviamente torna-se dificultoso quando há uma relação de afeto e dependência entre agressor e agredida.

Na maioria das vezes, a vítima não busca a separação do agressor no momento em que realiza a queixa, nem deseja sua prisão, apenas quer que as agressões sofridas cessem. A mulher só recorre ao judiciário após todas as tentativas anteriores demonstrarem falha, pois a crença na mudança e melhora de comportamento do agressor já não sustenta mais sua submissão a tal violência. Após ter perdoado o agressor por diversas vezes acreditando em um potencial melhoramento, após diversas tentativas de melhorar a relação tentando agrada-lo, quando a violência chega em um nível quase trágico, a mulher percebe que jamais conseguirá mudar o companheiro sozinha, e então busca ajuda externa, fora da relação conjugal.

Segundo o entendimento da autora Heleieth Saffioti (2015, p. 71),

as pessoas envolvidas na relação violenta devem ter o desejo de mudar. É por esse motivo que não se acredita numa mudança radical de uma relação violenta, quando se trabalha exclusivamente com a vítima. Sofrendo esta algumas mudanças, enquanto a outra parte permanece o que sempre foi, mantendo seu habitus, a relação pode, inclusive, tornar-se mais violenta.

Por isso, a mulher, quando toma a iniciativa de buscar auxílio, já sofreu e apanhou muito e se vê completamente impotente diante de toda violência sofrida e submissão em que se encontra na relação.

Somente após a criação das delegacias especializadas no atendimento à mulher a violência doméstica recebeu tratamento diferenciado, sendo a primeira delegacia implementada em São Paulo, em 1985. No entanto, apenas no ano de 1994, foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, que é o documento em vigor no Brasil que trata especificamente da violência contra a mulher, considerado também como mais importante neste tema. Tal Convenção foi ratificada no ano de 1995, tornando-se exigível por qualquer mulher brasileira que se encontre em situação de risco.

Antes da edição da Convenção de Belém do Pará, foram feitos alguns documentos a respeito da violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). São eles: a Consulta Interamericana Sobre a Mulher e a Violência de 1990, a Declaração Sobre a Erradicação da Violência contra a mulher, também aprovada em 1990 pela 25ª Assembleia de Delegadas, e a Resolução AGIRES 1128 (XXXI-O/91), e Proteção da Mulher Contra a Violência, sendo eles, portando, documentos com marco inicial na área da violência de gênero.

A Convenção de Belém do Pará inicia reconhecendo que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, e define essa violência como sendo qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada, e acaba por reconhecer expressamente que a violência é um fenômeno que afeta todas as esferas da vida da mulher: família, escola, trabalho e comunidade.

A Convenção de Belém do Pará preocupou-se em demonstrar que a violência contra a mulher, mesmo que ocorra no âmbito da família ou da unidade doméstica, também interessa à sociedade e ao Estado, e constituindo uma violação dos direitos humanos femininos principalmente na esfera privada, na qual os agressores são geralmente parentes ou pessoas próximas. Tal Convenção também definiu de forma ampla a distinção entre violência doméstica e violência intrafamiliar.

A violência doméstica caracteriza-se por atos praticados tanto dentro como fora da residência familiar, sendo portanto o território algo simbólico. No caso de uma separação, na maioria das vezes o homem passa a perseguir a mulher para que a relação continue existindo, pelo menos de maneira simbólica, levando a praticar atos considerados como violência doméstica.

Já a violência intrafamiliar pode ocorrer fora do território considerado como simbólico e também não ser caracterizada como violência doméstica, pois se dá em razão das relações de parentesco consanguíneo e/ou afins.

A Convenção de Belém do Pará conferiu importantes responsabilidades ao Estado, com o intuito de conferir proteção à mulher, tanto no âmbito privado como no ambiente público. Tem como objetivo a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, conferindo aos Estados a responsabilidade de tomar medidas que previnam a violência e assegurar para as vítimas a existência de recursos adequados e efetivos que compensem as violações sofridas, bem como responsabilizar os violadores.

Também no âmbito da proteção internacional às mulheres, cabe destacar a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, mais conhecida como Convenção da Mulher, que foi adotada pela Assembleia Geral da ONU no ano de 1979, e entrou em vigor em setembro de 1981. Essa Convenção abarca áreas como trabalho, saúde, educação, direitos civis e políticos, estereótipos sexuais, prostituição e família, prevendo possibilidades de ações afirmativas nessas áreas.

A Convenção da Mulher foi o primeiro instrumento internacional que dispôs amplamente sobre os direitos humanos da mulher, tendo como propósito a promoção dos direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e a repressão de quaisquer discriminações contra ela. Mas somente em 1984 o Brasil veio a subscrever essa Convenção, passando a considerar o “mínimo ético irreduzível”, revelando uma consciência ética que traduz o consenso internacional acerca dos parâmetros protetivos.

No entanto, apenas em 1994 tal Convenção foi ratificada integralmente, e foi promulgada somente em 2002 pelo Presidente da República, sendo encaminhado neste mesmo ano ao comitê da convenção o primeiro relatório de ações brasileiras referente aos anos 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001.

Denota-se, através de breve análise das datas citadas, o atraso da legislação brasileira em relação às mulheres, particularmente à violação dos direitos humanos femininos. Tais direitos são vistos pelo poder público e pela sociedade conservadora como algo que deve ficar restrito ao âmbito privado, dentro do lar e sem a intervenção de terceiros, evidenciando o lugar onde a mulher deve permanecer e a quais tratamentos deve ser submetida.

Ademais, uma lei específica brasileira no combate à violência contra a mulher só foi criada no ano de 2006, de forma que o Brasil cumprisse com os compromissos assumidos internacionalmente. A referida lei denominou-se Lei Maria da Penha, ou Lei 11.340/2006. A mesma passou a regulamentar os direitos assegurados a nível internacional, ratificados pelo Brasil por meio de tratados sobre direitos humanos, e possui natureza constitucional, encontrando-se portanto, no topo da pirâmide normativa, o que constituiu um grande avanço no âmbito legislativo quando se trata de uma lei que visa beneficiar as mulheres.

A Lei Maria da Penha está adequada à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém de Pará, OEA, 1994), à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, ONU, de 1979) e à Constituição Federal (Brasil, 1988).

No entanto, mesmo que tal lei proclame que a violência doméstica constitua uma violação dos direitos humanos, não visou transferir para a Justiça Federal a responsabilização dos agressores. São, portanto, de responsabilidade da Justiça Estadual os crimes praticados contra as mulheres. Sendo assim, mesmo que ocorra grave violação dos direitos humanos, o Procurador-Geral da República não pode suscitar, perante o

Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

A Lei Maria da Penha também impôs a adoção de políticas públicas para resguardar os direitos humanos das mulheres, fato esse que demonstra imenso avanço social quando se trata de prevenir e erradicar esse tipo de violência. Apenas a responsabilização do agressor não garante que o mesmo fato não vá ocorrer novamente com outras mulheres. Sendo assim, se faz necessária uma reeducação social com relação aos papéis estabelecidos socialmente para cada gênero, de modo que a diversificação dos papéis hoje em dia desempenhados sejam de todo modo aceitos e não gerem conflitos, seja no âmbito público como no âmbito privado.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Fruto de um fenômeno histórico e cultural da sociedade moderna, a violência contra a mulher tem se arrastado ao longo dos anos mesmo com grandes avanços no âmbito legislativo.

No entanto, denota-se que a intervenção estatal no modelo patriarcal de família ainda é inexistente, de forma que esse modelo ainda carrega consigo o lastro de poder e violência de todo o contexto histórico que o envolve.

Dessa forma, o que observa-se mesmo dias atuais, são modelos familiares que repercutem uma hierarquia entre seus membros, de maneira que o homem é o provedor do lar e “chefe” da casa, e a mulher mantém seu papel de dona de casa e educadora dos filhos, ainda que trabalhe fora e tenha renda própria.

Partindo dessa premissa, ao analisar o viés social e cultural no qual estamos inseridos, denota-se que a violência contra a mulher ainda é vista como algo natural e banalizado socialmente, seja no ambiente doméstico ou qualquer outro. Apesar das evoluções sociais e jurídicas, não há uma desconstrução concreta dos papéis impostos para cada gênero outras épocas.

Dessa forma, ao abster-se de buscar uma conscientização social como meio de prevenção da violência, o Estado permite que a mesma continue se



propagando ao longo dos anos e assim fazendo mais vítimas diária e silenciosamente.

Outrossim, mesmo com o advento da Lei Maria da Penha e seu aspecto punitivo, apenas a aplicação de penas corretivas ou medidas de afastamento não são garantias de que a violência não volte a ocorrer. Enquanto não houver uma reeducação imposta a ambos os gêneros, seja no contexto familiar ou educacional, tal violência continuará sendo repercutida e violando os direitos humanos femininos.

Em contrapartida ao amparo punitivo dado pela Lei Maria da Penha, a carência de um amparo assistencial que se concretize após a denúncia faz com que muitas vítimas voltem atrás na decisão de denunciar o agressor. Sabem que a sociedade, em diversos setores (delegacias, trabalho, família) ainda é machista e ainda a trata como a culpada por todas as atrocidades da qual a vítima, e por isso na grande maioria das vezes não ganha o conforto e apoio daqueles que estão por perto.

Sendo assim, ao analisar o contexto histórico do papel imposto ao gênero feminino, percebe-se que esse padrão continua enraizado de tal forma no contexto social que, mesmo com os avanços e as grandes conquistas femininas, sua liberdade e sua autonomia financeira, ainda assim a mulher não é vista como sujeito autônomo e detentora de direitos humanos, sendo submetida diariamente a situações que violam sua vida e dignidade.

Cabe ao Estado, portanto, a obrigação de delinear políticas públicas que busquem uma desintegração social de um contexto histórico deveras ultrapassado. É uma obrigação estatal desmistificar a ideia de que homens e mulheres nasceram com papéis impostos ao seu gênero, de forma que a família não seja mais um ambiente intocada pelo sistema, pois é nela que as bases humanas consolidam-se.

Sendo assim, a violência contra a mulher que se perpetua com o passar dos anos, é um problema de Estado e uma violação aos direitos humanos. Mesmo ganhando notoriedade e atenção jurídica e social, os números registrados ainda são alarmantes, sendo que grande parte dos casos sequer chegam a ser registrados.

Mais do que uma lei punitiva, é preciso ensinar e conscientizar uma sociedade que ainda existe nos moldes de um século passado. Mais do que isso, é preciso desconstruir um sistema patriarcal fundado na ideia de que homens são sujeitos de direitos, e mulheres de deveres. É fundamental trazer o gênero ao debate, não só nas famílias como nas escolas, por meio da mídia e onde mais for possível para que a informação chegue ao alcance de todos.

Somente quando as bases estruturais de uma sociedade puderem inserir uma educação familiar e educacional com equidade entre os gêneros e o Estado enxergar que é seu esse papel, é que mulheres receberão o respeito a que fazem jus e terão o mínimo de dignidade em todos os ambientes em que se encontrarem. Não é preciso fazer mais vítimas para que, conseqüentemente, exista punição como meio de correção.

Dessa forma, ressalta-se a importância das políticas públicas como modo de prevenção à violência contra a mulher e a necessidade de atenção estatal para uma reeducação social que vise ressocializar homens e mulheres, para que convivam com igualdade, de forma que a punibilidade não seja a única alternativa para a prevenção a esse tipo de violência.

É preciso formar uma base sólida em todo e qualquer ser humano de somos todos detentores de direitos e deveres, inseridos no mesmo contexto social e merecedores de respeito e igualdade.

## REFERÊNCIAS

ARTHUR, Maria José. MEJIA, Margarita. **Violência Doméstica: a fala dos agressores.** Relatório “Província de Maputo, 2005, da WLSA Moçambique. Disponível em: Acesso: 28 de julho de 2016.

BRASIL, **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>.

CALDAS, Ricardo Caldas (Coord.). **Políticas Públicas: conceitos e práticas.** Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GIDDENS, A. **Conversas com Anthony Giddens: o sentido da modernidade.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000, p.92.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: Um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista.** São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 1992.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil.** IPEA – 2013.

JOHNSON, Allan G. (1997) *The Gender Knot – Unraveling our Patriarchal Legacy.* Filadélfia, Temple University Press.

LEAL, José Carlos. **A Maldição da Mulher: de Eva aos dias de hoje.** São Paulo: Editora DPL, 2004.

MARCONDES FILHO, C. **Violência fundadora e violência reativa na cultura brasileira.** São Paulo Perspectiva, São Paulo, v.15 n.2, abr./jun. 2001.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **Violência de gênero, violência doméstica e intrafamiliar e direitos das mulheres no Brasil.** In: Gonçalves, Cláudia Maria da Costa (coord.). *Direitos Humanos: Direitos de quem?* Curitiba: Juruá, 2012, p.173-200.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Dano psíquico em mulheres vítimas de violência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Editora Expressão Popular : Fundação Perseu Abramo, 2015

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos.** In.: REIS, J. R.; LEAL, R. G. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos.** Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006**. Curitiba: Juruá, 2007.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.

## A FACULTATIVIDADE DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA: NOVAS CONSIDERAÇÕES QUANTO AO ART. 11 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.

**HENRIQUE PORTELA OLIVEIRA:** Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Graduado pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

**RESUMO:** inspirado no artigo *Responsabilidade Fiscal, Renúncia de Receitas e Guerra Fiscal*, de Betina Treiger Grupenmacher o artigo busca dar novas contribuições à análise de uma das qualidades da competência tributária: a facultatividade. Discute-se se, com a edição da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a competência para instituição de tributos teria passado a ser obrigatória.

**Palavras-chaves:** Competência tributária. Facultatividade. Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

**Sumário:** INTRODUÇÃO. 1 - DA FACULTATIVIDADE OU OBRIGATORIEDADE DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA; a) Competência tributária x Competência para legislar sobre direito tributário; b) Visão clássica pela facultatividade; c) A Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a tese da obrigatoriedade; d) A obrigatoriedade do exercício da competência para criação do ICMS; CONCLUSÃO.

---

### INTRODUÇÃO

O exercício da competência tributária é um dos pilares da autonomia financeira dos entes federativos, sobretudo pelos entes de menor abrangência, que, pela forma de Estado adotada pela Constituição Federal, acabaram por receber menos fontes de recurso quando comparados à União. A autonomia financeira, diga-se, é pressuposto indissociável das autonomias política, administrativa e legislativa, propaladas pelo art. 18 da Carta.

A precisa compreensão da competência legislativa tributária, além de alicerce fundamental da autonomia dos entes federativos, é essencial para garantia dos direitos dos contribuintes. Conforme aponta Carrazza<sup>[1]</sup>, a repartição de competências tributárias encerra duplo comando: habilitam a pessoa política contemplada – e somente ela – a criar o tributo (aspecto positivo); e proíbem as demais de fazê-lo (aspecto negativo).

Contudo, não basta a atribuição constitucional da competência para assegurar a autonomia financeira dos entes. É necessária a integração pelo legislador infraconstitucional, a quem cabe a instituição do tributo. Geraldo Ataliba atenta para a questão:

Efetivamente, não basta que a lei atribua certa parcela da riqueza privada – segundo o critério da capacidade contributiva, ou outro – ao estado. Para que a expressão financeira desta parcela de riqueza vá para os cofres públicos, há a necessidade de que gestos humanos, atos humanos (o comportamento humano) a levem[2].

A reflexão que se propõe é: o exercício dessa competência tributária é facultativo ou obrigatório? A Lei de Responsabilidade Fiscal, ao estabelecer como requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação, teria tornado o exercício da competência tributária obrigatório?

## **1. DA FACULTATIVIDADE OU OBRIGATORIEDADE DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA**

### **a. Competência tributária x Competência para legislar sobre direito tributário**

A princípio, deve-se delimitar o objeto do debate. Aqui nos referimos exclusivamente à competência para instituição de tributos, outorgada pela Constituição Federal. Não se confunde, portanto, com a competência genérica para editar leis que tracem regras sobre o exercício do poder de tributar.

Como esclarece Ricardo Alexandre[3], foi exercendo a competência para legislar sobre direito tributário que a União editou o Código Tributário Nacional, dispondo sobre normas gerais sobre tal ramo do direito. Mas foi exercendo a competência tributária que a União, por exemplo, por meio de lei federal, instituiu o PIS e a COFINS.

### **b. Visão clássica pela facultatividade**

A doutrina majoritária sempre defendeu que a competência tributária seria facultativa. A Constituição Federal outorgaria aos entes federativos a possibilidade de instituir os tributos nela discriminados, mas não impunha qualquer dever neste sentido. Para Roque Antonio Carrazza, por exemplo, “a competência tributária é a faculdade de editar leis que criem, *in abstracto*, tributos”[4].

Sendo o exercício da competência tributária uma prerrogativa legislativa e inexistindo mecanismos de ordem constitucional que obriguem o legislativo a criar

tributos, a facultatividade é ilação necessária a que se chega a partir da interpretação sistemática do Texto Constitucional e, por essa razão, não se pode afirmar, em relação à competência tributária, que a inércia do legislador caracterizaria uma omissão inconstitucional<sup>[5]</sup>.

### **c. A Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a tese da obrigatoriedade**

No que concerne ao movimento de formação, a República Federativa do Brasil se originou de um movimento centrífugo, a partir da descentralização de um Estado unitário centralizado. Todavia, no que tange à concentração de atribuições, diz-se que o Brasil adotou o modelo centrípeto, verificando-se uma maior gama de competências, inclusive para instituição de tributos, no ente central (União).

Esse modelo de Estado acaba por limitar o poder arrecadatório dos entes federativos menores, quando comparados à União. Sobretudo nos Municípios menos populosos, há impostos cuja criação não é política ou economicamente vantajosa. Diante de insuficiências de caixa, os entes menores têm duas opções: ou aumentam a carga tributária ou pleiteiam transferências por parte do ente central.

Como se sabe, o aumento ou criação de impostos é medida politicamente delicada, que pode se refletir nas urnas. Diante disso, muitos Municípios, ao invés de buscar o reforço orçamentário por meio da competência tributária, preferem se sustentar nas transferências voluntárias da União. A adoção dessa prática por um vasto número de municípios acabou por onerar significativamente os cofres federais.

Como forma de frear esse costume, o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) previu como requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. No parágrafo único, vedou a realização de transferências voluntárias para o ente que não observasse o disposto no caput, em relação aos impostos.

Diante do surgimento desta norma, houve quem sustentasse a obrigatoriedade da competência tributária, vez que a LRF impunha uma sanção ao ente omissor. Por outro lado, houve quem defendesse a inconstitucionalidade do art. 11 e seu parágrafo único, vez que a Constituição ostentaria caráter facultativo ao exercício da competência. Entendo que nenhuma das teses está correta. Como veremos, o art. 11 da LRF é constitucional, o que não retira a facultatividade da competência tributária.

No julgamento da ADI nº 2.238/DF[6], o STF se debruçou sobre a constitucionalidade dos dispositivos, mas o fundamento da alegada inconstitucionalidade não era a facultatividade da competência tributária, mas sim o art. 160 da CF, que vedaria a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, na forma prevista na Carta, aos Estados e Municípios. Na oportunidade, fazendo a distinção entre transferências obrigatórias e voluntárias, pontuou que a restrição destas últimas a entes que se revelem negligentes na instituição, previsão e arrecadação de tributos não afronta a Constituição, sendo constitucional a previsão da LRF.

A doutrina passou a defender uma interpretação finalística da LRF, pela qual se exigiria apenas a criação dos tributos economicamente viáveis, isto é, que a arrecadação fosse maior que o custo de cobrança. O argumento é coerente, posto que o objetivo da LC nº 101/00 foi justamente a busca da responsabilidade na gestão fiscal. Mas podemos ir além. A competência tributária é facultativa para todo e qualquer tributo, viável ou não, inclusive para impostos.

O que o art. 11 da LRF esclarece é que o não exercício da competência tributária equivale à renúncia de receita. Assim, caso os entes optem por não instituir determinado imposto, deve observar uma série de requisitos previstos no art. 14 da mesma LC nº 101/00[7].

Efetivamente, a competência tributária era, antes da edição da Lei Complementar 101/2000, e ainda é, facultativa, ou seja, as Pessoas Políticas de Direito Público podem deixar de instituir ou arrecadar os tributos que estão na sua competência constitucional impositiva; no entanto, após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, se deixarem de instituí-los ou arrecadá-los, tal comportamento se compreende como renúncia de receita e, nessa hipótese, como anteriormente expostos, devem em contrapartida, apresentar estimativa de impacto orçamentário financeiro da medida adotada, demonstrando de que forma se fará a compensação da perda de receita, a fim de que não restem afetadas as metas de resultados fiscais previstas na respectiva lei orçamentária anual, para que se opere o equilíbrio das finanças públicas[8].

O espírito do art. 14, §3º, II da LRF, que dispensa a observância das exigências do caput quando do cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança, compactua com o argumento da dispensabilidade da instituição de tributos inviáveis. Assim, tratando-se do que a doutrina conveio chamar de tributos “viáveis”, deve-se observar as condições do art. 14. Revelando-se os tributos “inviáveis”, as condições são dispensadas.



No que tange mais precisamente aos impostos, a LC nº 101/00 previu outra condição. O ente que não os institui, em face da presunção de superávit orçamentário, não poderão receber transferências voluntárias. Contudo, se o ente comprova que os custos de cobrança são superiores ao montante que seria arrecadado, não incide a restrição às transferências, em face da aplicação analógica do art. 14, §3º, II da LRF.

Vale um alerta quanto ao que seria “renúncia de receita”. Como a expressão já sugere, a renúncia se dá sobre a receita. A competência é irrenunciável, não havendo nenhum empecilho para que os entes, por vontade política superveniente, optem por instituir determinado tributo. A “receita renunciada” é intangível, até porque, pelo princípio da irretroatividade, a incidência tributária só se dará sobre os fatos geradores posteriores à sua instituição.

Tácio Lacerda Gama leciona:

[...] não se confundem a renúncia e o não exercício da competência tributária. Uma coisa é, por decisão própria, alterar os termos da competência, abrindo mão da faculdade de, posteriormente, editar normas. Outra, bem distinta, é, simplesmente, exercer o direito de não exercitar tal competência, não criando norma<sup>[9]</sup>.

Outro ponto que merece destaque é a caracterização do lançamento como atividade vinculada, sob pena de responsabilidade fiscal, conforme determina o parágrafo único do art. 142 do CTN. Isso quer dizer que o ente federativo tem a faculdade para instituir ou não o tributo. Todavia, instituído este e verificado o fato gerador da exação, não há discricionariedade administrativa: o lançamento deve ser feito e os valores arrecadados.

#### **d. A obrigatoriedade do exercício da competência para criação do ICMS**

Paulo de Barros Carvalho critica a qualidade de faculdade que se atribui à competência tributária. Reconhece que a facultatividade é a regra geral, mas aponta uma exceção que vem para solapar o caráter de universalidade da proposição: O ICMS<sup>[10]</sup>. Segundo defende o autor, pela índole eminentemente nacional deste imposto, não é dado a qualquer Estado-membro ser omissos quanto à sua instituição. O autor aponta os riscos dessa omissão:

[...] Caso houvesse uma só unidade da federação que empreendesse tal procedimento e o sistema do ICMS perderia consistência, abrindo-se ao acaso das manipulações episódicas, tentadas com tanta frequência naquele clima que conhecemos por “guerra fiscal”. Seria

efetivamente um desastre para a sistemática impositiva da exação que mais recursos carrega para o erário do País. O ICMS deixaria, paulatinamente, de existir.

O argumento é perspicaz, contudo, com a devida vênia, parece-me partir de uma visão econômica do direito, método interpretativo que é criticado com veemência pelo autor<sup>[11]</sup>. De fato, reconhece-se que a inércia de algum estado-membro em instituir o ICMS teria sérios reflexos na arrecadação nacional, mas não vislumbro amparo jurídico suficiente para afirmar que a criação desse imposto seria obrigatória.

### CONCLUSÃO

A competência para instituir tributos é facultativa, inclusive quanto aos tributos que se dizem viáveis. Mesmo com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, prevendo como requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação, essa qualidade se sustenta.

O que a LRF fez foi criar condições para que os entes federativos possam renunciar à receita que seria arrecada com os tributos, prezando pela responsabilidade na gestão fiscal. A omissão quanto à criação do tributo não impede que, por vontade política superveniente, o ente venha a instituí-lo. A competência é facultativa e incaducável. Todavia, instituído o tributo, não há discricionariedade no lançamento e conseqüente arrecadação.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquemático. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo MÉTODO, 2015, p. 191-192.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARRAZZA, Roque Antônio - *Impossibilidade de conflitos de competência no sistema tributário brasileiro* - <http://www.ibet.com.br/download/Roque%20Antonio%20Carrazza.pdf> – acesso em: 19/07/2017, p. 6.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário: 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 276.

CARVALHO, Paulo de Barros. *O ABSURDO DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO “FATO GERADOR” Direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinariedade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 102, p. 441 – 456, jan./dez. 2007.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 275.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Responsabilidade Fiscal, Renúncia de Receitas e Guerra Fiscal. Lei de Responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais*. Instituto Brasileiro de Direito Financeiro – IBDF. Coord. Fernando Facury Scaff e José Maurício Conti. Porto Alegre: Conceito, 2010.

NOTAS:

[1] CARRAZA, Roque Antônio - *Impossibilidade de conflitos de competência no sistema tributário brasileiro* - <http://www.ibet.com.br/download/Roque%20Antonio%20Carrazza.pdf> – acesso em: 19/07/2017, p. 6.

[2] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28.

[3] ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo MÉTODO, 2015, p. 191-192.

[4] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 287.

[5] GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Responsabilidade Fiscal, Renúncia de Receitas e Guerra Fiscal. Lei de Responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais*. Instituto Brasileiro de Direito Financeiro – IBDF. Coord. Fernando Facury Scaff e José Maurício Conti. Porto Alegre: Conceito, 2010.

[6] ADI 2.238-MC/DF. Relator Min. Ilmar Galvão. DJe 11/09/2008

[7] Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

[8] GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Responsabilidade Fiscal, Renúncia de Receitas e Guerra Fiscal. Lei de Responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais*. Instituto Brasileiro de Direito Financeiro – IBDF. Coord. Fernando Facury Scaff e José Maurício Conti. Porto Alegre: Conceito, 2010.

[9] GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 275.

[10] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*: 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 276.

[11] CARVALHO, Paulo de Barros. *O ABSURDO DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO “FATO GERADOR” Direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinariedade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 102, p. 441 – 456, jan./dez. 2007.

## **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

**HANNAH YASMINE LIMA FREITAS:**  
Advogada, pós-graduada em Direito Civil.

**RESUMO:** O conceito de família vem mudando ao longo dos anos e se adaptando à realidade atual, surgindo novas modalidades que não decorrem apenas do matrimônio. Dentro desse contexto, surge a Síndrome da Alienação Parental que decorre da separação dos cônjuges e provém de uma disputa em que os pais usam os filhos para se vingar do outro genitor. Verifica-se, portanto, a constante necessidade de adequação do Direito às situações emergentes e ainda não previstas em nosso Ordenamento Jurídico.

**Palavras Chave:** Família, Síndrome da Alienação Parental (SAP), guarda.

**ABSTRACT:** The concept of family has changed over the years and adapted to the current reality, emerging new modalities that result not only from the marriage. In this context arises the Parental Alienation Syndrome that results from separation of spouses and stems from a dispute in which parents use their children to get revenge on the other parent. There is, therefore, the constant need to adapt the law to emerging situations and not already covered in our legal system.

**Keywords:** Family, Parental Alienation Syndrome (Parental Alienation Syndrome - SAP), guard.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Síndrome da Alienação Parental; 2.1 Noções Gerais; 2.2 Critérios para identificar a Síndrome da Alienação Parental; 2.3 Estágios da Síndrome da Alienação Parental; 2.4 Condutas do Genitor Alienante; 2.5 Consequências; 2.6 Breves Comentários à Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010); 2.7 Decisões dos Tribunais. 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

A noção família vem amadurecendo ao longo do tempo e com suas novas formatações novos conflitos surgem e o Judiciário deve se

adaptar a essa nova realidade. Dentre um desses problemas está a Síndrome da Alienação Parental (SAP) que será abordada no presente trabalho.

A Síndrome da Alienação Parental é regulada pela Lei 12.318/2010 e seus casos mais frequentes estão associados a situações em que o término do vínculo conjugal gera a um dos genitores ódio e tendências vingativas, desencadeando um processo de destruição e desmoralização do antigo parceiro. Neste processo, a criança é utilizada como instrumento da agressividade direcionado ao outro genitor.

O Poder Judiciário deve intervir de maneira a impedir ou a minorar as consequências desses maus-tratos, levando em conta primordialmente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que acabam sofrendo todas as terríveis consequências dos atos descontrolados de seus pais.

Este artigo pretende abordar a Síndrome da Alienação Parental, suas características, consequências e as decisões dos Tribunais a seu respeito.

## **2. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

### **2.1 Noções Gerais**

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi definida pela primeira vez em 1985 por Richard Gardner<sup>[1]</sup>, professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos.

A síndrome está relacionada com a separação e o divórcio, tendo seu início, na maioria das vezes, a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação tendem a desencadear sentimentos de rejeição, abandono e traição.

Nos termos de Maria Berenice Dias<sup>[2]</sup>:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou a raiva

pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador.

A SAP se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seu filho, mediante diferentes formas de atuação, como comentários sutis, desagradáveis e hostis com o objetivo de destruir os vínculos da prole com o outro cônjuge, chamado alienado.

Consiste a alienação parental, em outras palavras, em programar a criança para odiar o outro genitor de modo que ela própria passe a ter esses sentimentos contribuindo para a alienação.

O amplo quadro de desconstrução da imagem do outro pai pode incluir falsas denúncias de abuso sexual ou de maus-tratos, por exemplo, para impedir o contato dos filhos com o progenitor alienado, programando-os de forma que eles passem a acreditar que o fato realmente aconteceu.

Nesse contexto, a Síndrome da Alienação Parental é palco para vinganças relacionadas a conflitos inconscientes ou mesmo conscientes que se espalham como uma patologia relacional e vincular<sup>[3]</sup>.

## 2.2 Critérios para identificar a Síndrome da Alienação Parental

Um dos primeiros sintomas da alienação parental se dá quando o menor absorve a campanha do pai alienante contra o outro e, ele próprio, passa a atacar o alienado, tratando-o como um estranho a quem deve odiar, sentindo-se ameaçado com a sua presença.

Outro sintoma pode ser percebido nas explicações dadas pela criança para justificar o descrédito dado ao genitor, em que ela incorpora argumentos sem lógica para justificar o fato de não desejar a companhia dele. Os menores,

além disso, desenvolvem uma linguagem não muito clara, com ausência de contato visual, manutenção de uma distância excessiva do pai alienado<sup>[4]</sup>.

Outro fator de verificação da SAP é a ausência de ambivalência no ódio dirigido ao progenitor, pois todo ser humano é ambivalente, possui sentimentos contraditórios. A raiva demonstrada pela criança é equiparada ao fanatismo, não havendo espaço para diálogos. De outro lado, o alienador é visto como uma pessoa completamente boa, sem falhas.

Os filhos alienados não se sentem culpados em relação aos sentimentos que possuem em relação ao genitor alienado, já que eles acusam o pai de algo que não sabem se realmente aconteceu com o objetivo de denegrir a imagem do alienado e defender o alienante.

Outra forma de se detectar a síndrome é a verificação nos diálogos do menor de da existência de simulações, encenações, cenas que ele atribui como vivências suas, mas que soam incoerente com a realidade.

Ademais, a Síndrome da Alienação Parental demanda tratamento especial e intervenção imediata, devendo ser detectada o quanto antes, pois quanto mais cedo ocorrerem as intervenções psicológica e jurídica, os prejuízos acarretados serão menores.

### **2.3 Estágios da Síndrome da Alienação Parental**

Os especialistas apontam três diferentes estágios que identificam a Síndrome da Alienação Parental: leve, médio e grave. No primeiro, a visitação ocorre sem problemas, com alguma dificuldade apenas quando ocorre a troca entre os genitores. O menor ainda se mostra amoroso com o pai alienado.

A campanha de desmoralização feita pelo genitor guardião já existe, mas de forma pouco frequente e o vínculo entre a criança e ambos os pais ainda são fortes.

No estágio intermediário, os conflitos na entrega do menor antes ou depois das visitas se tornam habituais, as agressões se tornam consistentes e reúnem os sentimentos do filho e do alienante, criando-se uma relação particular



entre eles. O vínculo afetivo começa a se deteriorar e há o distanciamento com relação ao progenitor e à sua família.

Por último, o tipo mais grave, no qual os menores se encontram extremamente perturbados, por isso as visitas são muito difíceis. Caso ainda elas ocorram, são repletas de ódio, provocações, pânico, crises de choro por parte dos filhos.

O relacionamento entre o filho e o pai alienado é totalmente cortado e a criança se torna independente, empenhando, ela própria, sua campanha de hostilidades para com o não guardião que é visto como uma ameaça.

## **2.4 Condutas do Genitor Alienante**

O comportamento de um alienador pode ser bastante criativo, não sendo possível oferecer uma lista fechada de suas condutas. Entretanto, algumas delas são tidas como principais: desvalorizar e desqualificar o outro cônjuge perante os filhos e terceiros; tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro; alegar que o outro cônjuge não tem disponibilidade para as crianças; impedir a visita; mudanças súbitas ou radicais em seus atos; ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge; culpar o alienado pelo comportamento da prole; ocupar as crianças no horário destinado a ficarem com o outro; deterioração da relação após a separação; obstrução a todo contato dos filhos com o outro; falsas denúncias de maus tratos, abuso emocional ou sexual<sup>[5]</sup>.

Podevyn destaca os principais atos do alienador:

Recusar ou dificultar passar as chamadas telefônicas aos filhos; apresentar novo cônjuge aos filhos, como nova mãe ou novo pai; desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos; impedir o outro genitor de exercer seu direito de visita; organizar atividades com os filhos durante o período que deveria estar com o outro genitor; interceptar cartas; recusar informações ao outro genitor sobre as atividades em que os filhos estão envolvidos; falar de maneira descortês do novo cônjuge do outro genitor

“esquecer” de avisar o outro genitor de compromissos importantes; envolver pessoas próximas na lavagem cerebral de seus filhos; tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor; trocar (ou tentar) seus nomes e sobrenomes; impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos; sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor; proibir os filhos de usar roupas compradas pelo outro genitor; ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, ou tiverem algum contato com o outro genitor; culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos.<sup>[6]</sup>

Nesses casos, recomenda-se cuidado, pois a síndrome pode estar favorecendo a denúncia de outro abuso que pode ser verdadeiro ou falso, sendo fundamental o acompanhamento terapêutico para desvendar a realidade dos fatos.

## 2.5 Consequências

A alienação parental produz diversas consequências nefastas, tanto em relação ao cônjuge alienado como ao alienador, mas seus piores efeitos recaem sobre os filhos, que ao vivenciarem experiências desastrosas e um ambiente familiar instável, passam a ter uma visão distorcida do mundo, sendo habitual o medo do abandono, a ansiedade e angústias.

Para sobreviver, o filho aprende a manipular, a falar apenas uma parte da verdade, a encenar e exprimir falsas emoções, não tendo tempo para aproveitar a própria infância.

Sem o tratamento adequado, a síndrome produz sequelas que podem perdurar até o resto da vida, pois promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe, cria imagens distorcidas das figuras materna e paterna e instaura vínculos patológicos.

Destaca-se que a consequência mais evidente é a ruptura do relacionamento com um dos genitores, crescendo a criança com sentimentos de ausência e vazio.

## **2.6 Breves Comentários à Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010)**

A lei de alienação parental surgiu no contexto de demanda social por maior equilíbrio na participação dos pais na formação dos seus filhos. A família deixou de ser considerada mera unidade de procriação para se tornar lugar de realização plena de seus integrantes.

De início, a lei definiu juridicamente a alienação parental para permitir maior segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização desse fenômeno.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental 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.

Parágrafo único. 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.

A lei passa a inibir e tutelar atos de alienação parental, permitindo ao juiz identifica-la com razoável segurança, de plano, para daí inferir efeitos jurídicos com agilidade, como a adoção de medidas emergenciais para proteção da criança, restringindo, se necessário, o exercício abusivo da autoridade parental.

As hipóteses exemplificativas de alienação parental não afastam a possibilidade de realização de perícia psicológica como subsídio a decisão judicial, seja para exame de eventuais atos de alienação parental como também para fornecer indicações das melhores alternativas de intervenção, se necessária.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e

exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2o A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3o O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

A lei estabeleceu requisitos mínimos para assegurar consistência ao laudo, notadamente entrevista pessoal com as partes, exame de documentos, cronologia de incidentes, histórico do relacionamento do casal e da separação, entre outros. Busca-se, assim, maior profundidade na investigação perícia, com maior demanda por qualidade no trabalho de psicólogos, médicos e assistentes sociais, em prestígio à atuação de tais profissionais no processo judicial, muitas vezes chamados para diferenciar hipóteses de negligência ou abuso de falsas acusações.

Caroline de Cássia Francisco Buosi acrescenta:

Quando há suspeitas de uma falsa acusação de abuso infantil o psicólogo que está realizando o tratamento deve ficar atento ao analisar cada passo que a criança relatou sobre as situações de possível abuso e comparar com o que já foi dito por ela e pelo possível alienador. Isso se torna um dos pontos principais para derrubar falsas acusações, tendo em vista as controvérsias e o alinhamento do discurso entre um e outro. Na maioria dos casos em que ocorre o abuso sexual real, a incriminação é algo que se torna constante, enquanto nas falsas acusações essas mudam de acordo com as circunstâncias.

Por isso é imprescindível ser analisado o contexto da vida da criança e dos genitores na época da revelação.<sup>[7]</sup>

Não há dúvida de que os casos reais de abuso sexual ou de violência doméstica contra filhos vulneráveis reclamam a aplicação rigorosa da Lei de Alienação Parental, devendo o juiz tomar as medidas necessárias para que nada passe impune.

No seu artigo 6º, a lei cita quais procedimentos o magistrado poderá tomar caso reste caracterizada a alienação parental:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

A lei foi instituída para, primordialmente, coibir a prática da alienação parental desde o seu princípio, naqueles casos ainda considerados leves, sem sinal de ocorrência da alienação. Autoriza esse artigo que o magistrado faça cessar desde logo os atos de alienação ou atenuar seus efeitos por meio das medidas judiciais declinadas nos incisos.

Qualquer uma das providências sugeridas pelos incisos do artigo não impedem e nem são pré-requisitos para a ação autônoma de indenização por perdas e danos ou da concomitante ação por responsabilidade criminal.

O artigo 7º da Lei 12.318/2010 afirma que nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada ela será atribuída, de preferência, ao genitor que viabilizar a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor.

O tema está consubstanciado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e mostrando-se imprescindível a alteração da guarda em razão da alienação parental, segue o princípio precedente do menor vítima de ser criada e educada no seio de sua família, procurando o magistrado minorar as consequências dessa medida.

Destaca-se que a preexistência de uma guarda compartilhada do pai não inibe a modificação judicial da custódia dos filhos quando se percebe a prática de alienação parental por um dos genitores, até mesmo porque ajustes ou decisões judiciais sobre a guarda dos filhos não fazem coisa julgada material.

O artigo oitavo afirma que “a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou decisão judicial”.

A competência para o exercício da jurisdição das ações de menores é, em regra, do foro do domicílio do detentor de sua guarda, de acordo com a Súmula 387 do STJ.<sup>[8]</sup> Prevalece o interesse do menor nas questões relacionadas à sua guarda, alimentos e direitos derivados do poder familiar de seus pais.

A mudança de domicílio para um lugar muito distante pode se tratar de um expediente capaz de dificultar e até inviabilizar o exercício de visitas pelo genitor destituído da prole. Ocorrendo essa alteração sem nenhuma justificativa razoável, procedida por alternativa unilateral do pai guardião, esse ato pressupõe um exercício abusivo do direito de livre circulação, podendo configurar o crime de sequestro se a mudança se der para outro país.

No entanto, não haverá abuso quando o genitor precisar se mudar em razão do trabalho ou porque retorna à sua cidade e aos seus familiares de origem, ou porque contraiu nova relação afetiva.

Por fim, o artigo 11 preleciona que a Lei da Alienação Parental entra em vigor na data de sua publicação, dispensando o legislador, dessa forma, o prazo de *vacatio legis* utilizado para uma fase de transição ou de adaptação da nova legislação.

As ações anteriores ao sancionamento da lei podem e devem ser por ela atingidas, pois, como explica Carolina Buosi, a matéria relacionada à proteção do menor é de ordem pública e se trata de norma cogente, sem esquecer que sua aplicação já vinha sendo respaldada pela jurisprudência nacional.<sup>[9]</sup>

## **2.7 Decisões dos Tribunais**

Importante analisar alguns julgados dos Tribunais brasileiros para conhecer qual o posicionamento adotado por eles nos casos de alienação parental. Vejamos:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há



bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA).<sup>[10]</sup>

Z decisão aborda a questão das visitas que devem ser realizadas em ambiente terapêutico devido ao conflito que há entre os pais que acabar por envolver também os filhos e, também, por conta da possibilidade de estar configurada a alienação parental.

Maria Berenice Dias participou da realização do relatório e explica melhor o caso:

Trata-se de recurso de apelação interposto por ANETE K. contra a sentença que, nos autos da ação de dissolução de união estável cumulada com alimentos e partilha de bens movida em desfavor de SÉRGIO RAFAEL S. L., julgou parcialmente procedente a ação para: a) declarar a existência da união estável; b) conceder a guarda dos filhos à virago; c) condenar o varão ao pagamento de alimentos aos filhos no valor de 2,5 salários mínimos; d) fixar as vistas do genitor aos filhos em finais de semana alternados, das 9h às 21h de sábado, e das 9h às 18h de domingo, sem a necessidade de acompanhamento de babá de confiança da genitora (fls. 1685-94).

A apelante alega que o processo de dissolução da vida em comum foi bastante conturbado e ressalta a inadimplência do varão com relação à pensão alimentícia devida aos filhos, cujo montante em atraso atualmente anda em torno de R\$ 30.000,00, fato que culminou com o decreto de prisão do devedor. Assevera que o apelado litiga de má-fé, pois, quando decretada sua prisão, ofereceu pagamento em cheque e, após, o sustou, descumprindo a decisão judicial. Aduz que o recorrido, em 1983, foi processado em Montevideo por extorsão, ameaça e danos diversos, sendo que em 1991 foi preso por

contrabando pela polícia aduaneira no Porto de Montevideo. Além disso, responde a processos no Brasil de extorsão, estelionato, lesão corporal, ameaça, relatando que este último crime seria contra o advogado que patrocinava causas de cobrança, execuções, entre outras contra o apelado. Refere que a própria testemunha do apelado, Laura J. S., registrou ocorrência policial de que ele a teria ameaçado de morte. Afirma que o varão reside no exterior e esporadicamente vem ao Brasil, não tendo aqui domicílio ou residência fixa, tanto que há mais de dois anos nenhum Oficial de Justiça consegue encontrá-lo. E como os passaportes dos filhos estranhamente sumiram, teme que o genitor leve-os para fora do Brasil. Menciona estar cumprindo juntamente com a prole a medida de proteção consistente em acompanhamento psicológico em busca da melhor qualidade psicológica dos meninos e na busca de orientação para melhor educá-los. Alega que há elementos nos autos comprovando que o genitor teria praticado atos de conotação sexual na presença dos infantes, fato que restou confirmado por laudo psicológico. Requer o provimento do apelo para que seja suspenso o direito de visitas do genitor aos filhos, readequando-se os ônus sucumbenciais. Requer, ainda, o benefício da gratuidade judiciária (fls. 1687-1710).

O apelado maneja recurso adesivo e oferece contrarrazões (fls. 1715-25).

A magistrada de primeiro grau não conheceu do recurso adesivo (fl. 1726).

O Ministério Público deixa de lançar parecer por entender descabida sua intervenção nesta fase processual (fls. 1730-2).

Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria de Justiça lançado parecer pelo conhecimento e

desprovimento da inconformidade (fls. 1735-40). Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do CPC. É o relatório.[\[11\]](#)

O próximo julgado trata-se de um agravo de instrumento que também aborda o direito de visitas e sua possibilidade de restrição por conta da existência de alienação parental, baseando-se o juiz no princípio do melhor interesse da criança que assegura essa imposição mesmo que não haja provas inequívocas da existência dessa conduta maliciosa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. FAMÍLIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REGIME DE VISITAS. RESTRIÇÃO DE VISITAS DO PAI. QUADRO TANGÍVEL DE ALIENAÇÃO PARENTAL. PROMOÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. FAMÍLIA MOSAICO. CONVIVÊNCIA FAMILIAR. CANAIS DE DIÁLOGO. CRESCIMENTO SADIO DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DAS VISITAS DO PAI ATÉ A REALIZAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL. 1. Os requisitos atinentes à antecipação da tutela adquirem colorido particular quando o interesse tutelado envolve a difícil equação relativa à promoção do melhor interesse da criança. Desse modo, para fins de ser preservada e tutelada a sua integridade física e psíquica, é possível reputar verossímeis alegações ainda que não haja, até o momento processual da ação principal, provas inequívocas dos indícios de alienação parental. 2. Diante do desenho moderno de famílias mosaico, formadas por núcleo familiar integrado por genitores que já constituíram outros laços familiares, devem os genitores evitar posturas que robusteçam o tom conflituoso, sob pena de tornar ainda mais tensa a criança, a qual se vê cada vez mais vulnerável em razão do tom e da falta de diálogo entre os pais. Os contornos da guarda de um filho não podem refletir desajustes de relacionamentos anteriores desfeitos, devendo ilustrar, ao revés, o empenho e a maturidades do par parental em vista de viabilizar uma realidade saudável

para o crescimento do filho. 3. A preservação do melhor interesse da criança dá ensejo à restrição do direito de visitas do genitor, até que, com esteio em elementos de prova a serem produzidos na ação principal (estudo psicossocial), sejam definidas diretrizes para uma melhor convivência da criança, o que recomendará a redução do conflito entre os genitores, bem como a criação de novos canais que viabilizem o crescimento sadio da criança. 4. Agravo de instrumento conhecido a que se nega provimento. [\[12\]](#)

Pode-se perceber que a jurisprudência trata de uma nova modalidade de entidade familiar que é a família mosaico e que o mais importante é a preservação do melhor interesse do menor de maneira que ele seja menos prejudicado possível com a separação de seus genitores.

A decisão seguinte afirma que para a proposição da declaração de alienação parental não é necessário um processo autônomo, podendo o pedido ser formulado no bojo da ação de separação ou de regulamentação de visitas.

**AÇÃO DECLARATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO.** O pedido de declaração de ato de alienação parental pode ser formulado incidentalmente na ação de separação do casal ou de regulamentação de visitas, não havendo motivo para o pedido em ação autônoma. [\[13\]](#)

O próximo julgado trata-se de um agravo de instrumento que envolve a questão da presença da síndrome da alienação parental e a permanência da criança com a avó paterna, tendo em vista o melhor interesse da menor.

**GUARDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.** Havendo na postura da genitora indícios da presença da síndrome da alienação parental, o que pode comprometer a integridade psicológica da filha, atende melhor ao interesse da infante,

mantê-la sob a guarda provisória da avó paterna. Negado provimento ao agravo. (segredo de justiça).<sup>[14]</sup>

Maria Berenice Dias também foi a relatora deste julgado e explicou que o agravo foi interposto pela genitora que pleiteava a guarda da menor que estava com a avó paterna, alegando que a criança havia sofrido abuso sexual pelo pai.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gislaine S.A. em face da decisão da fl. 21, que, nos autos da ação de guarda provisória de sua filha Luíza S.W., cumulada com pedido de antecipação de tutela, determinou a alteração da guarda da menor a Thereza M.W., avó paterna da criança.

Alega que o seu direito à ampla defesa e ao contraditório foram tolhidos. Salienta que a perda da guarda de sua filha ocorreu por determinação judicial proferida com base no descumprimento de ordem judicial que jamais tomou conhecimento. Afirma que a menina sofreu, novamente, abuso sexual por parte do pai que ocorreu durante o período de visita daquela à família paterna. Requer seja deferida medida liminar, suspendendo os efeitos da decisão para que lhe seja restaurada a guarda de sua filha. Postula ainda a anulação de todos os atos processuais proferidos após a realização da audiência de conciliação em 14-2-2006 (fls. 2-18). Junta documentos (fls. 19-222).

O Desembargador-Plantonista indeferiu o pedido liminar (fl. 224).

A agravante apresentou embargos de declaração (fls. 226-9).

A Juíza da Infância e da Juventude prestou informações voluntariamente (fls. 231-2).

O Desembargador-Plantonista não conheceu os aclaratórios (fl. 252 v.).

Os agravados ofertaram contra-razões, pugnando pelo desprovemento do recurso e que a agravante seja condenada por litigância de má-fé (fls. 255-62).

O Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento do agravo, condenando a recorrente às penas da litigância de má-fé (fls. 419-24).

É o relatório.[\[15\]](#)

A última jurisprudência declara que o pai da criança possui melhores condições de exercer sua guarda por possuir melhores condições econômicas, sociais e psicológicas para o seu efetivo desenvolvimento. A apelação aborda um típico caso de alienação parental em que a mãe alega que o genitor abusou sexualmente da filha, mas esta nas avaliações psicológicas e de assistência social afirmou que seu pai nada fez e que repetia apenas o que sua mãe mandava dizer, sem saber do que se tratava.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABUSO SEXUAL. INEXISTÊNCIA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DO BEM ESTAR DA CRIANÇA. MELHOR INTERESSE DO MENOR SE SOBREPÕE AOS INTERESSES PARTICULARES DOS PAIS. Pelo acervo probatório existente nos autos, resta inafastável a conclusão de que o pai da menor deve exercer a guarda sobre ela, por deter melhores condições sociais, psicológicas e econômicas a fim de lhe propiciar melhor desenvolvimento. A insistência da genitora na acusação de abuso sexual praticado pelo pai contra a criança, que justificaria a manutenção da guarda com ela não procede, mormente pelo comportamento da infante nas avaliações psicológicas e de assistência social, quando assumiu que seu pai nada fez, sendo que apenas repete o que sua mãe

manda dizer ao juiz, sequer sabendo de fato o significado das palavras que repete. Típico caso da Síndrome da Alienação Parental, na qual são implantadas falsas memórias na mente da criança, ainda em desenvolvimento. Observância do art. 227, CRFB/88. Respeito à reaproximação gradativa do pai com a filha. Convivência sadia com o genitor, sendo esta direito da criança para o seu regular crescimento. Mãe que vive ou viveu de prostituição e se recusa a manter a criança em educação de ensino paga integralmente pelo pai, permanecendo ela sem orientação intelectual e sujeita a perigo decorrente de visitas masculinas à sua casa. Criança que apresenta conduta anti-social e incapacidade da mãe em lhe impor limites. Convivência com a mãe que se demonstra nociva a saúde da criança. Sentença que não observou a ausência de requisito para o deferimento da guarda compartilhada, que é uma relação harmoniosa entre os pais da criança, não podendo ser aplicado ao presente caso tal tipo de guarda, posto que é patente que os genitores não possuem relação pacífica para que compartilhem conjuntamente da guarda da menor. Precedentes do TJ/RJ. Bem estar e melhor interesse da criança, constitucionalmente protegido, deve ser atendido. Reforma da sentença. Provimento do primeiro recurso para conferir ao pai da menor a guarda unilateral, permitindo que a criança fique com a mãe nos finais de semana. Desprovimento do segundo recurso.<sup>[16]</sup>

Através dos julgados pode-se perceber que a configuração da síndrome da alienação parental não é questão das mais fáceis e que a existência de indícios de sua caracterização autoriza o magistrado a tomar as decisões cabíveis de ofício ou mediante requerimento de uma das partes.

### **3. CONCLUSÃO**

As crianças e os adolescentes devem ter seus direitos priorizados e respeitados por se tratarem de seres humanos em desenvolvimento de suas

capacidades físicas e intelectuais. Os genitores passam a ter deveres para com sua prole, não apenas no tocante às suas necessidades básicas, mas também ao dever de formar cidadãos aptos a viverem em sociedade.

Nas dissoluções das relações familiares, o Estado deve intervir para assegurar que os filhos não sejam atingidos pelos sentimentos maldosos e egoístas de seus genitores.

No contexto da Síndrome da Alienação Parental podem surgir falsas denúncias de maus-tratos ou de abusos e o julgador deve analisá-las com extremo cuidado, baseando-se em provas objetivas.

A SAP é um processo de difícil solução que necessita de uma rede de ajuda, a qual deve começar pela informação acerca da existência da síndrome, pois somente entendendo suas características é possível formular um meio para impedir sua implantação.

A síndrome deve ser reconhecida como uma forma de abuso aos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, devendo os responsáveis ser punidos de forma a não cometerem mais esse ato.

A sociedade e o Poder Judiciário não podem fechar os olhos para o fato de que a Síndrome da Alienação Parental traz consequências terríveis aos menores e de que não bastam leis como a Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), porquanto é preciso criar mecanismos legais e processuais que devem ser postos à disposição da população para salvaguardar os interesses dos menores alienados.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental**. Uma interface do Direito e da Psicologia. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARDNER, Dr. disponível em <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm>, acesso em 16/07/17.



MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da alienação parental**: importância da detecção, aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PODEVYN, François. Síndrome da Alienação Parental.. Disponível em: . Acesso em: 16/07/17.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

#### NOTAS:

[1] GARDNER, Dr. disponível em <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm>, acesso em 16/07/17.

[2] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 473.

[3] TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 125.

[4] MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da alienação parental**: importância da detecção, aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 43.

[5] MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da alienação parental**: importância da detecção, aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 52.

[6] PODEVYN, François. Síndrome da Alienação Parental.. Disponível em: . Acesso em: 16/07/17.

[7] BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental**. Uma interface do Direito e da Psicologia. Curitiba: Juruá, 2009. p, 156.

[8] Súmula 383 STJ: “A competência para processar e julgar as ações conexas de interesses de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”.

[9] BUOSI, 2009, p. 148.

[10] Apelação Cível Nº 70016276735, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/10/2006.

[11] Apelação Cível Nº 70016276735, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/10/2006.

[12] TJ-DF - AGI: 20130020083394 DF 0009162-96.2013.8.07.0000, Relator: SIMONE LUCINDO, Data de Julgamento: 10/07/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/07/2013 . Pág.: 55.

[13] Apelação Cível Nº 70041227760, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 14/09/2011.

[14] Agravo de Instrumento Nº 70014814479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 07/06/2006.

[15] Agravo de Instrumento Nº 70014814479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 07/06/2006.

[16] Apelação Cível N. 0051693-79.2004.8.19.0001 Décima Terceira Câmara Cível do RJ, Des. Ademir Pimentel- Julgamento: 11/09/2013.

## **PRINCÍPIOS PARA A GRAVAÇÃO DE MONUMENTOS, GRUPOS DE EDIFÍCIOS E SÍTIOS (1996): RATIFICADOS PELA 11ª ASSEMBLEIA GERAL DO ICOMOS, EM SÓFIA, OUTUBRO DE 1996**

**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.

À medida que o patrimônio cultural é uma expressão única da realização humana; e

Como este patrimônio cultural está continuamente em risco; e

Como a gravação é uma das principais maneiras disponíveis para dar significado, compreensão, definição e o reconhecimento dos valores do patrimônio cultural; e

Como a responsabilidade pela conservação e manutenção do patrimônio cultural repousa não apenas nos proprietários, mas também nos especialistas em conservação e nos profissionais, gestores, políticos e administradores que trabalham em todos os níveis de governo e com o público; e

Como o artigo 16 da Carta de Veneza requer, é essencial que as organizações responsáveis e indivíduos gravem a natureza do patrimônio cultural.

O objetivo deste documento é, portanto, expor as razões principais, as responsabilidades, as medidas de planejamento, conteúdo, considerações de gestão e de repartição para a gravação do patrimônio cultural.

## **DEFINIÇÕES DE PALAVRAS USADAS NESTE DOCUMENTO<sup>[1]</sup>:**

Patrimônio Cultural refere-se a monumentos, grupos de edifícios e sítios com valor patrimonial, constituindo o ambiente histórico ou construído.

A gravação é a captura de informação que descreve a configuração física, estado e utilização de monumentos, grupos de edifícios e sítios, em pontos no tempo, sendo um elemento essencial no processo de conservação.

Registros de monumentos, grupos de edifícios e sítios podem incluir ativos tangíveis, bem como evidências intangíveis, constituindo uma parte da documentação que pode contribuir para uma compreensão do patrimônio e dos seus valores relacionados.

### **AS RAZÕES PARA GRAVAÇÃO**

1. O registo do patrimônio cultural é essencial:

a) Adquirir conhecimentos, a fim de avançar a compreensão do patrimônio cultural, seus valores e sua evolução;

b) Para promover o interesse eo envolvimento das pessoas na preservação do patrimônio através da divulgação de informações gravadas;

c) Para permitir a gestão e controle das obras em construção e informar a todos das mudanças para patrimônio cultural;

d) Para garantir que a manutenção e conservação do património seja sensível a sua forma física, seus materiais, construção e sua importância histórica e cultural.

2. A gravação deve ser realizada a um nível adequado de detalhes, a fim de:

a) Fornecer informações para o processo de identificação, compreensão, interpretação e apresentação do patrimônio e de promover a participação do público;

b) Fornecer um registro permanente de todos os monumentos, grupos de edifícios e sítios que estão a ser destruídos ou alterados de alguma forma, ou onde há risco de eventos naturais ou atividades humanas;

c) Fornecer informações para administradores e planejadores a nível nacional, regional ou local sobre as políticas e decisões sensíveis de planejamento e controle do desenvolvimento;

d) Fornecer informações sobre qual o uso adequado e sustentável pode ser identificado e de investigação, gestão, programas eficazes de manutenção e planejamento da construção de obras.

3. A gravação do patrimônio cultural deve ser visto como uma prioridade, e deve ser realizar especialmente:

a) Ao compilar um inventário nacional, regional ou local;

b) Como parte totalmente integrada da atividade de investigação e conservação;

c) Antes, durante e depois de quaisquer obras de reparação, alteração ou outra intervenção e quando a evidência de sua história é revelada durante essas obras;

d) Quando, total ou parcial, demolição, destruição, abandono ou deslocalização é contemplado ou em que o patrimônio está em risco de danos causados por forças humanas ou naturais extremas;

e) Durante ou após a ocorrência acidental ou imprevista de danos ao patrimônio cultural;

f) Quando a mudança de uso ou responsabilidade por uma gestão ou controle ocorre.

### **RESPONSABILIDADE PARA GRAVAÇÃO**

1. A autorização a nível nacional para a conservação do patrimônio exige um igual compromisso com o processo de gravação.

2. A complexidade dos processos de gravação e interpretação requer a atuação de indivíduos com habilidades adequadas, conhecimento e consciência para as tarefas associadas. Pode ser necessário iniciar programas de treinamento para conseguir isso.

3. Normalmente, o processo de gravação pode envolver indivíduos qualificados que trabalham em colaboração, tais como especialista em gravação patrimonial, topógrafos, conservadores, arquitetos, engenheiros, pesquisadores, historiadores da arquitetura, arqueólogos acima e abaixo do solo, e outros consultores especializados.

4. Todos os gestores do patrimônio cultural são responsáveis por garantir a gravação adequada, qualidade e atualização dos registros.

### **PLANEJAMENTO PARA GRAVAÇÃO**

1. Antes de novos registros são preparados, fontes de informação existentes devem ser encontradas e examinadas quanto à sua adequação.

a) O tipo de registros com essas informações devem ser procurados em pesquisas, desenhos, fotografias, fontes publicadas e não publicadas descrições, e documentos relacionados relativos às origens e história do edifício, grupo de edifícios ou local. É importante procurar em registros recentes, bem como antigos;

b) Os registros existentes devem ser procurados em locais como arquivos públicos nacionais e locais, em arquivos profissionais, institucionais ou privados, inventários e coleções, em bibliotecas ou museus;

c) Os registros devem ser pesquisados para consulta através de indivíduos e organizações que tenham possuído, ocupado, gravados, construídos, conservadas, ou levados a cabo investigações ou que têm conhecimento do edifício, grupo de edifícios ou sítios.

2. Decorrentes da análise acima, a seleção do alcance adequado, o nível e os métodos de registro exigem que:

a) Os métodos de gravação e tipos de documentação produzidos devem ser adequados à natureza do patrimônio, os efeitos do registro, o contexto cultural e no financiamento ou outros recursos disponíveis. Limitações de tais recursos podem necessitar de uma abordagem para gravação faseada. Tais métodos podem incluir descrições escritas e análises, fotografias (aéreas ou terrestres), fotografia retificada, fotogrametria, pesquisas geofísicas, mapas, planos mensurados, desenhos e esboços, réplicas ou outras tecnologias tradicionais e modernas;

b) Metodologias de gravação devem, sempre que possível, não utilizar técnicas intrusivas e não deve causar danos no objeto a ser gravado;

c) A justificativa para o âmbito e o método de gravação deve ser claramente declarada;

d) Os materiais utilizados para a elaboração da ficha devem ser arquivados em local seguro.

### **CONTEÚDO DE REGISTROS**

1. Qualquer registro deve ser identificado por:

a) O nome do edifício, grupo de edifícios ou

b) Um único número de referência;

c) A data de compilação do registro;

d) O nome da organização de gravação;

e) As referências a registros de construção relacionados e relatórios, fotográfico, gráfico, documentação textual ou bibliográfica, arqueológico e registros ambientais.

2. A localização e extensão do monumento, grupo de edifícios ou local deve ser dada com precisão - o que pode ser alcançado através da descrição, mapas, plantas ou fotografias aéreas. Em áreas rurais, um mapa ou triangulação de

pontos conhecidos podem ser os únicos métodos disponíveis de referência. Dentro áreas urbanas um endereço ou rua de referência pode ser suficiente.

3. Novos registros devem observar as fontes de todas as informações não obtidas diretamente do monumento, do grupo de edifícios ou do próprio sítio.

4. Os registros devem incluir algumas ou todas as seguintes informações:

a) O tipo, a forma e as dimensões do edifício, monumento ou sítio;

b) As características interiores e exteriores, conforme o caso, do monumento, grupo de edifícios ou local;

c) A natureza, a qualidade, importância cultural, artística e científica do patrimônio e seus componentes eo significado cultural, artística e científica de:

- os materiais, os elementos constitutivos e construção, decoração, ornamento ou inscrições;

- serviços, instalações e as máquinas,

- estruturas auxiliares, os jardins, paisagem cultural e recursos naturais topográficos do local;

d) A tecnologia e as habilidades tradicional e moderna utilizada na construção e manutenção;

e) A prova para estabelecer a data de origem, autoria, posse, o design original, ponto, uso e decoração;

f) A prova para estabelecer a história subsequente de seus usos, eventos associados, alterações estruturais ou decorativas e do impacto das forças externas, humanas ou naturais;

g) A história da gestão, manutenção e reparos;

h) Os elementos representativos ou amostras de materiais de construção ou do sítio;



i) Uma avaliação do estado atual do patrimônio;

j) Uma avaliação da relação visual e funcional entre o patrimônio e sua localização;

k) Uma avaliação dos conflitos e os riscos de origens humanas ou naturais, e da poluição ambiental ou usos da terra adjacentes.

5. Ao considerar as diferentes razões para a gravação (veja a Seção 1.2 acima) diferentes níveis pormenorizados serão necessários. Todas as informações acima, ainda que sumariamente, fornecem dados importantes para o planejamento local e controle de construção e gestão. Informações mais detalhadas para fins de conservação, manutenção e utilização são geralmente necessárias para o proprietário do sítio ou da construção, o gerente e o usuário

### **GESTÃO, DIFUSÃO E PARTILHA DOS REGISTROS**

1. Os registros originais devem ser preservados num arquivo seguro, e ambiente do Arquivo deve garantir a permanência da informação e da liberdade de informações reconhecidos em padrões internacionais.

2. Uma cópia completa de back-up de tais registros deve ser armazenada em um cofre separado do local.

3. As cópias de tais registros devem ser acessíveis às autoridades legais, a profissionais e ao público, se for caso disso, para efeitos de investigação, de desenvolvimento, de controles e outros processos administrativos e judiciais.

4. Os dados atualizados devem estar prontamente disponíveis, se possível no sítio, para efeitos de pesquisa sobre o patrimônio, gestão, manutenção e prevenção de desastres.

5. O formato dos registros deve ser padronizado, e os registros devem ser indexados sempre que possível, para facilitar a troca e recuperação de informação a nível local, nacional ou nível internacional.

6. O efetivo de montagem, gestão e distribuição de informações registradas requer, sempre que possível, o entendimento e o uso apropriado de tecnologia de informação up-to-date.

7. A localização dos registros deve ser tornada públicos.

8. Um relatório dos principais resultados de qualquer gravação deve ser divulgado e publicado, quando for apropriado.

---

## **PRINCIPLES FOR THE RECORDING OF MONUMENTS, GROUPS OF BUILDINGS AND SITES (1996)[2]**

**Ratified by the 11th ICOMOS General Assembly in Sofia, October 1996.**

As the cultural heritage is a unique expression of human achievement; and

As this cultural heritage is continuously at risk; and

As recording is one of the principal ways available to give meaning, understanding, definition and recognition of the values of the cultural heritage; and

As the responsibility for conserving and maintaining the cultural heritage rests not only with the owners but also with conservation specialists and the professionals, managers, politicians and administrators working at all levels of government, and with the public; and

As article 16 of the Charter of Venice requires, it is essential that responsible organisations and individuals record the nature of the cultural heritage.

The purpose of this document is therefore to set out the principal reasons, responsibilities, planning measures, contents, management and sharing considerations for the recording of the cultural heritage.

### **DEFINITIONS OF WORDS USED IN THIS DOCUMENT:**

Cultural Heritage refers to monuments, groups of buildings and sites of heritage value, constituting the historic or built environment.

Recording is the capture of information which describes the physical configuration, condition and use of monuments, groups of buildings and sites, at points in time, and it is an essential part of the conservation process.

Records of monuments, groups of buildings and sites may include tangible as well as intangible evidence, and constitute a part of the documentation that can contribute to an understanding of the heritage and its related values.

### **THE REASONS FOR RECORDING**

1. The recording of the cultural heritage is essential:

- a) To acquire knowledge in order to advance the understanding of cultural heritage, its values and its evolution;
- b) To promote the interest and involvement of the people in the preservation of the heritage through the dissemination of recorded information;
- c) To permit informed management and control of construction works and of all change to the cultural heritage;
- d) To ensure that the maintenance and conservation of the heritage is sensitive to its physical form, its materials, construction, and its historical and cultural significance.

2. Recording should be undertaken to an appropriate level of detail in order to:

- a) Provide information for the process of identification, understanding, interpretation and presentation of the heritage, and to promote the involvement of the public;
- b) Provide a permanent record of all monuments, groups of buildings and sites that are to be destroyed or altered in any way, or where at risk from natural events or human activities;

c) Provide information for administrators and planners at national, regional or local levels to make sensitive planning and development control policies and decisions;

d) Provide information upon which appropriate and sustainable use may be identified, and the effective research, management, maintenance programmes and construction works may be planned.

3. Recording of the cultural heritage should be seen as a priority, and should be undertaken especially:

a) When compiling a national, regional, or local inventory;

b) As a fully integrated part of research and conservation activity;

c) Before, during and after any works of repair, alteration, or other intervention, and when evidence of its history is revealed during such works;

d) When total or partial demolition, destruction, abandonment or relocation is contemplated, or where the heritage is at risk of damage from human or natural external forces;

e) During or following accidental or unforeseen disturbance which damages the cultural heritage;

f) When change of use or responsibility for management or control occurs.

### **RESPONSIBILITY FOR RECORDING**

1. The commitment at the national level to conserve the heritage requires an equal commitment towards the recording process.

2. The complexity of the recording and interpretation processes requires the deployment of individuals with adequate skill, knowledge and awareness for the associated tasks. It may be necessary to initiate training programmes to achieve this.

3. Typically the recording process may involve skilled individuals working in collaboration, such as specialist heritage recorders, surveyors, conservators,

architects, engineers, researchers, architectural historians, archaeologists above and below ground, and other specialist advisors.

4. All managers of cultural heritage are responsible for ensuring the adequate recording, quality and updating of the records.

#### **PLANNING FOR RECORDING**

1. Before new records are prepared, existing sources of information should be found and examined for their adequacy.

a) The type of records containing such information should be searched for in surveys, drawings, photographs, published and unpublished accounts and descriptions, and related documents pertaining to the origins and history of the building, group of buildings or site. It is important to search out recent as well as old records;

b) Existing records should be searched for in locations such as national and local public archives, in professional, institutional or private archives, inventories and collections, in libraries or museums;

c) Records should be searched for through consultation with individuals and organisations who have owned, occupied, recorded, constructed, conserved, or carried out research into or who have knowledge of the building, group of buildings or site.

2. Arising out of the analysis above, selection of the appropriate scope, level and methods of recording requires that:

a) The methods of recording and type of documentation produced should be appropriate to the nature of the heritage, the purposes of the record, the cultural context, and the funding or other resources available. Limitations of such resources may require a phased approach to recording. Such methods might include written descriptions and analyses, photographs (aerial or terrestrial), rectified photography, photogrammetry, geophysical survey, maps, measured plans, drawings and sketches, replicas or other traditional and modern technologies;

b) Recording methodologies should, wherever possible, use non-intrusive techniques, and should not cause damage to the object being recorded;

c) The rationale for the intended scope and the recording method should be clearly stated;

d) The materials used for compiling the finished record must be archivally stable.

### **CONTENT OF RECORDS**

1. Any record should be identified by:

a) The name of the building, group of buildings or

b) A unique reference number; c) The date of compilation of the record;

d) The name of the recording organisation;

e) Cross-references to related building records and reports, photographic, graphic, textual or bibliographic documentation, archaeological and environmental records.

2. The location and extent of the monument, group of buildings or site must be given accurately - this may be achieved by description, maps, plans or aerial photographs. In rural areas a map reference or triangulation to known points may be the only methods available. In urban areas an address or street reference may be sufficient.

3. New records should note the sources of all information not obtained directly from the monument, group of buildings or site itself.

4. Records should include some or all of the following information:

a) The type, form and dimensions of the building, monument or site;

b) The interior and exterior characteristics, as appropriate, of the monument, group of buildings or site;

c) The nature, quality, cultural, artistic and scientific significance of the heritage and its components and the cultural, artistic and scientific significance of:

- the materials, constituent parts and construction, decoration, ornament or inscriptions

- services, fittings and machinery,

- ancillary structures, the gardens, landscape and the cultural, topographical and natural features of the site;

d) The traditional and modern technology and skills used in construction and maintenance;

e) Evidence to establish the date of origin, authorship, ownership, the original design, extent, use and decoration;

f) Evidence to establish the subsequent history of its uses, associated events, structural or decorative alterations, and the impact of human or natural external forces;

g) The history of management, maintenance and repairs;

h) Representative elements or samples of construction or site materials;

i) An assessment of the current condition of the heritage;

j) An assessment of the visual and functional relationship between the heritage and its setting;

k) An assessment of the conflicts and risks from human or natural causes, and from environmental pollution or adjacent land uses.

5. In considering the different reasons for recording (see Section 1.2 above) different levels of detail will be required. All the above information, even if briefly stated, provides important data for local planning and building control and management. Information in greater detail is generally required for the site or building owner's, manager's or user's purposes for conservation, maintenance and use.

## MANAGEMENT, DISSEMINATION AND SHARING OF RECORDS

1. The original records should be preserved in a safe archive, and the archive's environment must ensure permanence of the information and freedom from decay to recognised international standards.

2. A complete back-up copy of such records should be stored in a separate safe location.

3. Copies of such records should be accessible to the statutory authorities, to concerned professionals and to the public, where appropriate, for the purposes of research, development controls and other administrative and legal processes.

4. Up-dated records should be readily available, if possible on the site, for the purposes of research on the heritage, management, maintenance and disaster relief.

5. The format of the records should be standardised, and records should be indexed wherever possible to facilitate the exchange and retrieval of information at a local, national or international level.

6. The effective assembly, management and distribution of recorded information requires, wherever possible, the understanding and the appropriate use of up-to-date information technology.

7. The location of the records should be made public.

8. A report of the main results of any recording should be disseminated and published, when appropriate.

### NOTAS:

[1] Texto traduzido por **Tauã Lima Verdan Rangel**. Bolsista CAPES. 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. 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 Administr  
ativo e Direito Ambiental. E-mail: [taua\\_verdan2@hotmail.com](mailto:taua_verdan2@hotmail.com)

[2] Versão original disponível em: <  
<http://www.icomos.org/charters/archives-e.pdf>>. Acesso em 25 out. 2015.

## **A LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

**KARINE AZEVEDO EGYPTO ROSA:** graduada em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, pós-graduada pela Universidade Candido Mendes em Direito Penal e Processual Penal e aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso e Defensoria Pública do Estado da Bahia.

**RESUMO:** O presente trabalho visa a analisar a regra que impõe a vedação à liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, inserta no art. 44 da lei 11.343/2011 com base nos preceitos constitucionais e nas características ínsitas às prisões cautelares. Esta análise se faz relevante devido ao crescente número de decisões que aplicam referida regra sem qualquer apreciação crítica de suas implicações. É dizer, priva-se a liberdade de um ser humano de maneira automática, desarrazoada, sem que se pense nas conseqüências que podem gerar.

**Palavras-Chave:** Processo penal Constitucional; Liberdade Provisória; Prisão Preventiva; Tráfico de Drogas; Incompatibilidade com o Ordenamento Jurídico.

**ABSTRACT:** This monograph aims to analyze the rule imposing the prohibition of the own recognizance release on drug trafficking crimes embodied in article 44 of the 11.343/2006 law, based upon constitutional principles and the characteristics inherent to precautionary arrests. This analysis is relevant due to the growing number of decisions applying that rule without any critical assessment of its implications.

**Key words:** Own Recognizance Release. Preventive Detention. Drug Trafficking. Incompatibility with the Legal System.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS. 2.1 A Vedação. 2.1.1 As implicações da vedação. 2.2 A Incompatibilidade da Vedação com a Ordem Jurídica. 2.2.2 Os Regramentos Constitucionais. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o homem vem desenvolvendo formas de garantia de um direito fundamental a qualquer pessoa: a liberdade. Já em 1215, a Magna Carta, imposta ao rei inglês João Sem-Terra, trazia previsão expressa de garantia da liberdade do homem. É certo que tal documento foi pensado para proteger, apenas, a nobreza. No entanto, de modo reflexo, seus efeitos foram estendidos a grande parcela da população.

Com o passar do tempo, outros movimentos contrários às arbitrariedades dos governantes ocorreram, sendo os mais emblemáticos a Revolução Francesa e a Independência das Treze Colônias (Estados Unidos). Em decorrência destes movimentos, declarações de direitos foram assinadas, afirmando, entre outros, o direito fundamental à liberdade: nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e, posteriormente, a Declaração de Independência; na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No pós-Segunda Guerra, mais um documento reafirmando os direitos do homem foi assinado. Em 1948, foi adotada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seus primeiros artigos traz a previsão do direito fundamental à liberdade, direito este inerente a todos os homens.

No Brasil, a história de luta pela liberdade também se desenvolveu, agravada pela hedionda escravidão. Em 1835, tivemos a Revolta dos Malês, em Salvador, organizada por escravos muçulmanos, que buscou a libertação dos demais escravos de religião islâmica. Esta não foi a única revolta da época. Em verdade, devido ao período conturbado da Regência, outros levantes ocorreram, muitos com a bandeira de luta pela liberdade. No entanto, não foi neste período que ocorreu o primeiro movimento libertário no país. Na última década do século XVIII, aconteceram a Inconfidência Mineira e a Conjuração Baiana, movimentos influenciados pelos ideais iluministas.

Estes acontecimentos acabaram por influenciar diretamente o direito. Afinal, para garantir a liberdade dos homens, são necessários mecanismos jurídicos. O primeiro a ganhar importância foi o Habeas Corpus, proveniente da já citada Magna Carta, que tutelava (e ainda o faz) a liberdade de locomoção. No

entanto, não foi o único instituto criado com este objetivo. Com o passar do tempo, o estudo da liberdade humana, em todas as suas vertentes, evoluiu. Novos institutos jurídicos foram criados com o intuito de garantir tal direito, entre eles o da liberdade provisória.

O instituto da liberdade provisória visa garantir que o preso em flagrante possa responder ao processo livre. Evita, portanto, que a pena seja antecipada, o que é de todo rejeitado pelo nosso ordenamento jurídico. No Brasil, encontra previsão desde as Ordenações Afonsinas, com um caráter eminentemente pessoal. No regime constitucional do império, adquiriu natureza real, já que sua concessão ocorria exclusivamente mediante fiança. O mesmo regime foi mantido na Constituição de 1891 e nas subseqüentes Cartas Constitucionais, exceto a de 1937.

Na Constituição atual, encontra previsão no art. 5º, LXVI. No entanto, sua aplicação vem sendo sistematicamente limitada por leis ordinárias decorrentes da pressão social. Maior expoente disso é a Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/90, que em seu art. 2º, II, na redação original, vedava a concessão desta garantia.

No ano de 2006 foi publicada a Lei 11.343, trazendo novo regramento acerca do delito de tráfico de drogas, revogando as suas predecessoras Lei 6368/75 e a natimorta Lei 10.409/03.

A Lei ora analisada, respondendo aos anseios da sociedade, acabou por endurecer o tratamento dispensado a determinados institutos penais (tanto de direito material como de direito processual), tais como o sursis, a liberdade provisória e a substituição de penas. Tal fenômeno ocorreu como resposta ao crescimento da criminalidade e ao sentimento de impunidade decorrente das freqüentes ondas de violência que vêm assolando as grandes cidades do país nos últimos anos.

O art. 44 da Lei em comento endureceu o tratamento a determinados institutos jurídicos que representam verdadeiros benefícios ao acusado. Diz a Lei:

*“Os crimes previstos nos arts. 33 caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são infiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e*

*liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”*

Como que refletindo este endurecimento no tratamento, dados do Ministério da Justiça apontam que, em dezembro de 2007, a população carcerária chegava a números assustadores de 422.590. Hoje, esta marca ultrapassou a casa dos 500.000 presos.

No tocante às prisões provisórias, este quadro não é diferente. Em dezembro de 2007, 127.562 presos encontravam-se na situação de provisoriedade. Já em dezembro de 2010, 164.683. Houve, portanto, um aumento de 29% na população carcerária em caráter provisório. Estes números representam, em média, 30% da população carcerária total do país.<sup>[1]</sup>

Todo este contingente carcerário encontra-se em condições precárias de vida, em penitenciárias abarrotadas que abrigam um número de presos muito acima de sua capacidade, o que é apenas mais uma evidência da falência do sistema prisional brasileiro. Nesta mesma realidade encontram-se os presos preventivos e os já condenados. Ou seja, aqueles presumidamente inocentes ocupam o mesmo espaço destinado àqueles já condenados, o que vai de encontro ao bom senso, ao ordenamento jurídico, pois viola o art. 300 do Código de Processo Penal e, mais importante, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e acaba contribuindo para que muitos presos que não possuem uma conduta imbuída de agressividade, passem a desenvolvê-la ante às injustiças com que convivem diariamente no cárcere.

Tudo isto é somado ao potencial estigmatizador que a prisão apresenta em relação ao preso. O processo penal em si já é capaz de marcar a vida de uma pessoa perante a sociedade, o que dizer então de uma prisão, ainda que cautelar. Toda a sociedade passa a olhar o indivíduo como um criminoso sem, sequer, buscar entender o ocorrido. E isto é agravado pela atuação da mídia que, de maneira indiscriminada e descuidada, relata fatos muitas vezes carentes de comprovação. No calor do momento, a imprensa passa a rotular o suspeito de cometimento do delito e acaba por fomentar no público uma sensação de indignação, aumentada pela morosidade do Judiciário (no processo penal, necessária), o que possibilita o crescimento da sensação de impunidade que afeta a sociedade como um todo.

Com este quadro em mente, faz-se necessário o seguinte questionamento: são verdadeiramente necessárias todas estas prisões? Como que buscando responder esta pergunta, o legislador trouxe sadia inovação no nosso ordenamento jurídico com a edição da lei 12.403/2011 que alterou profundamente o regime das medidas cautelares. Foram positivados os princípios da excepcionalidade da segregação cautelar, da proporcionalidade, consubstanciada na necessidade da medida, o que demonstra o caráter descarcerizador da norma.

Por outro lado, a nova redação do art. 323 trouxe para o Código de Processo Penal a regra da inafiançabilidade de determinados crimes, entre eles o tráfico de drogas, contribuindo para a polêmica jurisprudencial acerca da vedação à liberdade provisória contida na lei de Drogas. Isto porque muitos de nossos tribunais vêm entendendo esta vedação como decorrente da inafiançabilidade expressa na Constituição e repetida na legislação infraconstitucional.

Ou seja, de uma maneira geral a lei busca arrefecer o tratamento dado às prisões, o que é consentâneo com o espírito constitucional de consagração da presunção de inocência, mas neste ponto específico, dá azo a interpretações duvidosas acerca da possibilidade de vedação da liberdade provisória.

É neste contexto que surge mais este trabalho sobre o tema da vedação à liberdade provisória no tráfico de drogas. Porém, e isto é deveras importante ser ressaltado, o que aqui será dito, não se aplica somente aos delitos ligados à traficância de entorpecentes. Foi feita apenas uma escolha devido à relevância do delito em si, demonstrada pelos números: do total de presos acima exposto, observa-se que 20% da população carcerária masculina se encontravam nesta condição devido ao cometimento dos crimes previstos nas leis de drogas, seja a atual, lei 11.343/2006, ou a anterior, lei 6.368/76. Em relação à população carcerária feminina, os números chegam a 59%.

## 2. A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS

### 2.1 A Vedação

O tráfico de drogas é, de acordo com a Constituição e interpretação doutrinária, crime equiparado aos hediondos. Esta expressão foi cunhada pelo constituinte originário, que considerou determinados delitos mais graves. Como forma de transparecer esta maior gravidade, elencou algumas formas de tratamento mais gravosas a estes delitos, tais como a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII, CRFB).

Posteriormente, foi editada a lei 8.072/90 para dar concretude ao comando constitucional. Neste sentido, a lei definiu os crimes hediondos e repetiu o conteúdo da norma constitucional do art. 5º, LXIII.

Assim, com base no disposto na referida lei e na Constituição, nossos tribunais vinham impedindo, de forma irrestrita, a aplicação da liberdade provisória aos delitos hediondos e equiparados, sob o argumento que a vedação decorria da própria inafiançabilidade do delito. Para ilustrar, veja-se a seguinte ementa:

RESP - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - CRIME HEDIONDO - RÉU PRESO EM FLAGRANTE - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.072/90.

1. Tratando-se de crime hediondo, a norma contida no art. 2º, inc.II, da Lei nº 8.072/90 é taxativa quanto à vedação da liberdade provisória. 2. Iterativa jurisprudência, do Excelso Pretório e desta Corte, afirma a constitucionalidade de tal preceito. 3. Recurso conhecido.[\[2\]](#)

Nesta esteira, com o intuito de endurecer o tratamento a outros crimes, o legislador tratou de vedar a aplicação da liberdade provisória através das leis do Crime Organizado e de Lavagem de Capitais e do Estatuto do Desarmamento. Entretanto, problema sério apresentam estas disposições, pois não possuem

qualquer base para existirem, já que limitam a liberdade individual de maneira arbitrária, ignorando todo o arcabouço constitucional de garantias. Ademais, não versam sobre crimes hediondos ou equiparados, o que enfraquece sobremaneira a existência destas vedações no ordenamento jurídico pátrio.

Porém, conforme anteriormente ressaltado, através da ADI 3112-1, foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que veda a liberdade provisória no Estatuto do Desarmamento. O mesmo tratamento deveria ser dispensado às outras duas leis, no tocante à vedação.

Em meio a um aumento significativo na criminalidade no país, sobretudo em relação ao delito de tráfico de drogas e seus correlatos, o legislador resolveu endurecer o tratamento a ele dispensado. Neste sentido, no art. 44 foi colocada regra que as leis anteriores que versavam sobre o tema não continham: a inafiançabilidade e a vedação à liberdade provisória, ao sursis, ao indulto, à graça e à anistia.

Ao fazer isto, o legislador reforçou o problema existente em relação à vedação em abstrato da liberdade provisória no tráfico de entorpecentes. Os tribunais, de uma maneira geral, passaram a aplicar com mais força a proibição. Agora, pautados não apenas na Constituição e na lei de Crimes Hediondos, mas também em uma lei específica.

Entretanto, em 2007 foi editada a lei 11.464 que alterou o art. 2º, II da lei 8072/90, que versava sobre a vedação de fiança e de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, suprimindo esta última. O dispositivo passa a vedar apenas a concessão de fiança.

Assim, cogitou-se em doutrina que a vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da lei 11.343/2006 teria sido derogada pela lei 11.464/2007. Porém, não é assim que têm se manifestado nossos tribunais.

Com isso, pode se dizer que a jurisprudência, de maneira majoritária, vem entendendo que a lei 11.464/2007 não teve o condão de revogar a vedação contida no art. 44 da lei 11.343.



Cabe ressaltar que o entendimento anterior de que a vedação em abstrato à aplicação da liberdade provisória decorre da inafiançabilidade expressada na Constituição continua bastante atraente para nossos tribunais. Afirmam os defensores desta tese não ser razoável impedir a aplicação da liberdade provisória com fiança, mais onerosa ao indivíduo, e, ao mesmo tempo, permitir a aplicação de sua modalidade sem fiança, que importa em menores restrições.

Neste sentido, seria possível a vedação à aplicação da liberdade provisória com base tão somente no dispositivo legal que versa sobre o tema, sem qualquer análise acerca da presença dos requisitos necessários para a aplicação da prisão cautelar no caso concreto, sendo suficiente a mera remissão ao art. 44 da Lei de Drogas.

Em doutrina, o entendimento pela vedação à aplicação da liberdade provisória também encontra ressonância. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, apresenta argumento no sentido de que o art. 5º, LXVI da Carta Magna, que versa sobre a liberdade provisória, admite que ela seja limitada pela norma infraconstitucional sem que haja qualquer vilipêndio ao texto constitucional.<sup>[3]</sup>

Hoje, após o advento da lei 12.403/2011, que alterou o regime das cautelares penais, esta questão ganha novos contornos. O novel art. 319 do Código de Processo Penal prevê diversas medidas cautelares aplicáveis de modo a evitar o encarceramento de um indivíduo. Assim, poderia surgir o questionamento acerca de eventual irrelevância da inafiançabilidade e da vedação da liberdade provisória face ao novo regime. Entretanto, se considerarmos a lógica presente no raciocínio acima esposado, podemos concluir que o mesmo também se aplica aqui, o que importaria na inafiançabilidade impossibilitando a aplicação de qualquer outra medida cautelar que não a prisão. Ora, se vedada a concessão de fiança, medida onerosa ao indivíduo, diriam os defensores desta tese não ser possível que se alcance a liberdade por meio menos gravoso.

Com base no exposto, possível perceber que o argumento nodal a favor da legitimidade desta vedação da liberdade provisória baseia-se no texto constitucional, em especial no dispositivo que afirma ser o tráfico de entorpecentes inafiançável. O art. 44 da lei 11.343/2006, ao vedar a sua aplicação, daria concretude à norma constitucional, sendo desnecessário qualquer outro fundamento para a segregação do preso em flagrante.

### 2.1.1 As implicações da vedação

Quando um magistrado aplica o disposto no art. 44 da lei 11.343/2006 e impede que seja aplicada a liberdade provisória a um preso em flagrante, conseqüentemente, impõe que o mesmo venha a responder ao processo no cárcere. Neste sentido, para que esta conversão seja válida, devem ser invocados os requisitos exigidos para a aplicação de uma medida cautelar previamente elencados. Caso contrário, haverá a segregação de um indivíduo com base, apenas, em uma medida precária, de natureza meramente pré-cautelar, que não tem o condão de manter alguém preso por si só.

Ademais, aplicada esta regra de maneira irrestrita e impensada, cria-se um cenário que fere substancialmente não só a liberdade como a igualdade, já que pessoas em uma mesma situação seriam tratadas de formas distintas. Ao preso em flagrante, o cárcere; àquele que logrou êxito em escapar do flagrante, a liberdade.

Demais disso, a prisão tem o potencial para causar conseqüências graves. Ela, qualquer que seja, é extremamente prejudicial devido à sua capacidade de estigmatizar o indivíduo perante seus pares. As possibilidades dele conseguir sua reinserção social restam diminutas e sua vida na sociedade é duramente afetada.

Assim, pode-se falar em duas dimensões de estigmatização: uma social e uma econômica. Pela social, o indivíduo vê suas oportunidades a vida reduzidas, posto que passa a ser visto como um inimigo da sociedade. Ele passa a ser a escória, “um cidadão de última categoria”.<sup>[4]</sup>

Além disso, a auto-estima do preso fica abalada. A própria moral do indivíduo é afetada, impossibilitando que ele se veja como parte da coletividade, quadro este agravado pela segregação social imposta pelos demais membros da sociedade no pós-cárcere.

No aspecto econômico, há uma conseqüência direta desta segregação do indivíduo. Preso, não tem oportunidades profissionais por razões óbvias. Já no pós-cárcere, vê um número muito reduzido de possibilidades de emprego. São poucos os cidadãos dispostos a abrir suas atividades econômicas para indivíduos

com passagem pelo cárcere. Não raro, nem perguntam a razão de tal passagem; apenas se limitam a rejeitar aquela pessoa.

Por isso, diz-se a prisão medida excepcional. Para que ela seja implementada, deve passar por todo o trâmite processual, com a observância dos requisitos decorrentes do devido processo legal, tais como o contraditório e a ampla defesa, pois limita sobremaneira o direito fundamental de liberdade de um indivíduo. No atinente às prisões cautelares, devem ser observados, ainda, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, como requisitos obrigatórios.

Outra grave conseqüência da vedação irrestrita à liberdade provisória podemos encontrar nos números estatísticos. Nos últimos 20 anos, houve um aumento de 1253% no número de presos provisórios no nosso sistema penitenciário<sup>[5]</sup>. Muitos destes são, com toda a certeza, decorrentes da conversão automática do flagrante em preventiva dado o número elevado de prisões decorrentes deste delito.

Este quadro contribuiu para o aumento vertiginoso no número de habitantes do sistema prisional pátrio. Em 2010, chegou-se à assustadora marca de 500.000 detentos. Deste total, aproximadamente 40% se encontram em situação de cautelaridade, presos sem que haja uma sentença definitiva.

Por conta destes dados, é fundamental que se faça uma análise crítica acerca da vedação à aplicação da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.

## 2.2 A Incompatibilidade da Vedação com a Ordem Jurídica

Preliminarmente, entende-se pela derrogação do disposto na lei 11.343/2006. Porém, ainda que se entenda pela subsistência da vedação, o dispositivo da Lei de Drogas encontra-se em claro conflito com o restante do ordenamento jurídico.

Como visto acima, a lei 11.464/2007 modificou o regime dos crimes hediondos também em relação à liberdade provisória, tendo sido suprimida do art. 2º, II da lei 8072/90 a expressão que a ela fazia alusão.

Claro está, portanto, que, hoje, após esta alteração, fica possibilitada a aplicação da liberdade provisória aos crimes hediondos. Assim, preso em flagrante um indivíduo pelo cometimento de um latrocínio, por exemplo, poderá ele responder ao processo em liberdade caso não estejam presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* para a aplicação da prisão preventiva. Nada impede que, estando presentes elementos suficientes, possa o magistrado aplicar a liberdade provisória.

O mesmo se aplica aos delitos equiparados a hediondos que não possuem legislação específica regulando-os ou suas leis não versam sobre o assunto liberdade provisória. No entanto, em relação aos delitos relacionados ao tráfico de drogas, que possui legislação específica tratando do tema, fica a pergunta: pode ser aplicada a liberdade provisória após a alteração realizada pela lei 11.464/2007?

Há quem entenda que não. Afirmam que a lei de Drogas é norma especial e deve se sobrepor às alterações realizadas na lei 8072/90, já que esta é a norma geral que rege os crimes hediondos. Neste sentido, aplicam pura e simplesmente o critério da especialidade para concluir desta forma. Como visto mais acima, esta é a posição majoritária de nossos tribunais.

Este é um caso de antinomia jurídica que, em regra, é resolvido pelos critérios clássicos de hermenêutica jurídica: o critério cronológico, o critério da especialidade e o critério hierárquico.

Para a resolução de um conflito de normas, deve o intérprete, primeiramente, lançar mão do critério hierárquico: verificar qual norma é superior na pirâmide kelseniana. Assim, em qualquer conflito entre a Constituição, norma superior que habita o topo da pirâmide, e uma lei infraconstitucional, será aplicada a Carta Magna.

Em sendo as normas em choque de mesma hierarquia, utiliza-se o critério da especialidade. Explicitado pelo brocardo latino *lex specialis derogat legi generali*, impõe que se uma norma tratar do assunto de maneira mais específica, deve esta prevalecer sobre a que versa de maneira meramente geral.

Não sendo resolvido o conflito com base nos dois critérios previamente esposados, deve ser utilizado o critério da anterioridade, representado pelo brocardo latino *lex posterior derogat lex priori*, que impõe a prevalência da regra mais recente em relação à mais antiga.

Esta é o raciocínio aplicado quando há a chamada antinomia de primeiro grau ou aparente, ou seja, conflito puro e simples entre normas. Neste caso, pela lógica do sistema, possível chegar à harmonização entre as normas. Entretanto, há a possibilidade de existência das antinomias chamadas reais ou insolúveis, que são aquelas para as quais o sistema não encontra soluções prontas para resolvê-las. Elas dependem da avaliação do caso concreto.

Dentre as chamadas antinomias reais, estão as antinomias de segundo grau que decorrem do conflito entre dois dos critérios previamente elencados para a resolução dos conflitos, como no caso de haver um choque entre uma norma inferior posterior e uma norma superior anterior. Cabe, desde logo, ressaltar que o critério hierárquico vence sempre. Assim, norma superior irá sempre prevalecer neste confronto. O real problema está no conflito entre norma geral posterior e norma especial anterior.

Em geral, a solução se daria pela aplicação da meta-regra *lex posteriori generalis non derogat lex priori speciali*. Ou seja, haveria uma prevalência da do critério da especialidade. Entretanto, não é a todos os casos que será aplicada esta solução. Dependendo do caso concreto, pode haver um resultado diferente. O magistrado, de acordo com critérios outros que não os três clássicos, tais como a equidade, os costumes ou até mesmo o, hoje em desuso, *lex favorabilis derogat lex odiosa*, pode solucionar o conflito da forma mais justa para aquele caso específico.

Assim, não é sempre que lei especial prevalecerá sobre a lei geral. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu desta forma em caso que versava sobre a contagem do prazo para a interposição de embargos à execução para a penhora hipotecária, sendo os embargantes cônjuges. A lei 5.741/71, que versa sobre o financiamento de imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, prevê prazo de 10 dias a iniciar da intimação da penhora, diferente do disposto no Código de Processo Civil que, após alteração datada de 1994, através da lei 8953,

em seu art. 738, I, prevê prazo de 15 dias para apresentação de embargos contados a partir da juntada da citação de ambos os cônjuges.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que deveria prevalecer o regramento contido no Código de Processo Civil, norma geral posterior, em detrimento da lei 5471/71, norma especial anterior. Isto porque a alteração levada a cabo, em 1994, pela lei 8953, não fez qualquer ressalva quanto à lei especial, nela operando, portanto, verdadeira alteração.<sup>[6]</sup>

Percebe-se, portanto, grande semelhança do caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça com o ora em análise. A lei 11.464/2007, que alterou a lei geral dos crimes hediondos, posterior à lei especial do tráfico de drogas, como exaustivamente abordado, modificou o regime da liberdade provisória nos delitos hediondos e equiparados, passando a possibilitar sua aplicação.

Assim, pode-se dizer que a lei 11.343/2006, no tocante à liberdade provisória, foi derogada pela lei 11.464/2007, posto que esta não fez qualquer ressalva em relação àquela, tratando, portanto, da aplicação da medida a todos os crimes hediondos e equiparados.

Ademais, o legislador, ao manter na redação do caput do art. 2º, II da lei 8072/90, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, não retirou este crime de seu âmbito de aplicação, o que demonstra a vontade do legislador em possibilitar a liberdade provisória para os detidos pela prática dos delitos ligados à traficância de entorpecentes.

Entendendo desta mesma forma, Aury Lopes Junior diz que o art. 44 da lei 11.343/2006 “não mais subsiste diante da alteração legislativa contida na Lei nº 11.464.” <sup>[7]</sup>

Concluir de maneira distinta é legitimar tratamento desigual a pessoas na mesma condição, violando, portanto, a igualdade material que impõe o mesmo tratamento a quem se encontra na mesma situação. Mais, permitir a liberdade provisória a crime verdadeiramente dotado de hediondez e vedá-la a crimes meramente equiparados a hediondos, inverte toda a lógica do sistema, pois trata de maneira mais gravosa pessoa em situação de reprovabilidade menor e, de

outro lado, trata de maneira mais branda quem se encontra em situação de maior reprovabilidade.

Assim, pelas razões expostas, percebe-se que a lei teve o condão, sim, de derrogar tacitamente o conteúdo do art. 44 da lei de Drogas, diferentemente do que vêm entendendo de maneira majoritária nossos tribunais. Portanto, não mais subsiste no nosso ordenamento jurídico a vedação à liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.

### **2.2.2 Os Regramentos Constitucionais**

Ainda que não se entenda pela derrogação do art. 44 da lei de Drogas, fato é que a vedação à aplicação da liberdade provisória vai de encontro a todo o sistema constitucional montado em torno do instituto.

O constituinte consagrou a liberdade provisória como garantia fundamental ao indivíduo. Dispôs que ninguém poderá ser preso quando possível a aplicação da medida, seja com ou sem fiança. A partir desta disposição, é possível chegar a duas conclusões que indicam dois raciocínios extremamente importantes para apontar o equívoco da vedação à liberdade provisória não só nos delitos de tráfico de drogas, como em qualquer hipótese: 1) a liberdade é a regra do sistema; a prisão, a exceção; 2) existem duas modalidades de aplicação da medida: uma com fiança e outra sem fiança. À primeira vista, estas conclusões podem parecer óbvias e/ou insignificantes, mas são bastante significativas. Por razões didáticas, elas serão tratadas separadamente.

#### ***2.2.2.1 Inafiançabilidade e Liberdade Provisória***

Como visto acima, existem duas grandes espécies de liberdade provisória: uma com fiança e outra sem fiança. Isto está expresso na Constituição. Também consta do texto constitucional que os crimes hediondos e os a eles equiparados são considerados inafiançáveis. Inclusive, é desta última regra que nossos tribunais vêm retirando a impossibilidade de aplicação da liberdade provisória a estes delitos. Entretanto, esta conclusão é de todo equivocada. Senão vejamos.

O Código de Processo Penal, em sua redação original, previa que a única forma de se alcançar a liberdade após a lavratura de um auto de prisão em

flagrante era através da liberdade provisória com fiança (à exceção das hipóteses em que presentes causas excludentes de ilicitude). Caso o crime fosse inafiançável, deveria o indivíduo responder ao processo preso. Operava-se, portanto, uma presunção de culpabilidade do indivíduo.

Neste sentido, dizer, àquela época, que determinado crime era considerado inafiançável, realmente possuía algum significado, pois se preso em flagrante pelo cometimento de tais crimes, o indivíduo via sua liberdade cerceada. Desta forma, a inafiançabilidade significava que a liberdade provisória era vedada (ainda que criticável, fazia sentido para a época).

Isto é muito bem explicado pela influência que sofreu o nosso Código da conjuntura da época. O diploma processual penal data de 1941, pleno Estado Novo, governo ditatorial de inspirações claramente fascistas. E isto refletiu diretamente na legislação da época. Inspirado no Código Rocco italiano de 1930, de origem fascista, traz um espírito repressivo bastante acentuado, como é possível perceber da simples leitura da sua Exposição de Motivos.

Com a edição da lei 6.416 em 1977, houve uma virada completa neste regime. Referida lei modificou o Código de Processo Penal, a ele acrescentando o parágrafo único do art. 310 que previa hipótese de aplicação da liberdade provisória sem fiança. Esta seria aplicada caso não estivessem presentes as razões para a decretação da prisão preventiva. Esta modalidade passou a ser a regra, como bem aduz Eugênio Pacelli de Oliveira.<sup>[8]</sup>

Assim, até a alteração operada no ano de 1977, a única espécie de liberdade provisória era mediante fiança. A partir de então, passou-se a admitir a aplicação da medida sem a prestação da caução como regra, já que esta era (e ainda é) aplicável a qualquer crime, ainda que inafiançável. A alteração, portanto, tornou sem sentido esta expressão, já que uma pessoa poderia alcançar sua liberdade nos delitos ditos inafiançáveis apenas mediante a vinculação ao processo. Portanto, depois da edição da supracitada lei, dizer que um delito era considerado inafiançável perdeu todo o sentido que um dia teve. Significa, apenas, a vedação da aplicação da fiança, mas, como visto, o indivíduo pode alcançar sua liberdade através da liberdade provisória sem fiança.



O constituinte, portanto, ao trazer para o texto da Carta Magna a expressão inafiançabilidade demonstrou desconhecimento do assunto e falta de técnica. Não se nega que a sua intenção tenha sido a de endurecer o tratamento a determinados crimes. Porém, o fez de maneira totalmente equivocada. Ao mesmo tempo em que veda a fiança para os delitos chamados hediondos, prevê a possibilidade de aplicação da liberdade provisória com ou sem fiança. Ou seja, ele apenas previu que àqueles delitos não será possível a aplicação da liberdade provisória com fiança.

Assim, a inafiançabilidade apenas impossibilita a concessão da liberdade provisória com fiança. Como diz Gilmar Mendes, “a simples inafiançabilidade não impede a concessão da liberdade provisória.” [\[9\]](#). Neste sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Por isso, quando a Constituição veio a se referir à inafiançabilidade para os crimes de racismo e de tortura, e outros, incluindo os previstos no Estatuto do Desarmamento (arts. 14 e 15) e na Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), a única conclusão que se poderia e que se pode extrair do texto é a vedação da concessão da liberdade provisória com fiança.” [\[10\]](#)

E interpretar de maneira distinta, como vem fazendo nossos tribunais, importa em grave erro. Como já ressaltado, a liberdade provisória é garantia fundamental prevista para tutelar o direito de locomoção do indivíduo, direito fundamental. Entender que a inafiançabilidade comporta a impossibilidade de liberdade provisória tanto com fiança como sem fiança é restringir direitos fundamentais onde o constituinte não o fez. É estender a restrição para além do previsto no texto constitucional. O que não pode ser feito, pois toda e qualquer norma que imponha limitações a direitos fundamentais deve ser interpretada de maneira restritiva.

Assim, a interpretação, freqüentemente utilizada por grande parte de nossos tribunais, de que a vedação à liberdade provisória decorre da inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados, prevista no texto constitucional, se mostra de todo equivocada e deve ser prontamente rechaçada.

### **2.2.2.2** *Liberdade como Regra e Sopro de Esperança*

Diz o art. 5º da Constituição, em seu caput, que a liberdade é direito fundamental, garantida a todos sua inviolabilidade. Entretanto, a doutrina clássica dos direitos fundamentais afirma, com muita propriedade, que os direitos fundamentais não gozam de intangibilidade absoluta, podendo ser limitados quando em confronto com outros direitos de igual ou superior valor na ordem jurídica.

Neste sentido, o art. 5º, LXVI prevê que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando for admitida a liberdade provisória, ou seja, admite que um indivíduo seja preso quando presentes os requisitos ínsitos à medida restritiva. Assim, a ciência criminal tem o condão de restringir a liberdade de um indivíduo, seja através de uma medida cautelar, seja através de uma pena.

No entanto, ressalte-se que, pelo mesmo dispositivo constitucional, é possível se entender que a prisão é medida excepcional, pois não admitida quando possível a aplicação de liberdade provisória. É dizer: a regra do nosso ordenamento jurídico é a liberdade do indivíduo; a prisão é a exceção. Esta conclusão se coaduna com o espírito da Constituição, que traz todo um sistema de garantias inerentes ao indivíduo pautado na presunção de inocência e protegido pelo devido processo legal, através da exigência do contraditório e da ampla defesa.

A regra do art. 44 da lei 11.343/2006, ao vedar a aplicação da liberdade provisória, impõe que o preso em flagrante venha a responder ao processo preso de maneira automática, sem qualquer juízo acerca da necessidade da segregação. A prisão, assim, decorre da lei, com base apenas no flagrante.

Como é sabido, a prisão, salvo em função do flagrante delito, decorre de ordem judicial, seja em razão de cautelaridade, seja após o trânsito em julgado de sentença condenatória, conforme inteligência do art. 5º, LXI da Constituição. Percebe-se, portanto, que a lei não pode, de maneira alguma, prever hipótese de prisão obrigatória. Ela só tem o condão de delimitar as circunstâncias e os requisitos para a prisão, de acordo com a política criminal da época.

Isto é de essencial compreensão. Entender que a vedação decorre pura e simplesmente da lei é legitimar a prisão *ex lege*, que, em última análise, é o que vem sendo feito por nossos tribunais.

Há, portanto, uma afronta direta ao texto constitucional, pois prende-se sem qualquer justificativa para tanto, única e exclusivamente com base no flagrante. Há, portanto, uma inversão na presunção: presume-se a culpabilidade do indivíduo, o que nos remete ao espírito original do Código de Processo Penal, de orientação fascista.

A Constituição prevê que a liberdade é a regra e a prisão é excepcional, devendo ser devidamente fundamentada para que seja dotada de validade. No caso das prisões no curso do processo, devem se fundar nas razões ínsitas às medidas cautelares quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

A disposição do art. 44 da lei de Drogas parte do pressuposto de que a prisão será sempre necessária, sem que se considere as circunstâncias específicas do caso concreto. A necessidade da prisão decorre, portanto, diretamente da lei, o que acaba por retirar do juiz o poder de avaliar a presença dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Assim, tendo em vista o disposto no art. 5º, LVII da Constituição, que prevê a presunção de inocência, a proibição da liberdade provisória prevista no art. 44 da lei 11.343/2006 é flagrantemente inconstitucional.

Além disso, referido dispositivo inverte o regramento constitucional que exige a fundamentação para toda e qualquer decisão que imponha uma prisão, já que diretamente impõe a prisão preventiva, afastando a atuação do juiz para avaliar se presentes os requisitos para a segregação.

O princípio da inocência impõe que toda prisão, antes do trânsito em julgado, esteja fundada em razões justificadoras da necessidade de se tutelar, de maneira eficaz, a jurisdição penal. Essa análise da efetiva necessidade da prisão, apenas como medida cautelar no processo, deve se basear nas circunstâncias do caso concreto e, por isso, constitui função eminentemente jurisdicional.

Consequentemente, a prisão cautelar só poderá ser aplicada nos casos em que clara a presença de seus requisitos, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Neste sentido, qualquer vedação legal à aplicação da liberdade provisória representa grave afronta aos princípios da inocência e do devido processo legal, já que o legislador não é legitimado para aferir a necessidade da prisão com base, apenas, na gravidade, em abstrato, do delito.

O legislador viola a presunção de inocência quando, no âmbito de uma política criminal de endurecimento do controle de certas atividades, proíbe a liberdade provisória, tornando obrigatória a prisão cautelar do acusado pelos crimes por ele definidos e, dessa forma, retira das mãos do juiz a avaliação da real necessidade dessa medida cautelar. Transforma o juiz, portanto, em uma mera máquina reprodutora daquilo ali previsto.

E isto é inconcebível em um regime de Separação de Poderes como o nosso. Ao legislador, a função de legislar; ao juiz, a função de apreciar o caso concreto e confrontá-lo com todo o ordenamento jurídico.

Ademais, esta prisão obrigatória, além de afrontar a presunção de inocência, viola a regra do devido processo legal. Senão vejamos.

O indivíduo, ao ser preso em flagrante pelo delito do tráfico de drogas, é encaminhado ao juízo, que, por haver a vedação legal, não aplica a liberdade provisória. Ou seja, o mantém preso apenas em função da lei, que, como vimos acima, importa em verdadeira antecipação de pena. Neste sentido, o magistério de Alberto Silva Franco, apoiado em Odone Sanguiné:

“(...) a impossibilidade de concessão da liberdade provisória ‘equivale à privação de liberdade obrigatória infligida como pena antecipada, sem prévio e regular processo e julgamento. É uma espécie de Bill of attainder (reconhecido como abusivo pela jurisprudência norte-americana), ou seja, uma ato legislativo que implica considerar alguém culpado diretamente e destinado a infligir-lhe uma sanção sem processo ou decisão judicial’.”[\[11\]](#)

Para que seja aplicada uma pena, deve ser observado todo o trâmite processual, que se faz necessário para assegurar o respeito às garantias do réu. Neste sentido, devem ser observados o contraditório e a ampla defesa, oportunizando-se ao réu a possibilidade de se defender.

O mesmo pode ser dito em relação a uma prisão cautelar. Ao indivíduo deve ser concedida a possibilidade de se manifestar acerca da necessidade de sua aplicação, conforme previamente ressaltado. E esta oportunidade lhe é retirada quando há a determinação de uma prisão apenas com base na lei.

Entendendo desta forma, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112-1, que versava sobre o Estatuto do Desarmamento, decidiu-se pela inconstitucionalidade da regra contida no art. 21 que veda a liberdade provisória a determinados delitos ali previstos.

Considerou-se impossível a vedação da liberdade provisória prevista na lei, pois, em última análise, haveria uma legitimação da prisão *ex lege*, o que não é admitido pela Constituição, que exige decisão fundamentada para a determinação de uma prisão. Afinal, a liberdade é a regra do sistema; a prisão, exceção.

Neste sentido o voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski, que, além de entender haver a necessidade de motivação das decisões, em consonância não só com o art. 5º, LIV, mas também com o art. 93, IX também da Constituição, entendeu haver frontal violação à presunção de inocência e ao devido processo legal, no que foi seguido pelos demais Ministros.

Reconhecer a inconstitucionalidade da cláusula que veda a aplicação da liberdade provisória fundamenta-se na necessidade de defesa da ordem constitucional, sobretudo na tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, toda esta estruturação argumentativa utilizada para declarar a inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento pode e deve ser aplicada quando da análise de qualquer caso versando sobre a vedação legal à liberdade provisória. Independente do crime, se hediondo ou não, a situação é a mesma: o legislador faz um juízo de periculosidade do preso em flagrante, retirando da esfera do juiz a decisão acerca da necessidade ou não de se aplicar a medida cautelar.

Não é desta forma, todavia, que vêm entendendo a maior parte de nossos tribunais, como foi visto mais acima, já que, apesar da bem fundamentada decisão na Ação Direta, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal continua aplicando de maneira irrestrita a regra insculpida no art. 44 da lei de Drogas. E neste ponto, é seguida pela grande maioria dos tribunais pátrios. .

Entretanto, a situação na Segunda Turma daquela Corte é diferente. No HC 100.959/TO, por exemplo, entendeu-se pela incompatibilidade da vedação da liberdade provisória, prevista no art. 44 da lei de Drogas, com o ordenamento jurídico brasileiro. Entendeu-se pela excepcionalidade da prisão cautelar cuja necessidade deve ser aferida no caso concreto. Presentes os requisitos para sua aplicação, ela pode ser realizada, sempre de maneira motivada. Caso contrário, a aplicação da liberdade provisória é imperativa.

Desta forma, percebe-se que a não aplicação da liberdade provisória dependerá da análise do caso concreto, consideradas todas circunstâncias que o envolvem, sendo que a prisão cautelar só poderá ser aplicada se observados os requisitos necessários para tanto, respeitadas suas características.

### **3. CONCLUSÃO**

Diante dos argumentos apresentados, a vedação à liberdade provisória, de uma maneira geral, se mostra absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico, pautado em bases constitucionais sólidas de defesa dos direitos individuais contra eventuais arbitrariedades que, porventura, possam afetá-los.

Como visto, muitas decisões invocam a cláusula da inafiançabilidade prevista na Constituição como fundamento lógico para a vedação à liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança, o que se mostra equivocado, conforme se procurou demonstrar.

Com efeito, a expressão inafiançabilidade remonta ao contexto histórico da edição do Código de Processo Penal, em que a fiança era a única espécie de se alcançar a liberdade provisória. Após a edição da lei 6.416/77, foi incorporada ao nosso sistema a liberdade provisória sem fiança, o que enfraqueceu demasiado o instituto da fiança, permanecendo desta forma até muito recentemente. [\[12\]](#)

Neste sentido, entender a inafiançabilidade como impositiva da vedação à liberdade provisória é inconcebível. O constituinte apenas limitou a aplicação da modalidade com fiança. E, tratando-se de garantia fundamental, não são admitidas interpretações restritivas quando cabível uma mais salutar à tutela dos direitos fundamentais.

Além disso, deve a medida cautelar ser aplicada respeitadas sua excepcionalidade, no sentido de *extrema ratio* da *ultima ratio*; sua função de instrumento de tutela do processo; a jurisdicionalidade, somente podendo ser aplicada se emanada de autoridade judicial competente para tanto, mediante ordem devidamente fundamentada, o que indica a necessidade da motivação das decisões; além de necessitar respeitar a proporcionalidade das decisões.

E ao vedar a liberdade provisória, o legislador retira toda esta análise essencial das mãos do judiciário, transformando o juiz em mero aplicador autômato da lei. É o juiz quem deve aferir, no caso concreto, quem deve ser preso, e não o legislador, mediante um juízo abstrato de periculosidade da conduta ligada à traficância de drogas.

Por fim, cabe ressaltar que o que aqui é defendido não é a absoluta impossibilidade de negativa à liberdade provisória e conseqüente vedação à aplicação da prisão cautelar. Apenas se defende que para tanto, seja necessária atenção a todos os requisitos e características a ela, prisão, inerentes.

Assim, com base em tudo o que foi exposto, considera-se a vedação à liberdade provisória contida na lei de tráfico de drogas incompatível com o ordenamento jurídico como um todo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. Volume I.

\_\_\_\_\_. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2ª edição, Campinas: Millennium Editora, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 4ª edição rev. e atual. 2009

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.



PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 18ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. Volume 1

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria Geral do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

#### NOTAS:

[1] Dados do Ministério da Justiça, disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPBRIE.htm>> Acesso em: 12 Jan. 2011

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 149.535/MG. Rel. Ministro Anselmo Santiago. 6ª Turma. Julgado em 24/11/1998. DJ 01/02/1999, p. 239

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª Ed.. São Paulo: RT, 2007, p. 591-592

[4] WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 04

[5] Dados disponíveis em :< <http://www.ipclfg.com.br/category/campanha-sobre-a-violencia-penitenciaria/>> Acesso em: 24 Set. 2011

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 840730/SP. Rel. Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgado em 13/04/2010. DJE 22/04/2010.

[7] LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 173

[8] PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.553.

[9] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed.rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 715.

[10] PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.565

[11] FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 679

[12] Com a edição da lei 12.403/2011, o legislador parece ter reencontrado alguma utilidade para ela, já que se encontra no rol das medidas cautelares diversas das prisões que podem ser aplicadas.

## "Carona" no Sistema de Registro de Preços: análise jurídica e principais mudanças advindas do Decreto 7.892/2013

**VANESSA CAPISTRANO CAVALCANTE:**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada em Direito Administrativo e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Analista de Controle Externo - Atividade Jurídica e Assessora do Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Fortaleza/CE

**RESUMO:** A presente explanação traz a lume determinada prática ocorrida no âmbito do Sistema de Registro de Preços, a qual deflagra acirrada cizânia no campo jurídico. A análise a que se procedeu na confecção deste trabalho enveredou-se por duas correntes principais e diametralmente opostas: a primeira, baseando-se na considerável diminuição de custos e na celeridade, aduz que o instituto teria o condão de avigorar o princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública; a segunda corrente, por sua vez, alega que a referida aderência à Ata de Registro de Preços por órgãos que não participaram de seu processo constitutivo não estaria amparada pela Constituição, assim como sua disposição mediante decreto representaria uma ilegalidade e proporcionaria percalços às Cortes de Contas na feita da fiscalização quando a prática se dá em entidades federativas diversas. Neste diapasão, propõe-se o presente escrito a contribuir para o fomento de um debate que, pela especificidade do tema, é ainda incipiente, seja na seara acadêmica, seja na doutrinária e, principalmente, no meio jurisprudencial, a despeito da temática ora debatida possuir, atualmente, certa recorrência no âmbito dos Tribunais de Contas.

**PALAVRAS-CHAVE:** SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. ÓRGÃOS OU ENTIDADES NÃO PARTICIPANTES. "CARONA". CONSTITUIÇÃO.

**ABSTRACT:** This explanation brings to light certain practice occurred within the Registry System Prices that incites great and endless disagreements in the Law environment. In this vein, we discuss the (il)legality of the entities, which have not been part of their bidding procedures, adhere to the minutes of record prices. In this way, we intend to analyze throughout this work if such acquisitions by non-participating agencies or entities in these conditions would result in incompatibility

with the democratic rule of law in force, whether for the apparent unconstitutionality of practice, or the possibility of transgressing the rules of legal nature or the most basic principles of Administrative Law. The analysis that was conducted in preparation of this assignment became involved on two major and diametrically opposed thesis: the first, based on the considerable cost savings and celerity, adds that the institute would have the power to invigorate the principle of efficiency under the Public Administration; the second current, in turn, claims that that adherence to the Minutes of Prices Registration by agencies that did not participate in its constitutive process would not be supported by the Constitution, as well as their willingness by decree would provide an illegality and mishaps to the Courts of accounts in monitoring the process when the practice takes place in different federal entities. In this vein, it is proposed to the present written to contribute to the promotion of a debate, that because of the specificity of the subject, is still incipient, whether in academic harvest, whether in doctrine, and especially in jurisprudence field, despite its current recurrence by the Court of Accounts.

**KEYWORDS:** System of Price Registry. Non-participating Entities and Organizations. “Lift” or “Free Ride”. Constitution.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Sistema de Registro de Preços. 2. Mudanças advindas do Decreto 7.892/13. 3. Análise Jurídica da Figura do “Carona”. Conclusão. Referências Bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico pátrio, especificamente na seara do Direito Administrativo, o instituto das licitações públicas se mostra suscetível a originar acirrada cizânia tanto entre doutrinadores quanto ao entendimento emanado pelos Tribunais de Contas acerca de determinada prática ocorrida no âmbito do Sistema de Registro de Preços.

Com amparo no princípio da legalidade, o art. 37, XXI, pressupõe, em via de regra, a feitura do procedimento de licitação para posterior celebração de um contrato administrativo, devendo a dispensa ou a inexigibilidade estarem necessariamente previstas em lei de forma a prognosticar a hipótese para sua

inocorrência, sendo ainda necessária a elaboração do devido processo de justificação em tais casos.

No aludido cenário, fora criado uma espécie de método auxiliar objetivando tornar as contratações públicas mais ágeis e econômicas, denominado Sistema de Registro de Preços, o qual possui amparo legal no art. 15 da Lei 8.666/93, estando atualmente regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.892/2013.

Polêmica prática prevista no presente decreto, a qual também já se encontrava prevista em norma regulamentadora pretérita - mais especificamente no art. 8º do Decreto nº 3.931/01-, refere-se à aderência de órgão não participante na Ata do Sistema de Registro de Preços após o término do procedimento, figura conhecida como “carona”.

Nada obstante os princípios que amparam os procedimentos concernentes à licitação pública e a conseqüente celebração de contratos administrativos, muitas vezes as barreiras legais não se encontram bem delineados em nosso ordenamento, de modo que muitos comportamentos – tais como a figura do “carona” – enquadram-se em uma zona cinzenta, da qual não é tarefa das mais fáceis se extrair sua (i)licitude.

Analisa-se que, diante de tão polêmica conjuntura, adentrar neste campo jurídico de incertezas se mostra como principal objetivo do presente trabalho, permitindo-se um estudo analítico e indutivo dos elementos que compõem a referida figura.

## **1. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS**

Sistema de Registro de Preços pode ser definido como modo pelo qual a Administração Pública seleciona, através da modalidade concorrência ou pregão, os bens que deseja adquirir em suas compras habituais, inexistindo obrigação por parte do Poder Público a firmar as contratações que dele poderão advir.

Conceitualmente, o Sistema de Registro de Preços pode ser definido como uma espécie de método auxiliar objetivando tornar as contratações públicas

mais ágeis e econômicas, amparado legalmente pelo art. 15 da Lei 8.666/93, relacionado a aquisições de bens e prestação de serviços em futuras contratações.

Consoante leitura do disposto no Decreto 7.892/13, Ronny Charles leciona acerca das hipóteses nas quais o Sistema de Registro de Preços seria adotado:

De acordo com o regulamento federal, o Sistema de Registro de Preços deverá ser adotado nas seguintes hipóteses: • quando, pelas características do bem ou do serviço, houver necessidade de contratações frequentes; • quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; • quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou • quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração. [1]

Desta feita, são registrados os preços de produtos ou serviços conjuntamente com a identificação de respectivos fornecedores, os quais, por meio de licitação na modalidade concorrência ou pregão, serão registrados na Ata de Registro de Preços sendo armazenados os dados do licitante para contratações durante o tempo de vigência desta, a qual pode se dar por período de até doze meses. Impende salientar que o objeto, para a concretização de eventual e futura contratação, deve ter o preço registrado compatível com aquele praticado no mercado.

Inegavelmente, entre as diversas vantagens proporcionadas pelo instituto, podem ser citadas: desnecessidade de dotação orçamentária, redução do volume de estoques, eliminação dos fracionamentos de despesa, tempos recorde de aquisição, redução do número de licitações, atualidade dos preços da aquisição e participação de pequenas e médias empresas.

O Sistema de Registro de Preços não se confunde com modalidade de licitação, vez que se trata de um meio operacional a ser utilizado pela Administração Pública a qual, discricionariamente, poderá efetuar futuras contratações.

Neste diapasão, o Tribunal de Contas da União, acerca do não enquadramento do registro de preços como modalidade licitatória, assim se pronunciou em trecho do Acórdão nº 1.279/2008:

**(...)10.24 Análise: o registro de preços não é uma modalidade de licitação, e sim, um mecanismo que a Administração dispõe para formar um banco de preços de fornecedores, cujo procedimento de coleta ocorre por concorrência ou pregão. Em razão de ser um mecanismo de obtenção de preços junto aos fornecedores para um período estabelecido, sem um compromisso efetivo de aquisição, entendemos ser desnecessário, por ocasião do edital, o estabelecimento de dotação orçamentária.** Todavia, por ocasião de uma futura contratação, torna-se imprescindível a dotação orçamentária para custeio da despesa correspondente, na forma do art. 11 do Decreto 3931/2001. (...) (Acórdão 1.279/2008 – Rel. Guilherme Palmeira – TCU - Plenário, de 2/7/2008; grifou-se)

No tocante à fundamentação legal na Lei 8.666/93, o Sistema de Registro de Preços possui previsão no referido diploma no seu art. 15, II, §§ 1º ao 7º<sup>[2]</sup>, bem como no art. 24, VII<sup>[3]</sup>.

Destarte, é possível inferir pela leitura do art. 15, § 3º, que o legislador previu a edição de decreto como forma de atender as diversas peculiaridades regionais, o que, por sua vez, foi motivo de forte divergência de doutrina quanto à sua autoaplicabilidade.

Entende-se que as regras atinentes ao Sistema de Registro de Preços no art. 15 da Lei de Licitações e Contratos, teriam natureza de norma geral. Assim, os

decretos regulamentares só poderiam versar acerca de mandamentos de caráter procedimental atendendo as peculiaridades existentes em cada região.

Atualmente, o Decreto Federal nº 7.892/2013 foi instituído de forma a regulamentar o Sistema de Registro de Preços revogando o Decreto Federal nº 3.931/2001.

Em seu artigo 2º<sup>[4]</sup>, o Decreto n.º 7.892/13 traz algumas definições, de suma importância para a própria compreensão do tema, a saber: sistema de registro de preços, ata de registro de preços, órgão gerenciador, órgão participante e órgão não participante.

Importante referir, por relevante, que das definições de órgão gerenciador e de órgão participante, verifica-se que se diferenciam pelo fato do órgão gerenciador ser aquele responsável pela condução dos procedimentos necessários para o registro de preços, incluindo a licitação necessária e prévia, e pelo gerenciamento de sua ata, competindo a este fiscalizar e acompanhar todo o decorrer dos eventos da ata, incluindo o controle dos preços registrados, a existência ou não de compatibilidade com os valores praticados no mercado, controle dos quantitativos já fornecidos aos órgãos participantes, bem como a permissão de atendimento às necessidades dos órgãos não participantes – “caronas” -, sempre visando alcançar o melhor funcionamento do sistema atendendo as finalidades para o qual foi criado.

O órgão participante, por sua vez, é aquele que participa dos procedimentos iniciais do sistema de registro de preços e integra a ata comunicando, entre outras informações, sua estimativa de consumo. Veja-se, portanto, que esse último se vincula ao Sistema de Registro de Preços, também, desde o início do procedimento, enquanto que o órgão não participante – “carona” - adentraria no processo após o término de elaboração da ata desde que devidamente autorizado pelo órgão gerenciador.

## **2. MUDANÇAS ADVINDAS DO DECRETO 7.892/2013**



Como primeira mudança advinda do Decreto 7.892/13, pode-se citar a própria definição do que seria o órgão ou entidade “carona”, o qual conforme preleciona o art. Art. 2º, V, seria “órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.”

No que diz respeito às demais inovações do presente Decreto quanto àquele que regulamentou o Sistema de Registro de Preços até 23 de janeiro de 2013, pode-se citar: a figura do cadastro de reserva, a certificação digital, impossibilidade de prorrogação excepcional da vigência da ata de registros de preços, bem como a implementação de acréscimos quantitativos a mesma, impossibilidade de adesão pelos órgãos públicos federais às atas provenientes de licitações promovidas por órgãos estaduais, municipais ou do Distrito Federal, atribuição para a aplicação de sanções decorrentes do descumprimento da Ata de Registro de Preços, minuta da ata de Sistema de Registro de Preços como anexo do Edital e obrigatoriedade do uso da Intenção de registro de preços e, principalmente, nova disciplina aplicável ao órgão não participante ou “carona” em decorrência da dedicação de um capítulo inteiro à prática no Decreto n.º 7.892/13, solucionando diversas cizânias surgidas recentemente quanto ao peculiar uso da ata por aqueles que não fizeram parte de seu processo constitutivo.

Diante dos supracitados aperfeiçoamentos, a criação do cadastro de reserva, prevista no art. 11 do Decreto n.º 7.892/13, trata-se de louvável iniciativa a qual alenta ao princípio da eficiência na medida em que evita a feitura de nova Ata de Registro de Preços caso, por algum motivo, o vencedor da licitação reste impossibilitado de cumprir com o fornecimento de bens ou prestação de serviços previamente estipulados.

Assim, evitando um dispêndio desnecessário, a criação de um cadastro de reserva também é medida que prima pelo princípio da economicidade em decorrência do fato de que evita novos gastos por parte da Administração. Para tanto, conforme disposto em seu art. 11, §2º, II[5], o segundo colocado se comprometeria em cotar seus bens e serviços em idêntico valor ao primeiro colocado desistente.

A possibilidade de assinatura via certificação digital, nos modernos tempos atuais, trata-se de medida a contribuir para uma maior celeridade nas contratações públicas preconizando, também, o princípio da eficiência no Sistema de Registro de Preços.

Quanto à atribuição para a aplicação de sanções decorrentes do descumprimento da ata aos órgãos participantes e órgãos não participantes, e não mais só ao órgão gerenciador como dispunha o Decreto nº 3.931/01, trata-se de exitosa medida a contribuir para a lisura do procedimento, na medida em que a ampliação de tal competência se trata de meio que, indubitavelmente, avigora a fiscalização.

Apesar da já existente praxe administrativa quanto à Ata de Registro de Preços constar como anexo no Edital, o Decreto nº 7.892/13 entendeu por bem imprimir a devida legalidade ao procedimento em seu art. 9º, X[6]. Neste mesmo esteio, o novo diploma legal tornou obrigatório o uso da Intenção de Registro de Preços, conforme o disposto em seu art. 4º[7].

No que concerne às novas disposições quanto à impossibilidade de implementar acréscimos quantitativos à Ata de Registro de Preços, o novo decreto resolve a problemática que assolava de críticas o regulamento pretérito quanto à ausência de delimitação razoável no que concerne aos quantitativos, atribuição que acabou por competir à Corte de Contas da União estabelecer (Acórdão 1.233/2012).

No atual decreto, ocorreriam cinco limitações, quais sejam: individual, temporal, global, subjetivo e formal. Nesse sentido, Ronny Charles[8] estabelece que segundo as regras estabelecidas no novo regulamento federal, além de registrar expressamente a necessidade de prévia anuência do órgão gerenciador, a utilização (adesão) da ata pelos órgãos não participantes estaria submetida às seguintes delimitações: limite individual no qual cada órgão ou entidade, ao aderir a uma ata, não poderá contratar mais que cem por cento dos quantitativos dos itens registrados na Ata de Registro de Preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes (art. 22, § 3º).

Limite temporal estabelece que a adesão deverá ser feita durante a vigência da ata (art. 22). Da mesma forma, o contrato decorrente do sistema de registro de preços também deverá ser assinado no prazo de validade da ata de registro de preços (art. 12, § 4º), cabendo também observar que o órgão gerenciador somente poderá autorizar adesão à ata após a primeira aquisição ou contratação por órgão integrante da ata, exceto quando, justificadamente, não houver previsão no edital para aquisição ou contratação pelo órgão gerenciador (art. 22, § 5º).

Limite global determina que o instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem (art. 22, § 4º), não restringindo o número de adesões (caronas), mas apenas o somatório do quantitativo decorrente dessa utilização por órgãos não participantes, medida que parece acertada.

Limite subjetivo impõe que é vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual (art. 22, § 8º). Noutra diáspora, nas atas federais é permitida a adesão por órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais (art. 22, § 9º).

Por último, ter-se-ia o limite formal no qual a adesão precisa ser autorizada pelo órgão gerenciador (art. 22). Ademais, caso o órgão gerenciador pretenda admitir adesões, precisa prever no edital a estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes (art. 9º, III). A inexistência de tal previsão impede a adesão. Um decreto federal, atinente ao peculiar interesse da União, não pode ser automaticamente aproveitado por outros entes políticos, de modo que eventual contradição entre o decreto federal e algum decreto estadual, distrital ou municipal não importa invalidade deste último. Nessa linha, os decretos já existentes não sofreram qualquer restrição à sua aplicabilidade em virtude da superveniência do decreto federal.

Desta feita, inegável contribuição à eliminação de uma das mais ferrenhas críticas ao instituto o qual, diante da delimitação pretérita insuficiente prevista pelo Decreto 3.931/01 de apenas 100% (cem por cento) dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços e a inexistência de qualquer restrição quanto ao número de “caronas” possíveis em cada licitação, sendo considerado um instrumento apto para diversas práticas abusivas e ilegais, tais como corrupção e tráfico de influência.

Trata-se, portanto, de profícua mudança ao instituto no aspecto da limitação a ser observada, que era, para se dizer no mínimo, bastante falha, haja vista que, em termos práticos, ocorria uma ampliação exacerbada do fornecimento, sem que aos demais licitantes fosse concedida a oportunidade de realizar novas ofertas levando em consideração os novos quantitativos.

No que diz respeito às inovações advindas com o Decreto nº 7.892/13, a inteira dedicação de um capítulo no dispositivo legal acerca da prática, trata-se de medida que por certo apaziguou diversas polêmicas reinantes diante da existência de, até então, apenas um artigo<sup>[9]</sup> no Decreto nº 3.931/01 acerca do assunto.

Noutro giro, a delimitação do quantitativo a ser adquirido, trata-se de uma das inovações mais significativas, tendo em vista que a inexistência de limites de produtos ou serviços a serem adquiridos por órgãos não participantes era motivo das maiores críticas, na medida em que não se poderia ter a previsão de impacto nos quantitativos originalmente previstos.

Assim, no tocante à quantidade de produtos ou serviços a serem adquiridos mediante a Ata de Registro de Preços, a aquisição de órgãos ou entidades caronas não poderá ser superior a cinco vezes o quantitativo somado do órgão gerenciador e órgãos participantes. De tal forma, se já tiver ocorrido por estes uma aquisição cinco vezes do que aquele previsto quando da feitura da ata, a adesão por parte de um órgão carona queda impossibilitada, mesmo que se pretenda utilizar menos do que os 100% (cem por cento) dos quantitativos registrados na Ata de Registro de

Preços, vez que ambos os critérios dos §§ 3º e 4º do art. 22 são cumulativos.

Por derradeiro, os §§ 5º e 6º do art. 22, estabelecem: “O órgão gerenciador somente poderá autorizar adesão à ata após a primeira aquisição ou contratação por órgão integrante da ata, exceto quando, justificadamente, não houver previsão no edital para aquisição ou contratação pelo órgão gerenciador. Após a autorização do órgão gerenciador, o órgão não participante deverá efetivar a aquisição ou contratação solicitada em até noventa dias, observado o prazo de vigência da ata”.

### **3. ANÁLISE JURÍDICA DA FIGURA DO “CARONA”**

A adesão de órgão não participante à Ata de Registro de Preços se trata de prática polêmica a qual acaba por resultar na origem de duas correntes: uma que defende sua admissibilidade e outra a qual explana argumentos contrários ao instituto.

Um dos argumentos favoráveis à admissibilidade da prática do “carona” seria que o uso da Ata de Registro de Preços por quem não fez parte de seu processo constitutivo se traduziria em uma forma de extensão da proposta mais vantajosa a todos os órgãos e entidades que necessitassem de objetos semelhantes.

Neste diapasão, parte da doutrina considera que não seria o caso de uma contratação direta não prevista em lei, mas de utilização de uma única licitação para a feitura de diversos contratos, haja vista que o procedimento licitatório não consistiria em um fim em si mesmo, não podendo a Administração ser impelida a repetir processos licitatórios quando já existisse proposta mais vantajosa disponível.

Com a referida posição, advogam Marcos Juruena Villela Souto e Flavio Amaral Garcia em texto do Boletim de Licitações e Contratos no qual o instituto em comento é abordado:

(...) o fato é que não cabe pregar a licitação como um fim em si mesmo. Interessa e que os contratos sejam, em regra, licitados, por quem quer que seja. O ponto não é esse! A questão é o método, o perfil do contrato e o perfil de contratante para que os preços sejam oferecidos para cada realidade específica e para cada tipo de atendimento e de julgamento.<sup>[10]</sup>

Outro argumento favorável aponta no sentido de que a prática resultaria em diminuição significativa de custos em face da realização de um único procedimento licitatório que culminaria em diversos negócios, racionalizando as contratações administrativas.

Análise feita por Jorge Ulysses Jacoby Fernandes se pronuncia pelas vantagens proporcionadas pelo instituto, *in verbis*:

O carona no Sistema de Registro de Preços apresenta-se como uma relevante ferramenta nesse sentido, consistindo na desnecessidade de repetição de um processo oneroso, lento e desgastante quando já alcançada a proposta mais vantajosa. Se o fornecedor tem a capacidade de atender dez ou vinte órgãos sem prejudicar a qualidade de seu serviço ou produto, e sendo sua proposta mais vantajosa, por que não permitir aos órgãos interessados aderi-la? É necessário, contudo, uma correta verificação das Atas antes de aderi-las, para que realmente demonstre-se a proposta mais vantajosa. O carona tem se mostrado uma alternativa viável inclusive em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, tendo, muitos órgãos, deixado de utilizá-las para tornarem-se caronas e, portanto, contratar objetos que já passaram pela depuração do procedimento licitatório.<sup>[11]</sup>

Impende salientar que, ainda no tocante aos benefícios de custo, é defendido o posicionamento de que a permissibilidade da adesão seria responsável pelo fato de que um órgão, com necessidade de aquisição inferior, seria beneficiado pelos preços praticados em um

certame mais amplo. Em termos práticos, a expectativa de adesão promoveria uma potencial redução de preços por parte das empresas licitantes que não levariam em consideração somente a expectativa de consumo presente na ata, mas, também, aquela advinda de potenciais usuários, os quais não fizeram parte de seu processo constitutivo.

Assim, seriam alcançando menores custos que, em tese, não seriam atingidos através de competição licitatória que envolvesse apenas uma reduzida pretensão contratual, beneficiando tanto os órgãos participantes, como todos os órgãos aderentes com pretensões contratuais menores, que dificilmente alcançariam preços tão reduzidos em certames licitatórios próprios.

Dessa feita, o argumento estabelece os benefícios de cunho econômico que podem ser obtidos pela adesão à Ata de Registro de Preços por órgãos não participantes.

Com esteio no princípio da eficiência, outro argumento que defende a prática seria que a adesão à Ata de Registro de Preços por órgãos ou entidades não participantes consistiria em um mecanismo administrativo o qual possibilitaria a obtenção da agilidade ao Poder Público em suas respectivas aquisições, sendo uma inovação de caráter desburocratizante atendendo com mais eficiência o interesse público.

É mister salientar que, além da possibilidade restar expressamente prevista no edital, o órgão ou entidade não participante possui o dever de demonstrar que sua adesão à Ata de Registro de Preços implica vantagem superior a elaboração de um novo processo licitatório segundo preleciona o art. 22 do Decreto nº 7.892/13: “desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.”

O princípio da motivação, consagrado na doutrina e na jurisprudência pátria, estabelece que o Poder Público exponha os fatos e fundamentos jurídicos que justificassem a prática de seus atos objetivando, entre outros motivos,

robustecer o controle de legalidade sobre os mesmos, de formar a isentar sua atuação de eventuais favoritismos e subjetivismos ou, se não os evitando, propiciando meios para a feitura de repressões, seja por autotutela da própria Administração ou por parte do Poder Judiciário.

Assim, tem-se que a motivação que justificasse a vantagem à adesão a Ata de Registro de Preços por órgãos não participantes, seria imprescindível para seu devido controle de legalidade, de forma que a motivação obscura ou incongruente, com base na Teoria dos Motivos Determinantes, tornaria o ato ilegal e, conseqüentemente, nulo.

A motivação que fundamentasse a adesão de modo a comprovar que esta seria mais vantajosa do que um novo procedimento licitatório, também poderia ser considerada uma garantia ao princípio da impessoalidade, além de coibir eventuais desvios de finalidade.

Destarte, a motivação para justificar tais adesões deverá ser consistente e coerente, de forma a combater eventuais personalismos e direcionamentos nos procedimentos licitatórios, evitando manobras que visem à prática de ilegalidades e fraudes, infelizmente, tão presentes na Administração Pública e principalmente no ramo das licitações.

Na busca de melhorias ao ritmo moroso atribuído, não sem razão, ao Poder Público, a prática em comento seria uma forma de possibilitar uma aproximação do desembaraço burocrático presente nas atividades praticadas pela iniciativa privada.

Do exposto, tem-se que a prática da figura do “carona” viabilizaria os “princípios mínimos do Direito Administrativo” previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial, o princípio da eficiência, constituindo-se em medida de inegável avanço jurídico na medida em que aumenta o interesse de particulares em participar do certame, diminui os preços registrados e reduz o número de licitações como encargo da Administração.

Expostos os argumentos favoráveis à admissibilidade da prática do “carona”, necessário agora mostrar os fundamentos que embasam



posicionamento diametralmente oposto, qual seja, o de que a adesão à Ata de Registro de Preços por órgão ou entidade que não fizeram parte de seu processo constitutivo, viola frontalmente o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

De pronto, as opiniões contrárias defendem que a permissibilidade da referida conduta configuraria frustração ao princípio da obrigatoriedade da licitação assente na Carta Magna, restando por caracterizar hipótese de dispensa sem qualquer embasamento legal para tanto, tendo em vista que sua previsão se deu mediante decreto, o qual teria inovado no ordenamento jurídico – o que só poderia ter sido realizado mediante lei em sentido estrito.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2.692/2012, tece as seguintes considerações no voto do Ministro Relator Aroldo Cedraz:

(...) O instituto da adesão foi introduzido no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 3.931/2001. Não há na Lei Geral de Licitações sequer referência à sua existência. (...) A dispensa de licitação autorizada pela norma constitucional, no entanto, reclama expressa e taxativa previsão legal. E mais, a ressalva prevista em lei deve ter por fim a melhor persecução do interesse público. (...) Evidencia-se, então, que a figura do 'carona' corresponde ao aproveitamento dos efeitos de uma licitação anterior, para que uma entidade administrativa promova contratação sem prévia licitação. Configura-se uma situação similar à da dispensa de licitação, fundada na exclusiva discricionariedade administrativa. Essa solução é incompatível com a regra imposta no art. 37, inc. XXI, da CF/88. Na verdade, **produziu-se a instituição por meio de decreto de mais uma hipótese de dispensa de licitação. O problema imediato reside em que a Constituição estabelece que somente a lei pode criar as hipóteses de dispensa de licitação.** (...) Sem adentrar no exame de todos os aspectos legais que se tem por violados, tenho por suficiente chamar a atenção para o fato de que o decreto

ampliou as hipóteses de dispensa de licitação, taxativamente enumeradas na Lei nº 8.666/1993. (...). (Acórdão 2.692/2012 – Relator: Aroldo Cedraz - TCU - Plenário, de 3/10/2012; grifou-se)

Sob tal lustre, lembre-se, por exemplo, que nas contratações submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações a adesão – figura do “carona” - respeita o aludido formalismo legal, uma vez que a Lei federal nº 12.462/2011 expressamente a prevê em seu artigo 32, § 1º<sup>[12]</sup>.

Ademais, estaria caracterizado patente desrespeito ao princípio da isonomia, de modo que a prática indiretamente criaria uma espécie de regalia para que a empresa licitante vencedora pudesse firmar inúmeras contratações das quais não estavam, *a priori*, comprometida.

Outrossim, o órgão ou entidade “carona” ensejaria uma contratação não prevista no instrumento convocatório ocasionando a violação ao princípio da vinculação ao edital, bem como melindraria o princípio da proposta mais vantajosa, pois os quantitativos a serem adquiridos sofreriam uma elevação, se comparados com aqueles originalmente previstos, a qual não restaria acompanhada de uma redução do preço unitário a ser desembolsado pelos cofres públicos acabando por tolher, portanto, o próprio interesse da coletividade.

Assim, restaria caracterizada inegável afronta ao princípio da economicidade, tendo em vista que qualquer eventual economia seria consideravelmente maior para a Administração, caso o órgão não participante tivesse feito parte inicialmente do procedimento licitatório, de modo que o cômputo dos quantitativos referentes à sua estimativa de consumo ensejaria certa diminuição no custo da aquisição.

No que concerne à economia de escala proporcionada, mostra-se necessária a explanação de algumas considerações com o intuito de entender como, em termos práticas, ela funcionaria.

A economia de escala pode ser realizada quando o aumento da capacidade de produção de uma empresa resulta num incremento da quantidade de unidades produzidas, de modo que o custo de produção em idênticas proporções

não sofre qualquer aumento, podendo-se oferecer decréscimos nos preços se comparados com idênticos produtos caso fossem produzidos em menor quantidade.

É imperioso lembrar-se que as empresas nos ramos privados costumam se basear em critérios objetivos e nos mais acurados possíveis, de forma que o lucro auferido com aquela produção não sofra qualquer atenuação desnecessária. Assim sendo, a mera expectativa de adesões à Ata de Registro de Preços não teria o condão de diminuir o custo – ou não tanto quanto seria caso as referidas expectativas de consumo fossem de órgãos participantes – sobre a economia de escala que poderá ser alcançada.

Em outras palavras, a impossibilidade de se produzir estimativa consistente sobre a quantidade de futuras aquisições reduz, e muito, a influência que essa mera expectativa terá na percepção da empresa, de modo que resta impossibilitada a avaliação de economia de escala a partir de mera expectativa no âmbito das empresas privadas, sem que se possa, ao menos, dispor de estimativas sobre o volume da contratação.

No que diz respeito à violação do princípio da competição, o Acórdão 1.487/2007 da Corte de Contas da União exara o seguinte entendimento:

(...) quis o constituinte assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes (inc. XXI, art. 37, CF), de forma a preservar a observância do inalienável princípio da competição, que norteia as contratações do poder público. **As normas visam estimular a boa disputa, minimizar o risco da formação de cartéis e viabilizar, por consequência, a multiplicação de potenciais fornecedores. Procura-se impedir que uma mesma empresa se perenize na condição de contratada, a não ser que continue propiciando, comprovadamente nas licitações, a proposta mais vantajosa para a administração.** 25. Contudo, na minha opinião, **com o advento do registro de preço e da possibilidade de adesão sem limites à respectiva ata, pela estreita via do decreto regulamentar, criaram-se as condições para que**

**o vencedor de uma única licitação celebre múltiplos contratos com órgãos da administração.** Tal faculdade, se exercida, viola diretamente, na prática, os citados princípios constitucionais e legais, além de propiciar infringência aos da eficiência, impessoalidade e moralidade. (Acórdão 1.487/2007 – Rel. Valmir Campelo - TCU - Plenário, de 1/8/2007; grifou-se)

É mister salientar que uma das preocupações manifestadas pelo Tribunal de Contas da União remetia à inexistência de limitação ao número de órgãos ou entidades não participantes que poderiam aderir à Ata de Registro de Preços, porquanto a menção efetuada pelo Decreto 3.931/01 se limitava a 100% (cem por cento) do quantitativo contratado. Nessa esteira, o Acórdão 1.233/2012 discorre:

(...) 7. Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. (...) Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas. 8. Para além da temática principiológica que, por si só já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de ser considerado que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas." (...) **a adesão ilimitada às atas representa clara ofensa ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que exige que compras e serviços sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.** 19. Além desses, a

adesão ilimitada também contraria os princípios básicos que norteiam a atividade da Administração Pública, como os da legalidade, da impessoalidade, da economicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da moralidade. 20. Vale observar, em termos práticos, que a sistemática de permitir adesões ilimitadas às Atas de Registro de Preços por intermédio de caronas, ao invés de reduzir a possibilidade de fraude ao procedimento licitatório, tende a ampliar esta possibilidade (...) 23. Nota-se, claramente, que a adesão ilimitada à Ata de Registro de Preços representa um desvirtuamento do SRP, que tem como pressuposto principal o planejamento das aquisições pela Administração Pública, na medida em que propicia a contratação de muito mais itens do que a quantidade efetivamente licitada (...) 9.3.2.1.5. em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/1993, art. 3º, caput), **devem gerenciar a ata de forma que a soma dos quantitativos contratados em todos os contratos derivados da ata não supere o quantitativo máximo previsto no edital;**(Acórdão 1.233/2012 – Rel. Aroldo Cedraz - TCU - Plenário, de 23/5/2012; grifou-se)

Desta feita, de acordo com o decidido pela Corte de Contas da União no julgado supra, ao se levar em consideração a potencialidade dos manifestos danos ocasionados pelo uso indiscriminado do instituto, foi estabelecida uma limitação no quantitativo a qual não poderia superar a totalidade da aquisição previamente pactuada. Em termos práticos, caso a ata objetivasse o fornecimento de 1.000 itens de determinado produto, tendo em vista que se trata de estimativa que não vincula a Administração em sua total aquisição, mas de consumo discricionário de acordo com suas necessidades, o limite total dos contratos advindos da ata só poderia atingir aqueles 1.000 itens, ou seja, a restrição de 100% (cem por cento) dos quantitativos não se aplicaria mais a cada órgão ou entidade “carona”, mas ao montante total a ser contratado – incluindo a compra efetuada pelos órgãos participantes.

É mister corroborar que o atual limite dos quantitativos, segundo preleciona o Decreto 7.892/13, não poderá exceder, em sua totalidade, ao quántuplo de cada item registrado para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem, inexistindo restrição quanto ao número de eventuais adesões por “caronas”, mas apenas ao somatório do quantitativo decorrente dessa utilização por órgãos não participantes.

Tal ilimitação quantitativa – principalmente durante a vigência do Decreto 3.931/01 – resultaria em apropriação indevida do ganho de escala pelo particular, e conseqüente aquisição pela administração por preço acima do valor de mercado, bem como acabaria por resultar em um procedimento licitatório e conseqüente contratação de objeto indeterminado, prática vedada pelo art. 14<sup>[13]</sup> da lei 8.666/93. Nesse sentido, trecho do Acórdão 2.692/2012 do Tribunal de Contas da União:

(...) 22. Assim, além de reduzir a possibilidade de fraudes, o entendimento firmado por esta Casa por meio dos Acórdãos 1.233/2012 e 2.311/2012 - Plenário traz também benefícios aos licitantes, uma vez que reduz a assimetria de informações do certame e diminui, em conseqüência, o risco de prejuízo decorrente de estimativas excessivamente otimistas, da quantidade total (incluindo as "caronas") que será efetivamente adquirida pelos órgãos públicos. Uma vez que cabe aos licitantes estimar a demanda global do bem licitado, quanto mais precisa for essa estimativa, não havendo conluio entre os licitantes, menor tenderá a ser o preço da proposta vencedora, uma vez que os ganhos de economia de escala poderão ser estimados com maior margem de segurança. 23. A dificuldade em estimar a quantidade global que será efetivamente adquirida pela Administração é justamente uma das principais fontes de críticas na jurisprudência e na doutrina ao instituto da "carona". **As práticas adotadas pelos órgãos no sentido de aceitar a adesão tardia ilimitada ao SRP, consideradas indevidas pelo Acórdão 1.233/2012 - Plenário, reduzem as possibilidades de repasse de ganhos de escala, em face**

**da incerteza na estimativa da demanda total por parte dos licitantes.** De acordo com as práticas indevidas vigentes até a referida deliberação, hipoteticamente, um licitante, em uma licitação do SRP, poderia acordar secretamente com órgãos "carona" o fornecimento de grande quantidade adicional do bem licitado. **Esse fato proporcionaria vantagens ao licitante fraudador, pois ele poderia apresentar, devido a ganhos de economia de escala, propostas de preço menores do que os concorrentes, que formulariam suas propostas com base em estimativas mais conservadoras de quantidades adicionais.** (Acórdão 2.692/2012 – Rel. Aroldo Cedraz – TCU - Plenário, de 3/10/2012; grifou-se)

Outro ponto que merece destaque seria as adesões em atas de entes federativos diversos do órgão ou entidade não participante. Apesar da vedação da adesão de entidades ou órgãos federais em âmbitos estaduais e municipais conforme art.22, § 8º[14] do presente decreto regulamentador, o que já tinha sido estabelecido pela Advocacia-Geral da União por meio da Orientação Normativa 21/2009, a proibição não alcançou os âmbitos estaduais e municipais que possuem autonomia para formulação de seus próprios regulamentos acerca da matéria, o que resultaria por dificultar ainda mais a fiscalização do certame.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2.692/2012 já mencionado, debateu, entre vários aspectos controversos do instituto, a análise da dificuldade na fiscalização de diversos contratos administrativos oriundos da prática, *in verbis*:

(...) permito-me abordar, com brevíssima manifestação, o problema que entendo existir na adesão à ata de registro de preços quanto ao pleno exercício do controle externo, particularmente no que se refere à possibilidade de adesão de órgãos e/ou entidades de diferentes esferas de governo. **A adesão do "carona" à ata de registro de preços de outra esfera de governo traz sérias dificuldades ao controle que o art. 113 da Lei nº 8.666/93 atribuiu aos Tribunais de Contas. Imagine-se,**

por exemplo, que o órgão gerenciador pertencente à determinada esfera governamental proceda de forma irregular ao promover a licitação para o registro de preços. Na mesma hipótese, suponha-se que, inadvertidamente, o "carona" de outra esfera de governo faça a adesão a essa ata, causando sério prejuízo ao erário. Em situação desse jaez, a eficácia do controle parece restar comprometida, uma vez que o tribunal de contas competente para a fiscalização da conduta do "carona" poderá não ser competente para fiscalizar a conduta do órgão gerenciador. A questão não se limita à sistemática do "carona". No caso do decreto federal, é possível sustentar que não há vínculo de subordinação jurídica entre os órgãos participantes e o órgão gerenciador. Admitindo-se a possibilidade de que gerenciador e partícipes sejam de esferas distintas - parte da doutrina já admite que, para tanto, bastaria previsão regulamentar -, se houver irregularidades no procedimento licitatório concernentes às especificações do objeto, os órgãos gerenciador e participantes poderiam ser responsabilizados individualmente pelos órgãos de controle das respectivas esferas políticas. Todavia, há de se reconhecer que a situação não é simples, tornando tortuoso o caminho a ser percorrido pelos órgãos de controle, visto que gerenciador e partícipes atuam conjuntamente na especificação do objeto a ser licitado. Mesmo no caso dos órgãos partícipes, havendo irregularidades na condução do processo licitatório - não afetas à especificação do objeto -, o órgão de controle, ainda que constate flagrante prejuízo na realização de despesas decorrentes do contrato celebrado pelo órgão participante, nada poderá fazer em relação ao órgão gerenciador que conduziu o processo licitatório, caso este pertença a esfera de governo distinta. (Acórdão 2.692/2012 – Relator: Aroldo Cedraz – TCU - Plenário, de 3/10/2012; grifou-se)



Destarte, a expressa vedação aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a Ata de Registro de Preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual constitui regramento imperioso no sentido de prontificar a fiscalização pelas respectivas Cortes de Contas, desembaraçando qualquer critério concernente à incompetência das mesmas para efetuar o controle.

Nesse sentido, parece se fazer necessário categórico impedimento, em aplicação de âmbito nacional, no sentido de coibir adesões de entidades não participantes em atas de registro de preços pertencentes à entidades federativas diversas dos órgãos aderentes, de modo a desembaraçar qualquer empecilho objetivando esvaziado controle externo exercido pelos mais diversos Tribunais de Contas.

No que diz respeito à relação existente do comodismo e da falta de planejamento da Administração com a inegável conveniência proporcionada pela adesão à ata por aqueles que não participaram de seu processo constitutivo, Joel de Menezes Niebuhr tece os seguintes comentários:

Para os agentes administrativos o carona é algo extremamente cômodo, porquanto os desobriga de promover licitação. Em vez de lançar processo licitatório - com todos os desgastes e riscos que lhe são inerentes -, basta achar alguma ata de registro de preços pertinente ao objeto que se pretenda contratar, e, se as condições da referida ata forem convenientes, contratar diretamente, sem maiores burocracias e formalidades. (...) nada obstante a comodidade do carona, especialmente em ser o carona, isto é, em aderir à ata de registro de preços dos outros, salta aos olhos que o instrumento em si, insista-se, preceituado no art. 8º e seus parágrafos do Decreto Federal n. 3.931/2001, avilta de modo desinibido e flagrante uma plêiade de princípios de Direito Administrativo, por efeito do que é antijurídico. Pode-se afirmar que o carona, na mais tênue hipótese, impõe agravos veementes aos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao edital, moralidade administrativa e impessoalidade. (...) Ocorre que a figura do

carona não encontra qualquer resquício de amparo legal. A lei, nem remotamente, faz referência ao carona. A figura do carona foi criada de forma independente e autônoma por meio de regulamento administrativo, do Decreto Federal n. 3.931/2001. Nesse sentido, é forçoso afirmar que o presidente da República, ao criar o carona sem qualquer amparo legal, excedeu as suas competências constitucionais (inc. IV do art. 84 da Constituição Federal), violando abertamente o princípio da legalidade. (...) Quem poderia, em tese, criar o carona é o Poder Legislativo, por meio de lei, em obediência ao princípio da legalidade. O carona jamais poderia ter sido criado, como malgrado foi, pelo presidente da República, por mero regulamento administrativo. No Estado Democrático de Direito não se deve governar por decreto, mas por lei, conforme preceitua o princípio da legalidade, festejado de modo contundente e irrefutável pela Constituição Federal. [15]

De tal modo, é possível inferir-se que a referida adesão à Ata de Registro de Preços por órgãos que não participaram de seu processo poderia, de certa forma, patentear uma inércia e certo comodismo administrativo, haja vista que a ausência de planejamento nas contratações poderia ser saneada com a prática.

Em posição mais radical, Toshio Mukai entende que a figura do “carona”, além de afronta aos princípios constitucionais e legais, representaria crime previsto na lei 8.666/93, *in verbis*:

Percebe-se que aqueles que defendem a figura do “carona”, e, até mesmo aqueles que lhes fazem restrições (tem que haver lei, tem que indicar os recursos, não pode existir de outros entes da federação, etc.), não visualizaram o principal defeito do Decreto n° 3.931/2001 e, principalmente, o do Decreto n° 4.342/2002 (este que criou o “carona”: em que um órgão/entidade fica autorizado a comprar de alguém que nem conhece (porque não participou da licitação realizada pelo agente gestor) e o vendedor, quanto ao que vai lhe vender, não venceu

nenhuma licitação. Portanto, o que ocorre aí é claríssimo: uma compra feita por um órgão, sem licitação (porque o órgão não fez licitação) e o vendedor, por isso mesmo, relativamente ao que vai lhe vender, não venceu licitação nenhuma, simplesmente porque esta inexistiu. E, diz o art. 89 da Lei nº 8.666/1993: Seção III – Dos Crimes e das Penas Art. 89 – Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único – Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar o contrato com o Poder Público. Destarte, o que o art. 8º autoriza, em realidade, é o cometimento de um crime de licitação. Tudo o mais, como, eficiência, ganho de tempo, não repetição de licitações, etc., decantados pelos defensores desse verdadeiro crime “legalizado”, caem por terra. Por outro lado, falou-se muito em “caronas” federais, estaduais e municipais, até havendo defensores dessa idéia. Isto violenta brutalmente o sistema federativo e, portanto é inconstitucional. Se até mesmo um projeto de Emenda Constitucional nem sequer pode ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, se tender a abolir: I – a forma federativa de Estado (art. 60, §4º, I da CF/88), quanto mais um simples decreto (como um Decreto que criou o Governo do Estado de São Paulo, a figura do “carona” e ainda essa excrescência constitucional que ignora o sistema federativo) pode fazê-lo.<sup>[16]</sup>

Impende salientar que entre as possíveis fraudes e conluíus advindos da prática, podemos citar a possibilidade de exploração comercial das atas de registro de preços por empresas privadas, conforme preleciona trecho do acórdão 2.692/2012, *in verbis*:

(...) 1. Registre-se, ademais, que a Sefti constatou a possibilidade de exploração comercial das Atas de Registro de Preços por empresas privadas, como se observa, por exemplo, no site [www.bidsolutions.com.br](http://www.bidsolutions.com.br), que oferece auxílio nas compras via adesão às atas válidas de órgãos federais, estaduais e municipais, informando a existência, na data do acesso, de 35.610 itens em Atas de Registro de Preços e R\$ 63.347.040,34 em itens, além de apresentar o seguinte anúncio: "Quer vender mais a sua Ata de Registro de Preço? A BID SOLUTIONS TE AJUDA!". 22. Outro exemplo é o site [www2.dlink.com.br](http://www2.dlink.com.br), que convida os interessados a aproveitar "as facilidades das atas de registro de preços junto a diversos órgãos federais para adquirir as soluções D-Link com mais agilidade", além de oferecer um "guia de adesão a atas e preços". 23. Nota-se, claramente, que a adesão ilimitada à Ata de Registro de Preços representa um desvirtuamento do SRP, que tem como pressuposto principal o planejamento das aquisições pela Administração Pública, na medida em que propicia a contratação de muito mais itens do que a quantidade efetivamente licitada. (Acórdão 2.692/2012 – Rel. Aroldo Cedraz – TCU - Plenário, de 3/10/2012)

Diante do exposto, segundo a corrente contrária à prática, a figura do “carona” representaria notória transgressão aos princípios legalidade, proposta mais vantajosa, isonomia, competição, vinculação ao edital, bem como princípio da república ou princípio federativo diante da permissibilidade de carona em diferentes âmbitos federativos como, por exemplo, entre estados ou municípios diversos.

Desta feita, tem-se que a Corte de Contas da União não é contrária ao instituto, apesar das severas críticas, admitindo a prática, mas sendo esta feita não de modo indiscriminado, mas respeitando todos os seus devidos trâmites legais – tais como a justificação da adesão ser mais vantajosa do que a feitura de novo procedimento licitatório e respeito à limitação dos quantitativos – sendo um instituto novo que vem sendo

aprimorado a partir de constatações de eventuais falhas a serem contornadas.

## CONCLUSÃO

É inegável as inovações advindas do Sistema de Registro de Preços, principalmente, em matéria de economia e celeridade. No entanto, tratando-se da adesão de órgão não participante à ata, é imperioso salientar que não basta que a Administração busque a eficiência mitigando outros inafastáveis princípios administrativos e licitatórios.

Impende salientar que o advento do novo Decreto 7.892/13 disciplinando o Sistema de Registro de Preços e, conseqüentemente, estabelecendo novas disposições à figura do “carona” – principalmente um limite mais razoável no tocante ao quantitativo que poderia ser usufruído por órgãos não participantes – promoveu indiscutível aperfeiçoamento do instituto, estabelecendo critérios mais revigorantes acabando por melhorar seu uso indiscriminado e abusivo.

Ainda a respeito dos quantitativos que poderiam ser consumidos por órgãos não participantes, a preocupação era tamanha durante a vigência do Decreto 3.931/01, que o Tribunal de Contas da União se viu obrigado a estabelecer limites e parâmetros considerados razoáveis para futuras adesões a fim de compensar os inegáveis riscos aos quais à Administração Pública era imposta.

Constata-se que as alterações promovidas no novo diploma normativo são inegavelmente decorrência de diversos embates, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, acerca da figura do “carona”, considerando as deliberações exaradas pela Corte de Contas da União, bem como por Orientações Normativas da Advocacia-Geral da União.

Assim, em que pese a aparente pausa na inércia do Poder Executivo Federal na edição do Decreto Federal nº 7.892/13, ainda não se pode afirmar com plena convicção que o novo mandamento teria o condão de solucionar todas as controvérsias envolvendo o tema de forma a coibir quaisquer tipos de eventuais abusos.

Em verdade, não obstante a concretização de referidas melhoras e inovações disciplinando o instituto, dois pontos ainda parecem motivo para apreensões, quais sejam: a regulamentação via decreto por hipótese de dispensa de licitação que só poderia ser realizada mediante lei e a dificuldade na fiscalização pelos respectivos Tribunais de Contas quanto às adesões que ocorrerem em âmbitos federativos diversos, porquanto a competência do órgão de controle sobre a inteireza do procedimento incidiria sobre mais de uma Corte de Contas com competências já legalmente delimitadas.

Sob o aspecto da ilegalidade, constata-se que a adesão de órgão não participante à Ata de Registro de Preços configura inegavelmente uma hipótese de dispensa em licitação, a qual não se encontra qualquer remota previsão seja na Carta Magna ou na Lei 8.666/93.

Assim, tem-se que o Presidente de República, ao criar o instituto sem qualquer amparo constitucional ou até mesmo legal, extrapolou suas competências constitucionais na feitura de um decreto regulamentar cuja previsão se encontra no art. 84, IV, da Constituição Federal, acabando por criar um decreto autônomo fora das exigências do art. 84, VI, da Carta da República.

A violação ao princípio da legalidade resta patente na medida em que a inovação no ordenamento jurídico como sucedeu com a figura em debate, só poderia ter ocorrido por meio de lei e não por mero regulamento administrativo, tal como se exige no atual Estado Democrático de Direito e tal como ocorreu nas contratações submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações, criado por Lei Federal nº 12.462/2011 expressamente prevê idêntica figura em seu artigo 32, § 1º.

Por outro lado, no que pese a vedação da adesão de entidades ou órgãos federais em âmbitos estaduais e municipais conforme art.22, § 8º do presente decreto regulamentador, a referida proibição não alcançou os âmbitos estaduais e municipais que possuem autonomia para formulação de seus próprios regulamentos acerca da matéria. De tal modo,

existe ainda a permissibilidade para as adesões em Estados e Municípios diversos daquele em que ocorre o procedimento licitatório.

Assim, caso a licitação que ocorra por meios fraudulentos e irregulares seja sucedida por uma adesão de um ente de outra esfera governamental, o Tribunal de Contas competente para fiscalizar a conduta do “carona” não será o mesmo para exercer o controle sobre os atos do órgão gerenciador, porquanto se encontrariam sob jurisdições diversas, obstaculizando sobremaneira o controle externo exercido pelas Cortes de Contas.

Dessa feita, apenas existindo previsão regulamentar no sentido de permitir a adesão em esferas estaduais e municipais distintas, os órgãos não participantes e gerenciadores seriam responsabilizados individualmente e por Tribunais de Contas distintos, sendo caracterizado manifesto embaraço no exercício de fiscalização.

Nesse sentido, parece se fazer necessário categórico impedimento, em aplicação de âmbito nacional, no sentido de coibir adesões de entidades não participantes em atas de registro de preços pertencentes à entidades federativas diversas dos órgãos aderentes, de forma a permitir o máximo controle e fiscalização por parte do Tribunal de Contas competente.

Por outro lado, imprime-se inegável relevância à motivação que, de modo hábil e coerente, irá justificar a adesão à Ata de Registro de Preços por órgãos não participantes, de forma a avaliar que tal dispensa, de fato, mostra-se mais vantajosa do que a feitura de novo procedimento licitatório. Dessa forma, primando pelos princípios da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública, a motivação sólida e consistente evita que o instituto sirva como instrumento para acobertar o comodismo e a falta de planejamento do Poder Público em promover, ele próprio, a licitação e a celebração do contrato administrativo.

Desse modo, tem-se que a utilização escorregia da adesão de órgãos não participantes pode trazer inúmeros benefícios para a Administração Pública, tais como a eficiência e economicidade. Para tanto, em respeito ao princípio da legalidade, é imprescindível que a previsão do

instituto ocorra mediante lei, sendo igualmente necessária a previsão no diploma legal de vedação de adesões em entes federativos diversos, de forma a não dar azo a fraudes diante das eventuais dificuldades na fiscalização de “caronas” ocorrido em entidades federativas diversas, assim como a motivação deverá exercer o caráter instrumental nas questões envolvendo as referidas adesões.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 5ª – edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **A figura do carona nas atas de registro de preços**. RJML nº 15, junho, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, out. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7ª - edição. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1993.

MUKAI, Toshio. **O efeito "carona" no registro de preços: um crime legal?** Revista do TCU, Brasil, ano 41, n.144, jan./abril 2009.

NIEBUHR, Joel De Menezes. **“Carona” em Ata de Registro de Preços: atentado veemente aos Princípios do Direito Administrativo**. Artigo publicado na Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC n. 143, janeiro 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. 7ª - edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007



SOUTO, Marcos Juruena Villela; GARCIA, Flavio Amaral. **Sistema de Registro de Preços — O Efeito “Carona”**. BLC — Boletim de Licitações e Contratos março/2007

NOTAS:

[1] CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 5ª – edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 108.

[2] Lei 8.666/93: art. 15, II: (...) § 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado. § 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial. § 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: I - seleção feita mediante concorrência; II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados; III - validade do registro não superior a um ano. § 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições. § 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado. § 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado. § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material. § 1º: Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

[3] Lei 8.666/93: art. 24, VII: quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

[4] Decreto n.º 7.892/13: art. 2º: Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições: I - Sistema de Registro de Preços - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras; II - ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas; III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente; IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; e V - órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

[5] Decreto n.º 7.892/13: art. 9º, X: O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo: minuta da ata de registro de preços como anexo; e

[6] Decreto n.º 7.892/13: art. 11, §2º, II: os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceito cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado.

[7] Decreto n.º 7.892/13: Art. 4º: Fica instituído o procedimento de Intenção de Registro de Preços - IRP, a ser operacionalizado por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais - SIASG, que deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, para registro e divulgação dos itens a serem licitados e para a realização dos atos previstos nos incisos II e V do caput do art. 5º e dos atos previstos no inciso II e caput do art. 6º. § 1º A divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada nos casos de sua inviabilidade, de forma justificada. § 2º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editará norma complementar para regulamentar o disposto neste artigo. art. 11, §2º, II: os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceito cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado.

[8] CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 5ª – edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 121.

[9] Decreto n.º 3.931/13: art. 8º: A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da

Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem. § 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação. § 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas. § 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceito cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado.

[10] SOUTO, Marcos Juruena Villela; GARCIA, Flavio Amaral. *Sistema de Registro de Preços — O Efeito “Carona”*. BLC — Boletim de Licitações e Contratos março/2007, p. 239

[11] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, out. 2007, p. 7-12.

[12] Lei 12.462/2011: art. 32, § 1º: Poderá aderir ao sistema referido no caput deste artigo qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.

[13] Lei 8.666/93: Art. 14: Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

[14] Decreto n.º 7.892/13: art. 22: § 8º É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.

[15] NIEBUHR, Joel De Menezes. *“Carona” em Ata de Registro de Preços: atentado veemente aos Princípios do Direito Administrativo*. Artigo

publicado na Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, ano XII, n. 143, janeiro, 2006, p. 13-19.

[16] MUKAI, Toshio. O efeito "carona" no registro de preços: um crime legal?. Revista do TCU, Brasil, ano 41, n.144, jan./abril 2009, p.103-108.

## FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**HANNAH YASMINE LIMA FREITAS:**  
Advogada, pós-graduada em Direito Civil.

**Resumo:** O Direito de Família é profundamente influenciado pela realidade social. Diante das mudanças por que passaram os conceitos de família e de pátrio poder e do acolhimento dessas modificações pela Constituição Federal de 1988, faz-se necessário o aprofundamento dos estudos sobre o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva. Portanto, esse trabalho analisará os estudos doutrinários bem como as decisões relevantes dos tribunais pátrios.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Filiação socioafetiva. Reconhecimento.

**Abstract:** Family law is deeply influenced by social reality. Given the changes undergone by the concepts of family and parental rights and acceptance of these modifications by the Constitution of 1988, it is necessary to further study on the legal recognition of parenthood socioaffective. Therefore, this paper will examine the doctrinal studies as well as relevant decisions of the courts patriotic.

**Key words:** Family law. Parentage socioaffective. Recognition.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Princípio da Afetividade. 3. Filiação Socioafetiva; 3.1 Conceito; 3.2 Espécies; 3.2.1 Filiação socioafetiva pela adoção; 3.2.2 Filiação socioafetiva originária; 3.2.3 Filiação socioafetiva consistente na adoção à brasileira; 3.2.4 Filiação socioafetiva consistente no “filho de criação. 3.3 Filiação socioafetiva e Multiparentalidade 3.4 Efeitos resultantes do reconhecimento da filiação socioafetiva 3.5 Reconhecimento da filiação socioafetiva pelos Tribunais 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas.

---

### 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República provocou uma crise de legitimidade do direito de família. Consagrou-se na Carta Magna a prioridade absoluta das relações existenciais em detrimento das relações patrimoniais e uma nova ordem pública fundada na solidariedade social e na dignidade da pessoa humana. Diante

disso, houve a necessidade de reconstrução do Direito de Família construído à luz de um modelo patriarcal.

A família vigente no antigo Código Civil era apenas aquela formada por relações consanguíneas, isto é, uma relação biológica entre os membros de uma relação matrimonial. O casamento era fundamental para a constituição de uma família.

Entretanto, com o passar do tempo, surgiram filhos oriundos de relações não matrimoniais que foram tratados de forma desiguais diante de filhos advindos de um casamento. Surgiu, então, a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu, além da paridade dos filhos, a igualdade entre homens e mulheres, pondo fim ao poder despótico do marido sobre a mulher.

A família hoje se tornou plural, democratizou-se, transformando-se em um instrumento privilegiado de convivência, de amor e liberdade, voltada para a plena realização dos filhos.

Entende-se que a filiação não é somente aquela resultante de laços de sangue, mas também aquela que se forma pelo afeto, amor, convivência e carinho, sendo chamada de filiação socioafetivo. Assim, são considerados pais ou mães aqueles que possuem uma relação de afeto com o filho, contraindo responsabilidades e deveres independentemente do vínculo biológico.

Nesta linha, este estudo visa o entendimento e a compreensão das relações familiares permeadas pelo afeto e seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

Durante séculos, o conceito de família esteve ligado à ideia de casamento, pois só era considerada família a união resultante de um vínculo matrimonial que tinha como chefe o pai, portador de poder absoluto.

Mas, com o passar do tempo, esse instituto sofreu grandes modificações. A conquista da mulher ao direito ao voto e a sua inserção no mercado de trabalho foram alguns dos marcos que fizeram com que as formas familiares se multiplicassem.

Diante dessa evolução da mulher no mercado, o marido passou a exercer funções até então exclusivas das esposas e, com isso, a entidade familiar deixou de ser ligada apenas pelo vínculo sanguíneo, mas também pelo afeto.

Corroborando desse entendimento está João Baptista Villela:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade.<sup>[1]</sup>

No mesmo sentido se encontra Paulo Luiz Netto Lôbo:

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incomparável com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.<sup>[2]</sup>

E ainda, Rodrigo da Cunha Pereira:

Embora os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte de responsabilidade civil, a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade ou um desejo. Assim, ela pode coincidir, ou não, com o elemento biológico. Nós nos arriscaríamos a dizer que em nossa

sociedade a paternidade baseada puramente nos laços de sangue pode ser uma ficção.<sup>[3]</sup>

No âmbito jurídico, até a Constituição Federal de 1988, o direito de família tinha como finalidade precípua, proteger o patrimônio constituído através do casamento. Atualmente, a carta Magna oferece fundamentos para a distinção entre fato de gerar e o ato de ser pai. Ao igualar os filhos havidos ou não na constância do casamento, em seu artigo 227, §6º, ela privilegia o critério sanguíneo, mas também os laços afetivos, na medida em que não permite discriminações.

A afetividade é princípio jurídico presente no Direito de Família constitucional, uma vez que iguala os filhos biológicos aos adotivos, com respeito à escolha afetiva, e protege como entidades familiares outras, como a união estável e a família monoparental, cujo vínculo fundante é o da afetividade.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>[4]</sup>, encontram-se na Constituição Federal brasileira, três fundamentos essenciais do princípio da afetividade: todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegidos (art. 226, §4º).

Assim, toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica.

Nesse mesmo entendimento, preleciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é *múnus*, direito-dever, construída na relação afetiva que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em



formação “a vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da CF/88). É pai que assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.[\[5\]](#)

Assim também leciona Tânia da Silva Pereira:

Toda família tem um passado, vive um presente com as suas complexidades e contradições e tem regras que provavelmente passarão para o futuro. Este modelo, que tenderá a se repetir nas gerações subseqüentes, é um ponto de interesse também para uma análise da afetividade nas relações familiares, o que terá um reflexo considerável na tutela jurídica da convivência familiar e comunitária, visando, sobretudo, à proteção e ao desenvolvimento da população infanto-juvenil.[\[6\]](#)

Observa-se, com isso, que a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de família, como um princípio que deve ser seguido. Isso porque a família só se justifica na liberdade e no afeto, como bem revela o julgado prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

**RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.**

- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e, não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A contrário sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Recurso conhecido e provido.

O julgado ressalta a importância do vínculo afetivo tendo prioridade sobre as relações biológicas.

Cumpram ressaltar que o princípio da afetividade não está expresso na Carta Magna, mas sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este fundamento da República Federativa do Brasil.

Entretanto, essa derivação não o torna subsidiário, ao contrário, ele vem sendo bastante contemplado pelos tribunais, como foi visto acima, regendo questões pertinentes à filiação socioafetiva.

O artigo 3º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), também contempla o aludido axioma, senão vejamos:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.<sup>[7]</sup>

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.638, inciso II, também considerou, mesmo que por indireta, o princípio da afetividade ao afirmar que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar seu filho em abandono.

Contudo, o afeto não pode ser visto apenas como uma liberdade individual, tendo em vista que, desenvolve-se e evolui como uma relação social gerando direitos e obrigações. Deste modo, a afeição, através de sua função social, evolui do direito individual para direito social.

Com relação à função social do afeto, leciona Sérgio Resende de Barros:

Com esse fundamento é que o art. 229 da Constituição determina que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". Também é por esse fundamento que o § 6º do art. 227 equipara os filhos, inclusive os adotivos. Igualmente, porque o afeto tem função social, gera responsabilidade social, a Constituição abrigou a união estável e a família monoparental e não impede reconhecer outras categorias de família geradas pelo afeto, como a família anaparental (entre descendentes privados de ambos os pais) e a família homoafetiva (entre pessoas do mesmo sexo).<sup>[8]</sup>

Como se observa, o afeto está inerente às relações familiares e examiná-lo significa estudar um dos elementos fundamentais do modelo de família consagrado pela Constituição Federal Brasileira.

### **3. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA**

#### **3.1 Conceito**

Com o surgimento da Constituição Federal de 1998 surgiram modificações legislativas relevantes à filiação, percebendo-se assim, a possibilidade de se reconhecer um novo tipo de filiação, a socioafetiva.

Segundo Jorge Fujita:

Filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre ele, havendo, porém, o afeto como elemento aglutinador, tal como uma sólida argamassa a uni-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial.<sup>[9]</sup>

Já para Rolf Madaleno a “filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade; são gestos de amor que registraram a colidência de interesse entre o filho registral e o seu pai de afeto”. <sup>[10]</sup>

A socioafetividade tornou-se uma das principais características da família atual e se assenta nas relações familiares onde o amor é cultivado cotidianamente.

Esse novo tipo de filiação encontra sólido apoio nas normas constitucionais sobre direito de família e tem assento infraconstitucional no Código Civil de 2002, que em seu artigo 1.595 menciona a possibilidade de embasar-se o parentesco na consanguinidade ou em “outra origem”, expressão que engloba a origem afetiva. <sup>[11]</sup>

Nesse sentido leciona Eduardo de Oliveira Leite:

O ineditismo, e de certa forma, a força maior do artigo radica de seu *in fine*, que escancara as portas a uma

nova forma de parentesco, nem natural, nem civil, mas que fundamenta a filiação sócio afetiva. Ou seja, pela primeira vez na história do Direito de Família reconhece-se, sem vacilar, assento ao afeto nas relações paterno-materno-filiais, capaz de gerar efeitos na ordem jurídica familiar.[\[12\]](#)

O elemento socioafetivo também é tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 28 a 52, ao tratar das famílias substitutas, como se observa abaixo:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Entende-se, assim, que a paternidade socioafetiva se fundamenta na distinção entre pai e genitor e no direito ao reconhecimento da filiação, já que entende é aquele que desempenha o papel educacional, emocional.

Conclui-se que os laços de afeto que se constroem entre pais e filho não dependem de imposição biológica ou jurídica. Nesse sentido já lecionava Fachin:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social.[\[13\]](#)

Corroborando com esse entendimento, afirma Jédison Daltrozo Maidana:

[...] 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.<sup>[14]</sup>

Segundo entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>[15]</sup> para que exista paternidade socioafetiva devem ser preenchidos dois requisitos: inexistência de vício de consentimento, ou seja, aquele que realiza o registro deve ter a consciência de que o filho é de outra pessoa; o pai deve tratar o filho como se fosse realmente seu, de modo a assim ser havido em sociedade. Percebe-se assim, que a filiação socioafetiva é o resultado do desejo de dar continuidade a espécie humana, direito inerente a todas as pessoas.

## **3.2 Espécies**

### **3.2.1 Filiação socioafetiva pela adoção**

A adoção pode ser conceituada como o negócio jurídico pelo qual se promove, mediante sentença judicial constitutiva, o ingresso de uma pessoa como filho na família do adotante, independentemente da existência entre eles de uma relação parental consanguínea ou afim, desfrutando o adotado de todos os direitos e deveres inerentes à filiação.<sup>[16]</sup>

Zeno Veloso conceitua adoção com “o ato jurídico que estabelece um vínculo de parentesco entre adotante e adotado, passando este a ser filho daquele. Adquire, assim, o adotado estado de filho do adotante e este o de pai do adotado” <sup>[17]</sup>.

Nesse sentido, de acordo com Rubens Limongi França a adoção pode ser entendida como “um instituto de proteção à personalidade, em que essa proteção se leva a efeito através do estabelecimento entre duas pessoas – o

adotante e o protegido adotado – de um vínculo civil de paternidade (ou maternidade) e de filiação[18]”.

Já para Sérgio Gisckow Pereira:

A adoção faz-se baseada em laços afetivos poderosos e insere o adotando na vida familiar, integrando-o plenamente. Significa a demonstração pensada a consciência do amor. Quantas vezes o filho biológico, infelizmente, não é desejado (que o diga o enorme número de abortos). É problema que não se dá no referente ao adotivo. Quantos parentes, mesmo nos graus mais próximos, mantêm distância e nutrem ódios recíprocos. Não é o vínculo consangüíneo, por si só, que deve ser levado em conta, mas a realidade da afeição, da convivência, da assistência, da amizade, da simpatia e da empatia.[19]

Orlando Gomes[20] afirma que a adoção “é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação”.

Cumpramos ressaltar que a adoção deve sempre levar em consideração “os interesses do adotando e não o suprimento de carências do adotante, tais como a necessidade de companhia”. [21]

Percebe-se que, na filiação adotiva se encontra o caráter da afetividade envolvendo um adotante de um lado e o adotado de outro, concedendo-se a este todos os direitos e qualificações a que tem direito um filho, na forma estabelecida pelo artigo 227, §6º, CF.

Esse também é o entendimento dos Tribunais:

**APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROCEDÊNCIA.**

Ainda que não estabelecida a paternidade socioafetiva entre os litigantes, mantêm-se a sentença de improcedência da anulatória de paternidade, se evidenciada a adoção à brasileira proferida pelo autor, a qual incorporou na identidade da ré o nome paterno, e sua alteração, não pretendida por ela, representaria uma violação a sua personalidade e a sua dignidade como pessoa humana. Apelação desprovida. (TJRS, Apelação Cível n. 70025492349, de Gravataí, Rel. Des. José Ataíde Siqueira Trindade, julgada em 21- 8-2008).

### **3.2.2 Filiação socioafetiva originária da posse do estado de filho**

A filiação socioafetiva decorrente da posse do estado de filho é aquela em que se verifica uma relação paterno-filial em que se destacam o tratamento existente entre os pais e filho, de caráter afetivo, amoroso e duradouro, e a reputação na qualidade de filho perante terceiros.[\[22\]](#)

Maria Berenice Dias afirma que a noção de posse do estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.[\[23\]](#)

A filiação socioafetiva possui elementos que caracterizam a posse do estado de filho. Embora não haja legislação específica, grande parte dos doutrinadores identifica essas características, quais sejam: a *tractatio*, a *nominatio* e a *reputatio*.[\[24\]](#)

O trato configura-se através do tratamento que é dispensado na relação paterno-filial, ou seja, dá-se por meio da convivência. Assim, o estado de filho encontra-se ligado com a relação vivenciada com o pai, na medida em que este demonstra os sentimentos que nutre por seu filho, cuidando de sua saúde, educação.

O segundo elemento refere-se à utilização pelo filho do patronímico pertencente ao pai. Entretanto, este elemento tem pouca importância, pois a



paternidade poderá ser comprovada através dos outros dois elementos. Nesse sentido leciona José Bernardo Boeira:

[...] a doutrina reconhece em sua maioria, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.<sup>[25]</sup>

O terceiro elemento é a *reputatio* ou fama, que significa a notoriedade acerca da filiação. Tal notoriedade não está adstrita ao lar em que vivem pais e filho, devendo transcendê-lo à sociedade.

É importante ressaltar que esses elementos não constituem *numerus clausus*, são requisitos meramente exemplificativos, como bem afirma Fachin:

[...] outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríplice elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado.<sup>[26]</sup>

Percebe-se, assim, que os elementos demonstram que existe a posse de estado de filho, mas se eles não estiverem presente na relação familiar isso não impede o seu reconhecimento.

### **3.2.3 Filiação socioafetiva consistente na adoção à brasileira**

A adoção à brasileira é uma prática disseminada no Brasil que consiste no reconhecimento registral de determinada pessoa como sendo filho de outros que não se traduzem como seus pais biológicos, sem, no entanto, obedecer aos trâmites legais, caracterizando um procedimento irregular, tipificador de falsidade ideológica, de acordo com o artigo 299, parágrafo único do Código Penal.

Não cabe a anulação do registro por parte daquele que, mesmo tendo ciência de que a criança ou o adolescente não era seu, promoveu o seu

reconhecimento voluntário. Essa conduta corresponde a uma adoção e é, portanto, irrevogável.

Maria Berenice Dias afirma:

A lei não autoriza a ninguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento. Ainda que dito dispositivo legal excepcione a possibilidade de anulação por erro ou falsidade, não se pode aceitar a alegação de falsidade do registro levada a efeito pelo autor do delito. Assim, o registro de filho alheio como próprio, em havendo o conhecimento da verdadeira filiação, impede posterior anulação.[\[27\]](#)

Esse também é entendimento dos Tribunais:

**EMENTA: APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.**

Descabido anular o registro e paternidade, ainda que o apelante não seja o pai biológico da apelada. Quando o registro foi feito o apelante sabia não ser o pai biológico. E ademais sempre criou a apelada como filha, o que consubstancia a paternidade socioafetiva. **NEGARAM PROVIMENTO**[\[28\]](#).

No mesmo sentido, outra decisão:

**APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROCEDÊNCIA.** Ainda que não estabelecida a paternidade socioafetiva entre os litigantes, mantêm-se a sentença de improcedência da anulatória de paternidade, se evidenciada a adoção à brasileira proferida pelo autor, a qual incorporou na identidade da ré o nome paterno, e sua alteração, não pretendida por ela, representaria uma

violação a sua personalidade e a sua dignidade como pessoa humana. Apelação desprovida[29].

Por outro lado, se o pai foi levado a erro e registrou a criança como sendo seu filho, e com este não criou nenhum elo de afetividade, não há por que se reconhecer a adoção à brasileira, impondo-se a anulação do registro civil de nascimento.

A importância conferida ao erro no reconhecimento da paternidade como causa de anulação pode ser verificada na seguinte decisão:

EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB).

2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude).

3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo.

4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido[30].

Percebe-se, assim, que é a postura de quem realiza o registro que vem sendo considerada pelos julgadores nas decisões de desconstituição de paternidade. Aquele que realizou o registro tendo consciência de que a paternidade biológica não existia não tem direito à desconstituição. Entretanto, se o reconhecimento foi fruto de erro, não deixando de levar em consideração a relação de afeto, privilegiam-se os interesses daquele que foi levado ao erro.

### **3.2.4 Filiação socioafetiva consistente no “filho de criação”**

Os chamados “filhos de criação” são aqueles que, embora pertencentes a outrem, são sustentados, educados, amados e providos por casais que os consideram como filhos próprios, embora apenas se encontrem sob a sua guarda, e não sob o amparo de uma adoção.[\[31\]](#)

Corroborando com esse entendimento Zeno Veloso:

Quem acolhe, protege, educa, orienta, repreende, veste, alimenta, quem ama e cria uma criança, é pai. Pai de fato, mas, sem dúvida, pai. O “pai de criação” tem posse de estado com relação a seu “filho de criação”. Há nesta relação uma realidade sociológica e afetiva que o direito tem de enxergar e socorrer. O que cria, o que fica no lugar do pai, tem direitos e deveres para com a criança, observado o que for melhor para os interesses desta.[\[32\]](#)

Trata-se de uma adoção informal ou de fato, não podendo ser considerados filhos adotivos, já que não há amparo legal, inexistindo equiparação aos filhos biológicos, para os devidos efeitos jurídicos.

Entretanto, alguns Tribunais têm reconhecido a filiação socioafetiva resultante do estado de filho afetivo caracterizado pelo filho de criação, concedendo-lhe a totalidade dos efeitos jurídicos.

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não

significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a “posse do estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consecutórios. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.[\[33\]](#)

### **3.3 Filiação socioafetiva e multiparentalidade**

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a filiação socioafetiva e entende que não existe uma hierarquia entre ela e a filiação biológica, de forma que o Direito deve acolher tanto os vínculos originados da ascendência biológica, como também aqueles construídos pela relação afetiva.

Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal[\[34\]](#) fixou tese no sentido de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Dessa forma, a Corte Suprema fez prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana que, no campo do direito de família, confere ao indivíduo a possibilidade de escolha do formato de família que lhe agrada, de acordo com as suas relações afetivas, ainda que elas não estejam previstas em lei. Ademais,

baseou seu entendimento no direito à busca da felicidade, estritamente ligado à dignidade humana, o que faz com que a pessoa seja o centro do ordenamento jurídico, que deverá reconhecer sua capacidade de autodeterminação, de autossuficiência e liberdade de escolher seus próprios objetivos.

Tal direito funciona como meio de proteção do ser humano contra as tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. Entretanto, é o direito que deve se curvar às necessidades e vontades das pessoas e não o contrário.

Dessa maneira, o Supremo reconheceu a pluriparentalidade ou multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de uma pessoa possuir dois pais (um socioafetivo e o outro biológico), com todos os efeitos daí decorrentes, inclusive sucessórios, pois todos os pais devem assumir os encargos referentes ao poder familiar e, ademais, haveria uma afronta ao princípio da paternidade responsável (art. 226, §7º, CF) se fosse permitido que o pai biológico se desobrigasse de ser reconhecido como tal pelo simples fato de o filho já ter um pai socioafetivo.

### **3.4 Efeitos resultantes do reconhecimento da filiação socioafetiva**

Apesar de ser assegurado o direito à filiação, não podemos confundir o direito de conhecer sua origem genética com o direito de filiação. Com efeito, o eventual reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica, na grande maioria dos casos, não terá o condão de anular a relação socioafetiva estabelecida entre os pais e seus filhos, prevalecendo o vínculo de filiação construído no decorrer do tempo.

Nesse sentido leciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

Toda pessoa humana tem direito ao estado de filiação, como prerrogativa contida no âmbito da disciplina jurídica das relações familiares, e essa constituição do estado de filiação pode se dar inclusive através do conhecimento da origem genética, se os laços de paternidade não se constituíram por via da afetividade. Diferentemente ocorre quando há uma relação de paternidade

socioafetiva pré-constituída. Nestes casos, existe sim o direito à investigação da origem genética, mas ela tem seu fundamento deslocado do direito de família para a seara dos direitos de personalidade; vindica-se a origem genética, não a paternidade.<sup>[35]</sup>

Com efeito, a filiação socioafetiva é construída a partir das relações familiares que o filho tem com seus pais. Estas relações, de uma forma ou de outra, formam o seu caráter, sua personalidade. Desta forma, se há o descobrimento de uma paternidade biológica posterior, em nada ela poderá alterar aqueles liames de intimidade construídos durante a convivência diuturna entre pais e filhos. Em outras palavras, o conhecimento de sua origem genética não tem força de desfazer as ligações de afetividade estabelecidas.

Neste aspecto, em relação à desconstituição do registro de nascimento, entende-se impossível fazer-se por iniciativa do pai registral, mesmo que este não seja o pai biológico, já que se estabeleceu relação socioafetiva entre eles na qualidade de pai e filho.

Esse é o entendimento dos Tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Ainda que o autor, pai registral, não seja o pai biológico do réu, mantém-se a improcedência da negatória da paternidade, se estabelecida a paternidade socioafetiva entre eles. Em se tratando de relação de filiação, não se pode compreender que seja descartável, ao menos em casos como o presente, onde por vinte anos o réu teve como genitor o autor. Pretensão que afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque o réu ficaria sem pai registral, ou seja, sem filiação e sobrenome paterno. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.<sup>[36]</sup>

Assim, entendendo que este direito a própria identidade e à felicidade constituem-se em pressupostos para a edificação da dignidade de qualquer pessoa, e entendendo que o Direito brasileiro destina-se à garantia do adequado

desenvolvimento do ser humano, entende-se não ser possível a dissolução dos vínculos afetivos construídos, por uma mera questão biológica ou registral.

### 3.5 Reconhecimento da filiação socioafetiva pelos tribunais

A jurisprudência é uma importante fonte do Direito que tem como finalidade fornecer soluções a cerca de um determinado tema. Assim, o estudo jurisprudencial tem relevância para demonstrar como vem se posicionando os Tribunais Pátrios acerca da filiação socioafetiva.

No julgado colecionado a seguir tem-se o entendimento do Tribunal de que a filiação não pode se basear apenas em elementos biológicos, devendo prevalecer as situações afetivas.

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO. RELAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL. EXISTÊNCIA DE ERRO NO REGISTRO DE NASCIMENTO. INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO FILIAL.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil, ficou erigida como diretriz fundamental a vedação de qualquer tratamento discriminatório a respeito do status da filiação. Assim, o vínculo filiatório não pode ser exprimido apenas com base em elementos meramente biológicos, **revelando, ao contrário, serem as situações afetivas muito mais representativas dessa relação.** Além desses vínculos, existe o critério jurídico e legal, fundado na presunção relativa imposta pelo direito, materializada mediante a lavratura de registro civil, a teor do art. 1.603. É admitida a desconstituição da relação de paternidade, mediante o manejo de ação negatória de paternidade, se comprovadas, cumulativamente, a ausência do vínculo biológico e do vínculo socioafetivo, bem como a existência de erro ou falsidade no registro. Restando comprovada a inexistência do vínculo biológico e socioafetivo e, em se verificando a ocorrência de erro no ato registral do suposto filho, impõe-se a declaração da



inexistência da relação de paternidade.[\[37\]](#)  
(20070310326979APC, Relator NATANAEL CAETANO, 1ª  
Turma Cível, julgado em 26/05/2010, DJ 08/06/2010 p. 85)

Depreende-se do presente entendimento que o vínculo afetivo deve prevalecer sobre o biológico, pois o que importa é o afeto, o amor, a convivência e não os laços de sangue. Pode-se perceber a possibilidade de desconstituição da paternidade desde que se prove a existência de erro ou a ausência de vínculo biológico ou afetivo.

No mesmo entendimento tem-se a decisão seguinte que assegura o acolhimento da ação negatória de paternidade desde que demonstrada a ausência de vínculo socioafetivo entre as partes.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO DE REGISTRO CIVIL. AUSÊNCIA DE FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. INDUZIMENTO A ERRO.  
1. O pedido de declaração de negatória de paternidade com a anulação do registro civil da menor deve ser acolhido **quando demonstrada a existência de vício do ato jurídico ou ausência de relação socioafetiva entre as partes.**[\[38\]](#)

À similitude tem-se a jurisprudência seguinte que declara a prevalência da filiação socioafetiva independentemente do resultado do exame de DNA.

CONTRÁRIA AO RESULTADO DE EXAME DE DNA. IRRELEVÂNCIA. **PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA.** SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA.  
1. A flexibilização dos efeitos da coisa julgada está adstrita às ações que versem sobre direitos indisponíveis, cuja sentença foi lastreada em conjunto

probatório deficiente.

2. Possuindo o julgador todos os meios de provas disponíveis, inclusive o exame de DNA, a decisão judicial com trânsito em julgado há de ser abarcada pela coisa julgada na sua totalidade, ainda que se tenha julgado contrariamente ao resultado da perícia, em decorrência da prevalência da filiação socioafetiva e ante a inexistência de comprovação de vício de vontade quando da perfilhação levada à efeito pelo autor da negatória.[\[39\]](#)

No sentido de que a adoção e guarda devem se pautar pelo relacionamento socioafetivo e não o biológico ou registral tem-se o seguinte arresto:

CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA DE MENOR. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. RECURSO IMPROVIDO.

A excepcionalidade que autoriza seja a criança criada e educada em família substituta encontra-se configurada quando o menor é voluntariamente entregue, ainda recém-nascido, à outra família, estando a criança a ela perfeitamente integrada. **A paternidade a ser privilegiada, em qualquer hipótese, é a socioafetiva.**[\[40\]](#)

Com o entendimento de que devem prevalecer os interesses do menor, sendo a filiação socioafetiva mais benéfica a ele, pois já convive com a família substituta há seis anos e de que o vínculo sanguíneo não deve se sobrepor ao afetivo temos o julgado a seguir:

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO CONVERTIDA EM GUARDA. FAMÍLIA SUBSTITUTA. OPOSIÇÃO DA GENITORA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA NO TEMPO. **PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA QUE SE SOBREPÕE À BIOLÓGICA.** PROCEDÊNCIA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA MENOR.

1. Deve ser julgado procedente o pedido de guarda quando o conjunto probatório sinaliza que a melhor solução consiste em manter a menor sob a guarda de sua família substituta, com quem convive há aproximadamente 6 (seis) anos, a qual reúne plenas condições de assumi-la, como de fato tem feito durante todo esse tempo. Ademais, o instituto da guarda apresenta caráter revogável, podendo ser revisto a qualquer momento, sempre no interesse do menor, mediante ato judicial fundamentado e após ouvido o Ministério Público, consoante preconiza o art. 35 do Estatuto da Criança e de Adolescente.

**2. A consanguinidade não pode ser fator preponderante para se definir a guarda do menor, em detrimento da paternidade socioafetiva**, que, em muitos casos, se mostra mais benéfica aos interesses do infante.[\[41\]](#)

3. Recurso desprovido

Trata-se de julgado interessante, pois além de ressaltar que a adoção ou a guarda devem se fundar nas relações de afeto, denota que se deve levar em conta, primeiramente, os interesses do menor, ou seja, o que for mais benéfico a ele.

É igualmente digno de nota o caso abaixo de improcedência da filiação socioafetiva:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA. Se a família afetiva transcende os mares do sangue, se a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, se a autêntica paternidade/maternidade não se funda na verdade biológica, mas sim, na verdade afetiva, a ponto de o direito atual autorizar que se dê prevalência à **filiação socioafetiva, esta só pode ser reconhecida quando baseada no afeto, e não somente no interesse patrimonial**. Se o autor, que possui pai e mãe biológicos e registrais, e com a mãe estabeleceu relação parental

afetiva (somente não o fazendo com o pai porque já era falecido), não pode pretender o reconhecimento de uma filiação que não é espontânea e não foi voluntariamente assumida pelos alegados “pais de criação”, pretensão que vem permeada de interesse exclusivamente econômico. Precedentes. Apelação desprovida.[\[42\]](#)

Depreende-se do presente caso que o reconhecimento da filiação socioafetiva foi julgado improcedente porque o que se deve levar em conta é a relação de afeto e não os interesses patrimoniais.

Pode-se perceber, assim, que a maioria dos Tribunais entende que a filiação socioafetiva deve prevalecer sobre a biológica, levando-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana e os interesses da criança.

#### **4. CONCLUSÃO**

Através do estudo realizado acerca da filiação socioafetiva, pode-se concluir que tal instituto é amplamente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro, não havendo que se falar em prevalência vínculo resultante de origem biológico e vínculo resultante de origem afetiva, sendo possível, inclusive, no entender do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento de paternidade socioafetiva concomitante com paternidade biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

#### **5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Sérgio Resende de. A Tutela Constitucional do Afeto. In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Belo Horizonte/ MG. Família e Dignidade Humana. **Anais...** Belo Horizonte: IOB Thomson, 2005. v. 1. p. 881-889. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=5&anais>> Acesso em: 17 de julho de 2017.

BARROS MONTEIRO, Washington; TAVARES, Regina Beatriz da Silva. **Curso de Direito Civil**. Vol. 2. Direito de Família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **A investigação de paternidade: a posse de estado de filho, paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família.** Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4.ed.,ver., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** Coordenador: Ricardo Pereira Lira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade – Coordenadas fundamentais. *In* **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.** Rio de Janeiro, ano VII, nº 4, 2º semestre 1993.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação.** São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14.ed.rev.e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume VI: direito de família.** 7 ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: volume 5: direito da família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, n. 19, p.153, ago./set. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação **.Jus Navigandi,** Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

MADALENO, Rolf. Paternidade alimentar. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VIII, n. 37, ago./set. 2006.

MAIDANA, JédisonDaltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/jul.,2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14.ed. revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. Porto Alegre: Ajuris, 1986.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6 ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as leis correlatas. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENCELAU, Rose Melo. **O ele perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: volume 6: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade In: VENCELAU, Rose Melo. **O Elo perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno filial**. São Paulo: Renovar, 2004.

NOTAS:

[1] VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. In: VENCELAU, Rose Melo. **O Elo perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno filial**. São Paulo: Renovar, 2004. pág.112.

[2] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 15 de julho 2017.

[3] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 134.

[4] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 15 julho de 2017.

[5] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação . **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 15 julho de 2017.

[6] PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 153.

[7] BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Cortez, 1990. 181p.

[8] BARROS, Sérgio Resende de. A Tutela Constitucional do Afeto. In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Belo Horizonte [MG]. Família e Dignidade Humana. **Anais...** Belo Horizonte: IOB Thomson, 2005. v. 1. p. 881-889. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=5&anais>> Acesso em: 17 de julho de 2017.

[9] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009. p.70

[10] MADALENO, Rolf. Paternidade alimentar. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VIII, n. 37, ago./set. 2006. p. 138.

[11] FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Coordenador: Ricardo Pereira Lira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.17.

[12] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: v.5: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 93

[13] FACHIN. Op.cit.pág169.

[14] MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 98,Jun/jul.,2004.

[15] BARROS MONTEIRO, Washington; TAVARES, Regina Beatriz da Silva. **Curso de Direito Civil**. Vol. 2. Direito de Família. 40º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.134.

[16] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14. ed. revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.392.

[17] VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.160.

[18] FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade – Coordenadas fundamentais. *In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, ano VII, n. 4, jul./dez. 1993. p.123.

[19] PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. Porto Alegre: Ajuris, 1986. p.125.

[20] GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14.ed.rev.e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p.324.

[21] TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6 ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as leis correlatas. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pág.55

[22] FUJITA. op.cit. p.78.

[23] DIAS, MARIA Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed.,rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.253.

[24] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**:volume VI. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.291.



[25] BOEIRA, José Bernardo Ramos. **A investigação de paternidade: a posse de estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 55.

[26] FACHIN, op.cit. pág. 172.

[27] DIAS, op.cit. pág.436.

[28] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700016096596. Rel. Rui Portanova. Porto Alegre, 22 de maio de 2006.

[29] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70025492349. Rel. Des. Ataíde Siqueira Trindade, Gravataí, 21 de agosto de 2008.

[30] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700158777. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, aí, 21 de agosto de 2008.

[31] BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família.** 5. ed. revista, atualizada e ampliada por Joaquim Macedo Bittencourt Netto e Antonio Carlos Mathias Coltro. Campinas: Millenium, 2003. p.219.

[32] VELOSO, op.cit. p. 214.

[33] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70008795775. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, 23 de junho de 2004.

[34] <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoprocesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>

[35] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 19, p.153, ago./set. 2003.

[36] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70022895072. Rel. José Ataíde Siqueira Trindade, 5 de junho de 2008.

[37] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 20070310326979. Rel. Natanael Caetano, 26 de maio de 2010. In: **Diário da Justiça**, p.85, 8 jun. 2010.

[38] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 20080510114638. Rel. João Mariosa, 12 de junho de 2010. In: **Diário da Justiça**, p.140, 8 jun. 2010.

[39] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 20080510052717. Rel. Cruz Macedo, 25 de março de 2009. In: **Diário da Justiça**, p.137, 20 abr. 2009.

[40] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 20030150089995. Rel. Carmelita Brasil, 8 de novembro de 2004. In: **Diário da Justiça**, p.64, 17 fev. 2005.

[41] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 20020130016165. Rel. Mario-Zam Belmiro, 2 de maio de 2007. In: **Diário da Justiça**, p.107, 26 jun. 2007.

[42] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70023288251. Rel. José Ataídes Siqueira Andrade, 8 de maio de 2008.

## COMENTÁRIOS AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: MUDANÇAS NA TUTELA PROVISÓRIA

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

**RESUMO:** O vigente CPC foi concebido com a premissa de “dotar o sistema processual civil brasileiro de maior coesão e celeridade, bem como compatibilizá-lo com a Constituição Federal de 1988” (MARTINS; MOREIRA, 2015, p.444). Para tanto, estabeleceu mudanças com o objetivo de simplificar procedimentos e racionalizá-los. Dentre outras, destaca-se a criação do gênero “tutela provisória” – que, como se sabe, promoveu a sistematização do regime de tutelas de urgência; integração do procedimento das tutelas cautelar e antecipada; bem como a estabilização desta última. O presente, embasado em pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, busca descortinar tais inovações, explicitando detalhes que permitam sua melhor compreensão.

**Palavras-chave:** Código de processo civil; tutela provisória; inovações processuais.

**ABSTRACT:** The current CPC was conceived with the premise of "providing the Brazilian civil procedural system with greater cohesion and celerity, as well as making it compatible with the Federal Constitution of 1988" (MARTINS; MOREIRA, 2015, p.444). To this end, it has established changes with the aim of simplifying procedures and rationalizing them. Among others, the creation of the genre "provisional guardianship" - which, as is well-known, promoted the systematization of the regime of emergency guardianships; Integration of the precautionary and anticipated tutela procedure; As well as the stabilization of the latter. The present, based on bibliographical and jurisprudential research, seeks to unveil such innovations, explaining details that allow their better understanding.

**Keywords:** Code of civil procedure; Provisional protection; Procedural innovations.

---

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para além de outras evidentes reformas, o Código de Processo Civil (instituído pela Lei nº 13.105/2015) inovou ao dar nova formulação, por assim dizer, ao sistema de tutela judicial. Tem-se desde o início de sua vigência, em 18 de março de 2016, as tutelas antecipada e cautelar reunidas sob o título “tutela provisória”. Esta, como bem ensina a melhor doutrina, “é proferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica” (NEVES, 2017, p.483). Cabe, no entanto, advertir que, em situações excepcionais, pode o magistrado outorgá-la também em face da cognição exauriente (quando transcorrido aprofundado exame das alegações e provas, o que institui juízo de certeza).

Fato é que o vigente diploma processual, a título de simplificar procedimentos e racionalizar o próprio sistema, buscou dar fim a um problema de ordem prática característico do CPC de 1973: a dificuldade de postulação de ambas as tutelas supracitadas; provocada, não raro, pela dual regulação em livros e expedientes diversos.

Para tanto, além das soluções assinaladas, também instituiu a figura da estabilização da tutela antecipada, incidente em função do deferimento da medida pleiteada por meio de recurso. Observa-se que, de modo análogo à sentença judicial contra a qual não cabem mais recursos (coisa julgada), a decisão estabilizada emanada do dispositivo “permanece inalterada e eficaz até que seja objeto de ação própria de impugnação, a ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos” (MENDES, ÁVILA; 2015).

Por fim, somada a estas, tem-se, ao abrigo da tutela provisória (prevista a partir do art. 292, no Livro V, da Parte Geral do CPC/2015), a tutela de evidência, novidade igualmente estabelecida pelo diploma, que, como se sabe, prescinde de urgência. Consiste basicamente na autorização dada ao juiz de conceder ao autor, independentemente da presença de perigo, a tutela jurisdicional quando haja indícios mais fortes da existência do direito (GONÇALVES, 2017).

Oportuno enfatizar ainda que tais peculiaridades introdutórias fazem-se necessárias, considerado o fato de que tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada encontravam-se, no diploma anterior, submetidas a disciplinas distintas.

Passemos agora, portanto, ao breve exame das mudanças.

## 2. TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA

Ensina com notória maestria o professor Humberto Theodoro Júnior (2017, p.778) caracterizarem-se as tutelas diferenciadas (a exemplo da tutela provisória) como meios de regulação transitória da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes. Trata-se, lógico, de evidente contraposição às tutelas comuns que, como o próprio jurista preleciona, distinguem-se sempre “pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico”. Esta interpretação singular é perfeita para explicitar os incidentes processuais em estudo.

Previstas inicialmente no caput do art. 294, do vigente CPC, as tutelas de urgência (arts. 300 a 310) e de evidência (art. 311) são espécies do gênero tutela provisória. A primeira divide-se em tutelas de urgência antecipada e cautelar (ambas com previsão emanada dos arts. 300 a 303). Essa conceituação comporta ainda outra, de manifesta pertinência. “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (NEVES, 2016, p. 462). Para melhor compreensão analisaremos, de forma sucinta, cada uma destas figuras.

A tutela de urgência, por exemplo, admite-se sendo demonstrados pela parte elementos que assinalem a expectativa do direito, bem como a ameaça na demora da prestação da tutela jurisdicional. Já a tutela da evidência não necessita desta explícita demonstração de perigo em consequência da demora, consideradas algumas hipóteses discriminadas nos incisos do art. 311, do CPC/2015, a saber:

Art. 311. [...]:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Neste sentido, observe posicionamento jurisprudencial sobre o tema:

**MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE EVIDÊNCIA ANTECIPADA.** A suspensão dos efeitos de portaria ministerial (1.565/2014) que classifica quais categorias fariam jus a direito previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 193, § 4º), não impede a concessão de tutela de urgência ou evidência. Apenas liberação dos valores é inconveniente devido ao risco de irreversibilidade. (TRT-4 - MS: 00213002620165040000, Data de Julgamento: 07/10/2016, 1ª Seção de Dissídios Individuais)

Fácil compreender, portanto, assegurar a tutela de evidência o acesso do autor ao bem almejado quando seu direito é comprovável de plano.

### **3. TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPADA**

Como aludido em momento anterior, nos termos do art. 294, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência, sendo que a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Partindo, portanto, da interpretação literal do texto torna-se claro que, conquanto sustente-se distinção conceitual entre ambas, a estas está reservado igual tratamento jurídico. Por conseguinte o mesmo regime torna-se aplicável em se tratando de pressupostos e da via processual de pleito e concessão tanto à cautelar, quanto à antecipada. Explica Gonçalves:

Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas

diferem quanto à maneira pela qual alcançam esse resultado: enquanto a primeira afasta o perigo atendendo ao que foi postulado, a segunda o afasta tomando alguma providência de proteção (GONÇALVES, 2017)

Sob tal aspecto, portanto, deve-se reconhecer que a convergência de regime, evidenciada pela união, foi produtiva, sobretudo se consideradas as vantagens de ordem prática.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto ao longo desta breve dissertação o estabelecimento da tutela provisória pela lei nº 13.105/2015 promoveu a sistematização do regime de tutelas de urgência; integração do procedimento das tutelas cautelar e antecipada; bem como a estabilização desta última. Explicitar detalhes das inovações disciplinadas pelo vigente diploma processual revelou-se tarefa oportuna – sobretudo, considerada a possibilidade de contribuir para dirimir eventuais dúvidas suscitadas pela matéria no leitor recém-introduzido no tema.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 07 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Mandado de segurança nº 00213002620165040000. Data de Julgamento: 07/10/2016, 1ª Seção de Dissídios Individuais. Disponível em < <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430803746/mandado-de-seguranca-ms-213002620165040000#!>>. Acesso em 05 jun. 2017.

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

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique. *Algumas das principais alterações do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Consultor Jurídico, 31 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015->

jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>. Acesso em: 05 jun. 2017.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. *Comentários críticos à exposição de motivos do novo Código de Processo Civil (CPC): notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: Volume único*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



## DECLARAÇÃO DE SAN ANTÔNIO

**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.

Nós, os Presidentes, Delegados e Membros dos Comitês Nacionais do ICOMOS das Américas, reunidos em San Antonio, Texas, Estados Unidos da América, de 27 a 30 de março de 1996, no Simpósio Interamericano sobre a Autenticidade na Conservação e Gestão do Patrimônio Cultural, discutimos o significado de autenticidade na preservação das Américas.

Fizemo-lo em resposta ao apelo lançado pelo Secretário-Geral do ICOMOS para a participação regional no debate internacional sobre o assunto.

### **A. CONTEXTO**

Nos últimos doze meses, os membros dos Comitês Nacionais do ICOMOS das Américas têm estudado, lido e discutido os documentos produzidos em 1994 pelas reuniões de especialistas sobre a autenticidade em Bergen, na Noruega, e em Nara, no Japão, bem como outros documentos pertinentes. Em preparação para a assembleia em San Antonio, cada Comitê Nacional preparou e apresentou um Livro Nacional de Posição que resumiu os resultados de suas próprias conclusões nacionais ou regionais.

### **B. CONSIDERAÇÕES E ANÁLISES**

Tendo discutido a natureza, definição, provas e gestão de autenticidade em relação à arquitetura, urbano, arqueológico e paisagem de patrimônio cultural das

Américas em uma assembleia que foi aberta para os membros de todos os Comitês Nacionais do ICOMOS das Américas e às organizações de preservação das regiões, emitimos o seguinte resumo de nossas conclusões e recomendações:

### **1. Autenticidade e Identidade**

A autenticidade do nosso patrimônio cultural está diretamente relacionada com a identidade de nossas culturas. A cultura e o patrimônio das Américas são distintos das de outros continentes por causa de seu desenvolvimento único e influências. Nossas línguas, nossas estruturas sociais e nossas crenças espirituais variam dentro do nosso continente e, no entanto, existem fortes traços comuns que unificam as Américas. Entre elas estão o nosso patrimônio autóctone, que não foi totalmente destruído apesar do período de conquista e um processo persistente de aculturação; a herança dos colonizadores europeus e dos escravos africanos, juntos, ajudou a construir nossas nações; e, finalmente, a contribuição mais recente de imigrantes europeus e asiáticos que vieram em busca de um sonho de liberdade ajudou na consolidação. Todos estes grupos têm contribuído para o pluriculturalismo rico e sincrético que compõe a nossa identidade continental dinâmica.

Como a identidade cultural é o cerne da vida comunitária e nacional e sua conservação é o fundamento da nossa herança cultural. Dentro da diversidade cultural das Américas, grupos com identidades distintas coexistem no mesmo espaço e tempo e, por vezes, no espaço e no tempo, partilham de manifestações culturais, mas muitas vezes atribuem valores diferentes para elas. Nenhuma nação nas Américas tem uma única identidade nacional; nossa diversidade torna-se a soma das nossas identidades nacionais.

A autenticidade dos nossos recursos culturais reside na identificação, avaliação e interpretação dos seus verdadeiros valores percebidos pelos nossos ancestrais no passado e, agora, por nós mesmos, como uma comunidade em evolução e diversificada. Como tal, as Américas devem reconhecer os valores das majorias e minorias, sem impor uma predominância hierárquica de qualquer cultura sobre os outros.

O valor cultural abrangente do nosso patrimônio só pode ser compreendido através de um estudo objetivo da história, os elementos materiais inerentes ao

patrimônio tangível e uma compreensão profunda das tradições intangíveis associados com o patrimônio tangível.

Ao levar em consideração o valor dos sítios do patrimônio como relacionados à identidade cultural, as Américas enfrentam o problema global da homogeneização cultural, o que tende a diluir e apagar valores locais em favor daqueles que sofrem os avanços univeais, muitas vezes como ilusões estereotipadas com fins comerciais. Isto enfraquece o papel dos sítios do patrimônio. Enquanto aceitarmos a importância dos valores tradicionais como um instrumento na identidade étnica e nacional, rejeitamos sua utilização para promover o nacionalismo exacerbado e outras atitudes conflitantes que levaria nosso continente longe de respeito mútuo e uma paz permanente.

## **2. Autenticidade e História**

Uma compreensão da história e a importância de um sítio ao longo do tempo são elementos cruciais para a identificação de sua autenticidade. O entendimento da autenticidade de um sítio de patrimônio depende de uma avaliação abrangente da importância do local por aqueles que estão associados com ele ou que o reivindicam como parte de sua história. Por esta razão, é importante para compreender as origens e evolução do sítio, bem como os valores a ele associados. As variações no significado e valores de um sítio pode, por vezes, estar em conflito, e enquanto que o conflito precisa ser mediado, pode, de fato, enriquecer o valor do patrimônio por ser o ponto de convergência dos valores de vários grupos. A história de um sítio não deve ser manipulada para reforçar os valores de certos grupos dominantes sobre os demais.

## **3. Autenticidade e Materiais**

A estrutura material de um sítio cultural pode ser um componente fundamental de sua autenticidade. Conforme ressaltado no artigo 9 da Carta de Veneza, a presença de elementos antigos e originais faz parte da natureza básica do patrimônio. A Carta também indica que os elementos materiais do nosso patrimônio cultural tangível são portadores de informações importantes sobre o nosso passado e a nossa identidade. Essas mensagens incluem informações sobre

criação original de um sítio, bem como as mensagens em camadas que resultaram da interação entre o recurso e circunstâncias culturais novas e diversas. Por estas razões, os materiais e suas configurações necessitam de identificação, avaliação e proteção. No caso das paisagens culturais, a importância de toda a estrutura material deve ser pesada juntamente com o aspecto distintivo imaterial e os componentes do local.

Ao longo do tempo, locais de patrimônio têm vindo a possuir um valor testemunhal – que pode ser estético, histórico ou de outra forma – que é prontamente evidente para a maioria da sociedade. Além do valor de apreciação, existem valores documentais menos evidentes que requerem uma compreensão do tecido histórico, a fim de identificar o seu significado e a sua mensagem. Uma vez que o valor documental corresponde à evolução das perguntas feitas pela comunidade ao longo do tempo, é importante que a evidência material, definida em termos de design, materiais, fabricação, localização e contexto sejam preservados, a fim de manter sua capacidade de continuar a manifestar e a transmitir esses valores escondidos às gerações presentes e futuras.

O grau da documentação dos elementos em falta é substituído como parte de tratamento de restauração varia dentro das Américas, em conformidade com as características culturais de cada país. Algumas políticas nacionais indicam que o que está perdido só pode fazer parte da nossa memória e não da nossa herança. Em outros lugares, as políticas de incentivo a substituição de elementos totalmente documentados por formulários de fac-símile, a fim de restabelecer o pleno significado do sítio. No entanto, ressaltamos que apenas o tecido histórico é autêntico e interpretações obtidas através da restauração não são; elas só podem representar o significado de um sítio tal como é entendido em um determinado momento. Além disso, nós, universalmente, rejeitamos a dependência de conjecturas ou hipóteses para a restauração.

Para além do referido, existem setores importantes do nosso patrimônio que são construídos de materiais perecíveis que exigem substituição periódica, de acordo com ofícios tradicionais, para assegurar o uso continuado. Da mesma forma, existem sítios do patrimônio construídos de materiais duráveis, mas que estão sujeitos a danos causados por catástrofes naturais periódicas, tais como terremotos, inundações e furacões. Nestes casos, também, afirmam que a validade da utilização de técnicas tradicionais para a sua reparação, especialmente quando essas técnicas

estão ainda em uso na região ou quando as abordagens mais sofisticadas seriam economicamente proibidas.

Reconhecemos que, em certos tipos de sítios do patrimônio, como as paisagens culturais, a conservação de caráter geral e tradições, como os padrões, formas e valor espiritual, pode ser mais importante do que a conservação das características físicas do local e, como tal, podem ter precedência. Portanto, a autenticidade é um conceito muito maior que a integridade do material e os dois conceitos não devem ser considerados equivalentes ou substanciais.

#### **4. Autenticidade e Valor Social**

Além da evidência material, locais de patrimônio podem levar uma mensagem espiritual profunda que sustenta a vida comunitária, relacionando-a com o passado ancestral. Este significado espiritual se manifesta através de costumes e tradições, tais como padrões de assentamento, práticas de uso da terra e as crenças religiosas. O papel desses intangíveis é uma parte inerente do patrimônio cultural e, como tal, a sua ligação com o significado dos elementos tangíveis das áreas devem ser cuidadosamente identificados, avaliados, protegidos e interpretados.

O objetivo de preservar a memória e suas manifestações culturais deve ser abordado visando enriquecer a espiritualidade humana, além do aspecto material. Pesquisa e levantamentos do tecido físico histórico não são suficientes para identificar o significado de um patrimônio, uma vez que apenas as comunidades interessadas, que tenham uma participação no sítio, podem contribuir para a compreensão e expressão dos valores mais profundos do sítio como uma ancora na sua identidade cultural.

Em paisagens culturais, incluindo áreas urbanas, o processo de identificação e proteção de valor social é complexo, porque tantos grupos de interesses distintos podem estar envolvidos. Em alguns casos, esta situação é ainda mais complicada porque os grupos indígenas tradicionais que, uma vez protegidos e desenvolvidos os locais, estão, agora, a adotar novos, e por vezes, valores conflitantes que surgem a partir da economia de mercado, e de seu desejo de integração social e econômica na vida nacional. Nós reconhecemos que o desenvolvimento sustentável pode ser uma necessidade para aqueles que habitam as paisagens culturais e que

um processo de mediação deve ser desenvolvido para tratar a natureza dinâmica destes locais para que todos os valores possam ser devidamente considerados. Nós também reconhecemos que, em alguns casos, pode haver uma hierarquia de valores que está relacionada com a participação de alguns grupos em um sítio.

## **5. Autenticidade dos Sítios Dinâmicos e Estáticos**

A herança das Américas inclui sítios culturais dinâmicos, que continuam a ser usados ativamente pela sociedade, bem como sítios estáticos, tais como sítios arqueológicos, que deixaram de ser usadas pelos descendentes de seus construtores. Estes dois tipos de sítios têm naturezas diferentes; e as suas necessidades de conservação, a determinação da sua autenticidade e sua interpretação pode variar de acordo com seu aspecto.

Sítios culturais dinâmicos, como cidades históricas e paisagens, podem ser considerados como produtos de muitos autores, durante um longo período de tempo, cujo processo de criação, muitas vezes continua até hoje. Esta adaptação constante às necessidades humanas pode contribuir ativamente para manter a continuidade entre o passado, presente e futuro da vida das nossas comunidades. Através deles, nossas tradições são mantidas à medida que evoluem para responder às necessidades da sociedade. Esta evolução é normal e é parte intrínseca do nosso patrimônio. Algumas mudanças físicas associadas com a manutenção dos padrões tradicionais de uso comum do patrimônio não necessariamente diminuem o seu significado e pode realmente melhorá-lo. Portanto, tais mudanças materiais podem ser aceitáveis como parte da contínua evolução.

Sítios culturais estáticos incluem aqueles valorizados como o trabalho concluído de um único autor ou grupo de autores e cuja mensagem original ou inicial não se transformou. Eles são apreciados por seu valor estético ou por seu significado na comemoração acontecimentos importantes na história do indivíduo, da comunidade, da nação ou do mundo. Nestes locais, os quais são muitas vezes reconhecidos como estruturas

monumentais, a estrutura física exige o maior grau de conservação a fim de limitar as alterações ao seu aspecto.

Outro tipo de sítio que pode ser estático é o sítio arqueológico cuja finalidade ativa comunitária e social têm desbotadas ou mesmo cessado. Por uma variedade de razões, os descendentes dos criadores originais e moradores tradicionais perderam seu vínculo direto com a estrutura física do local, assim também enfraquecendo a sua capacidade de perceber e interpretar o significado e valor do sítio. Porque as culturas pré-europeus das Américas não tinham escrito, a ligação mais direta para esse passado reside na evidência material dos sítios arqueológicos, com a complicação adicional de que a informação que eles oferecem é incompleta e às vezes aleatória. A autenticidade dos sítios arqueológicos é não-renovável. Ele reside em seus elementos materiais e seu contexto, isto é, a relação entre as estruturas e objetos entre si e com o ambiente físico. A autenticidade pode ser destruída quando o contexto do local não está devidamente preservado, quando as camadas são eliminadas para chegar a níveis mais profundos, quando a escavação total é realizada e não quando os resultados são rigorosamente e amplamente disseminados. Por estas razões, testemunhas da estratigrafia original devem ser mantidas para que as futuras gerações possam analisá-los com técnicas mais sofisticadas do que as existentes hoje.

Somente através do estudo, publicação e pesquisa da evidência física que esses sítios e seus objetos, mais uma vez, poderão manifestar seus valores e restabelecer as suas ligações à nossa presente identidade cultural. No entanto, a interpretação da autenticidade dos sítios pode refletir apenas interesses e valores flutuantes e, por si só, a interpretação não é inerentemente autêntica, honesta e com objetivo único. Por estas razões, a evidência física na sua totalidade exige a mais completa documentação, proteção e conservação, de modo que a objetividade da interpretação pode responder a novas informações resultantes desse tecido.

Independentemente do tipo de sítio, tratamentos contemporâneos devem resgatar o caráter de todos os recursos culturais sem transformar

sua essência e equilíbrio. Novos elementos devem estar em harmonia com o caráter do todo.

## **6. Autenticidade e Administração**

A herança das Américas é caracterizada por padrões muito heterogêneos de propriedade e administração. Embora muitos sítios estejam devidamente protegidos por seus administradores, às vezes alguns sítios estão sob a jurisdição das autoridades locais que não possuem a capacidade de determinar corretamente o valor global daqueles ou os tratamentos adequados para a sua conservação. Outras vezes, os habitantes originais que criaram e cuidaram de um sítio cultural foram substituídos por novas populações que têm pouca ou nenhuma afinidade cultural com o sítio e colocam pouco ou nenhum valor nele, levando ao seu abandono e decadência. Esta situação urgentemente exige que as autoridades nacionais e locais apropriadas e os atuais proprietários, administradores e habitantes estejam plenamente cientes do valor que outros setores majoritários e minoritários da população podem ter para o sítio. Ambas as comunidades e as autoridades constituídas devem fornecer os meios para o conhecimento correto e avaliação do patrimônio, a sua proteção e conservação, bem como a promoção da sua fruição artística e espiritual, bem como o seu uso educacional.

## **7. Autenticidade e Economia**

A autenticidade dos sítios do patrimônio encontra-se intrinsecamente em sua estrutura física e extrinsecamente nos valores atribuídos a ela por essas comunidades que têm uma participação neles. Os turistas constituem um desses grupos que valoriza o sítio e tem interesse em seu significado e conservação.

Sendo o turismo cultural muitas vezes uma fonte substancial de receitas para as economias locais e nacionais, o seu desenvolvimento é aceitável, tal como foi formulado originalmente nas Normas de Quito. No entanto, os valores limitados que os turistas podem colocar em um sítio e as preocupações econômicas para as receitas do turismo não podem ser pensada como critério primordial na conservação e interpretação de um



sítio. Isto é especialmente verdadeiro quando a autenticidade do tecido e do seu contexto e de valores mais amplos do sítio e a mensagem são alterados, diminuídos ou ameaçados.

Nas Américas, a autenticidade de muitos sítios arqueológicos foi comprometida em razão de reconstruções. Apesar de seu valor educativo, as reconstruções têm como objetivo promover o turismo, reduzindo a autenticidade de tais locais, envolvendo novas perspectivas, novos materiais e novos critérios e altera a aparência do site.

Além disso, no âmbito do desenvolvimento econômico, o problema das populações permanentemente pobres continua a ser um fator crítico nos núcleos urbanos de muitas cidades históricas das Américas. Trazendo um problema na consciência do valor cultural do patrimônio urbano, por parte desses setores pobres, não podendo ser alcançada sem uma abordagem abrangente para a resolução da área delimitada e a marginalidade social.

### **C. RECOMENDAÇÕES**

Dadas todas as considerações acima, os Presidentes das Comissões Nacionais do ICOMOS das Américas decidem oferecer para discussão na Assembléia Geral em Sofia as seguintes recomendações gerais, bem como as recomendações específicas do grupo de discussão que emergiram das discussões extensivas realizadas em San Antonio pelos participantes no Simpósio Interamericano sobre Autenticidade na Conservação e Gestão do Patrimônio Cultural. Além disso, reconhecemos e aplaudimos o Documento de Nara como um instrumento valioso para a discussão, mas encontra-se incompleto e, portanto, os comentários anexos ao Documento de Nara são endossados com base nas necessidades que identificamos relativo ao patrimônio das Américas:

#### **1. Recomendações gerais:**

a) Que o nosso apreço seja transmitida aos membros do ICOMOS/EUA, ao Instituto de Conservação Getty e à Sociedade de Conservação San Antonio por organizar e patrocinar o Simpósio

Interamericano sobre a Autenticidade e que as autoridades da cidade de San Antonio, Texas, possam ser reconhecidas por sua hospitalidade durante a nossa reunião e por suas realizações na preservação do patrimônio desta bela cidade.

b) Que seja estabelecido um processo seja estabelecido que vai ajudar a definir e proteger a autenticidade dos legados materiais da nossa herança cultural diversa e que vai levar ao reconhecimento de uma ampla gama de recursos significativos através da avaliação abrangente e específico de valor cultural, o contexto administrativo e a história do local. A Carta de Burra e suas diretrizes operacionais podem servir de modelo para este processo. Tal processo deve incluir mecanismos de gestão que garantam a participação de todos os grupos interessados. Representantes especialistas individuais de um vasto leque de disciplinas e interesses, todos os grupos relevantes no processo e outras pessoas interessadas ou afetadas devem ser incluídos no processo de determinação de significância e tratamentos em um local do patrimônio gestão.

c) Que ainda sejam tidas em consideração as provas de autenticidade para que os indicadores sejam identificados para tal determinação de uma forma que todos os valores significativos no sítio sejam estabelecidos. A seguir estão alguns exemplos de indicadores:

i. **Reflexão do valor verdadeiro.** Isto é, se o recurso permanece na condição de a sua criação e reflete toda a sua significativa história.

ii. **Integridade.** Ou seja, se o sítio é fragmentado; o quanto está faltando, e quais são as recentes adições.

iii. **Contexto.** Isto é, se o contexto e/ou o ambiente correspondem aos originais ou outros períodos de significância; e se aumentam ou diminuem o significado.

iv. **Identidade.** Ou seja, se a população local se identifica com o sítio, e cuja identidade o sítio reflete.

v. **Uso e função.** Ou seja, os padrões tradicionais de uso que têm caracterizado o site.

d) Que, dada à natureza abrangente do patrimônio cultural, os princípios existentes contidos em todas as cartas e declarações pertinentes sejam consolidados como parte do desenvolvimento de uma abordagem global e orientação para a prática da conservação do patrimônio. Estas devem incluir a Carta de Veneza, as Diretrizes Arqueológicas da UNESCO 1965, a Carta de Burra, a Declaração de Oaxaca, a Carta de Florença, a Carta Washington, o Documento de Nara, a Carta de Brasília, esta Declaração de San Antonio, etc.

## **2. Recomendações do Grupo de Arquitetura e Urbanismo:**

a) Que o reconhecimento adequado a ser dado aos valores inerentes à diversidade cultural dos nossos centros históricos urbanos.

b) Que sejam estabelecidos programas para desenvolver uma maior consciência entre os muitos grupos culturais e sua multiplicidade de valores.

c) Que através de programas de sensibilização adicionais e educacionais, autoridades governamentais e grupos de manejo estejam cientes do papel dos valores sociais e culturais a serem protegidos na autenticidade dos edifícios e sítios.

d) Que os processos flexíveis e abertos para consulta e mediação sejam instituídos a nível local, a fim de identificar valores comuns e outros aspectos de significado cultural em zonas urbanas históricas.

e) Visto que distritos urbanos e vilas históricas é um tipo de paisagem cultural, que muitas das recomendações emitidas pelo Grupo de Paisagem Cultural também sejam aplicada a este setor do patrimônio.

## **3. Recomendações do Grupo de Sítios Arqueológicos:**

a) Que seja dada mais atenção à autenticidade em sítios arqueológicos por parte do ICOMOS. Talvez por causa da composição dos

membros do ICOMOS, não houve preocupação suficiente para este setor do patrimônio nas Américas.

b) Que seja feita uma análise mais dedicada em relação à autenticidade, podendo ter atividades como a estabilização, consolidação, construção de abrigos de proteção, etc.

c) Que essa documentação descritiva e precisa seja uma exigência absoluta em todo o trabalho arqueológico. Como os sítios são escavados, eles estão esgotados de informação, como livros cujas páginas desaparecem. A interpretação não é controlável, mas o registro é. O registro arqueológico deve ser verdadeiro e confiável - em outras palavras, autêntico, objetivo e rigoroso.

d) Que todas as intervenções e escavações em sítios arqueológicos sejam sempre acompanhadas de implementação de um plano de conservação e de proteção permanente.

e) Que a autenticidade da evidência arqueológica seja dada uma proteção adequada quando os sítios são ameaçados pela invasão urbana ou pelas obras civis, como a construção de estradas.

f) Que essa autenticidade seja protegida antes da inundação artificial e construção de barragens através da documentação exaustiva para a área, com técnicas de salvamento apropriadas para a evidência arqueológica e seguido pela publicação dos resultados.

g) Que se os locais escavados não forem devidamente atendidos e gerenciados, medidas de conservação - como o sítio de reenterro - sejam consideradas para garantir que algum nível de autenticidade seja mantido através dos tempos.

h) Que uma grande parte da autenticidade de um sítio arqueológico reside nos vestígios arqueológicos enterrados com o preenchimento não perturbado e, como tal, deve ser minimamente escavado por arqueólogos, apenas na medida necessária para determinar a significância do sítio.

i) Que alguns sítios arqueológicos ainda são considerados sagrados pelos descendentes dos criadores dos sítios e, como tal, deve ser minimamente perturbado, ou não incomodado, por arqueólogos ou desenvolvimento.

#### **4. Recomendações do Grupo de Paisagens Culturais:**

a) Que os processos de negociação sejam estabelecidos para mediar entre os diferentes interesses e valores dos muitos grupos que possuem ou vivem em paisagens culturais.

b) Visto que as paisagens culturais são complexas e dinâmicas, que o processo de determinação e de proteção da autenticidade seja suficientemente flexível para incorporar esta qualidade dinâmica.

c) Que o conceito de desenvolvimento sustentável e sua relação com a gestão das paisagens culturais seja definido de modo a incluir as preocupações econômicas, sociais, espirituais e culturais.

d) Que a conservação das paisagens culturais procurem um equilíbrio entre os recursos naturais e culturais significativos.

e) Que as necessidades e valores das comunidades locais ser levado em consideração quando o futuro das paisagens culturais está sendo determinado.

f) Que mais trabalho seja feito em legislação apropriada e metodologias de planejamento governamentais para proteger os valores associados a paisagens culturais.

g) Visto que a conservação da autenticidade das paisagens culturais do caráter geral e tradições, tais como padrões, formas de uso do solo e valor espiritual do sítio podem ter precedência sobre os aspectos materiais e de design, que uma clara relação entre valores e da prova de autenticidade seja estabelecida.

h) Que as avaliações multidisciplinares de peritos tornem-se um requisito para a determinação da autenticidade das paisagens culturais e

que tais grupos de peritos incluam cientistas sociais que possam articular com precisão os valores das comunidades locais.

i) Que a autenticidade das paisagens culturais seja protegida antes de grandes mudanças no uso da terra e para a construção de grandes projetos públicos e privados, ao exigir que as autoridades responsáveis e organizações de financiamento para realização de estudos de impacto ambiental que conduzam à mitigação de impactos negativos sobre a paisagem e os valores tradicionais associados a esses sítios.

## **5. Recomendações sobre o Documento de Nara**

Que os comentários anexados sobre o Documento de Nara sejam considerados em todos os documentos e orientações internacionais, como um reflexo da definição, prova e proteção da autenticidade do Patrimônio Cultural das Américas.

### **ANEXO À DECLARAÇÃO DE SAN ANTONIO COMENTÁRIO SOBRE O DOCUMENTO NARA**

Resultante de discussões entre os participantes do Simpósio Interamericano sobre Autenticidade na Conservação e Gestão do Patrimônio Cultural, organizado pelo ICOMOS/EUA, o Instituto de Conservação Getty e à Sociedade de Conservação San Antonio: San Antonio, Texas, março 27-30, 1996.

Em primeiro lugar, os participantes do Simpósio alargam as suas felicitações ao comitê de redação do Documento de Nara por essa contribuição importante e oportuna para o campo da proteção do patrimônio cultural. Reconhecemos, também, que este documento foi discutido e aprovado pelos participantes no Documento de Nara, e que, como tal, não está sujeita a alterações. No entanto, porque ele foi disponibilizado para a comunidade global de conservação para estudo e discussão, é importante que a sua relevância para o patrimônio cultural das Américas sejam analisado. É nesse espírito que esses comentários são oferecidos:

## INTRODUÇÃO

O Prefácio dos Estados do Documento de Nara,

*"Os peritos consideraram que um diálogo ampliado em diferentes regiões do mundo e entre grupos de especialistas envolvidos com a diversidade do patrimônio cultural foi essencial para refinar ainda mais o conceito e aplicação de autenticidade no que se refere ao patrimônio cultural. Tal diálogo em curso será encorajado pelo ICOMOS, pelo ICCROM, e do Centro do Patrimônio Mundial, e será levado ao conhecimento do Comitê conforme o caso".*

De acordo com esta recomendação, o ICOMOS/EUA assumiu o desafio de organizar uma reunião de Presidentes, Delegados e Membros dos comitês do ICOMOS das Américas para montar em San Antonio, Texas, considerações sobre as definições e aplicabilidade de autenticidade para a conservação e gestão do patrimônio em suas regiões. Uma das tarefas assumidas pelo grupo foi uma revisão cuidadosa dos artigos do Documento de Nara, com a finalidade de examinar se o ponto de vista americano está muito bem representado no documento.

Foi reconhecido por todos os presentes que o Documento de Nara representa trabalho diplomático e substantivo considerável por parte dos indivíduos envolvidos no seu desenvolvimento. Os participantes do simpósio de San Antonio com o grupo de Nara que o assunto é fundamental para o trabalho de preservação ao redor do mundo, e sua definição mais estreita e compreensão mais completa é de profunda e oportuna importância para a comunidade profissional. Acreditava-se também que, enquanto o Documento de Nara estava focado nas necessidades de execução da Convenção do Patrimônio Mundial, pela sua própria natureza, o documento vai encontrar uma aplicação mais ampla. Portanto, alguns de nossos comentários podem abordar seu sentido mais amplo. Enquanto o Documento de Nara, certamente, encontrar um lugar na interpretação da Convenção do Patrimônio Mundial e para as aplicações de outras orientações, foi sentida pelo grupo em San Antonio que várias questões de fundo que vieram à tona sejam úteis para antecipar o

ICOMOS no fórum da Assembléia Geral ICOMOS em Sófia, Bulgária, em Outubro de 1996 e ao Comitê do Patrimônio Mundial.

## **DISCUSSÃO DO DOCUMENTO**

Em geral, o grupo acredita que o Documento de Nara é uma boa discussão articulada de questões complexas, apesar da dificuldade em acompanhar de perto o Inglês e as versões francesas. Em vários artigos [Artigos 6 , 12 e 13] , o texto Inglês parece fraco em comparação com o francês , e o significado dos dois textos não corresponde exatamente, o que torna difícil determinar qual o significado reflete a real intenção dos autores. As observações sobre este ponto foram feitas com o entendimento de que o documento tinha sido produzido sob pressões de tempo desafiadoras e que algumas revisões de linguagem ainda estão em andamento.

Mais especificamente, seis dos artigos foram vistos para apresentar oportunidades para uma discussão mais aprofundada no contexto das preocupações dos Comitês Nacionais do ICOMOS das Américas e da natureza do nosso patrimônio cultural.

### **ARTIGO 1**

Os participantes do Simpósio Interamericano acreditam que nas Américas o conceito de participação da comunidade local e as partes interessadas devem ser mais forte do que o texto implica, de modo que eles sejam envolvidos em todos os processos, desde o início. Ao identificar as etapas para esse envolvimento, o Documento de Nara exclui a comunidade local, por exemplo, do processo de identificação.

### **ARTIGO 4**

O grupo de San Antonio acredita que, nas Américas, e talvez em outros lugares, o uso das palavras "nacionalismo" e "minorias" são inadequadas, pois eles não cobrem o caso bastante comum neste hemisfério, onde uma minoria dentro de uma nação pode ser mais influente



e impor os seus valores culturais sobre maiores, mesmo os grupos majoritários, tudo dentro de uma identidade nacional comum.

Além disso, o conceito foi avançado que este artigo omite um mecanismo importante na busca da identidade cultural nas Américas, que é a reatribuição de valores perdidos ou novos para as tradições culturais enfraquecidas e patrimônio, especialmente as associadas com o patrimônio do nativo americano.

### **ARTIGO 5**

Houve discussão em San Antonio para saber se este artigo retoma uma característica muito importante das Américas, que é a coexistência próxima de grupos culturais muito diferentes, incluindo, em casos extremos, a proximidade das sociedades pós-industriais, altamente técnicos com tribos nômades que vivem em estreita interação com o ambiente natural. Pensou-se que esta convivência precisa ser reconhecida e respeitada em todo processo de conservação.

### **ARTIGO 8**

A responsabilidade pelo patrimônio cultural e pela sua gestão pertence, em primeiro lugar, à comunidade cultural que o gerou e, posteriormente, ao que se preocupa com isso. No entanto, para além destas responsabilidades, a adesão às cartas e convenções internacionais desenvolvidas para a conservação do patrimônio cultural também implica a consideração dos princípios e responsabilidades que delas decorrem. Equilibrar as suas próprias necessidades com as de outras comunidades culturais é, para cada comunidade, altamente desejável, desde que alcançar esse equilíbrio não põe em causa os seus valores culturais fundamentais.

A primeira frase deste artigo,

*É importante sublinhar um princípio fundamental da UNESCO, no sentido de que o património cultural de cada um é o património cultural de todos.*

Reflete uma ideia importante dentro do contexto do Patrimônio Mundial, mas o grupo sentiu fortemente que, em um contexto mais amplo da redacção pode facilmente levar a erros de interpretação séria. Em primeiro lugar, a afirmação "o patrimônio cultural de cada um é o patrimônio cultural de todos" poderia ser usada para apoiar a ideia de que as decisões sobre o patrimônio de uma nação poderia legitimamente ser feita por autoridades externas. A menos que o sítio ou monumento está na Lista do Patrimônio Mundial, isso foi visto como uma possibilidade inadequada que minou a soberania. Em segundo lugar, no outro extremo, esta afirmação também poderia ser usada para apoiar a abdicação da responsabilidade de uma nação para cuidar de seu patrimônio quando deveria.

Enquanto a segunda frase parece abordar esse ponto, a atual redacção da primeira frase enfraquece a sua força:

*A responsabilidade pelo patrimônio cultural e pela sua gestão pertence, em primeiro lugar para a comunidade cultural que o gerou e, posteriormente, ao que se preocupa com isso.*

O grupo de San Antonio acredita que no local em que a comunidade criou o patrimônio ainda é seu administrador ou detém uma participação na sua sobrevivência, deve ser responsável pelo seu cuidado. Onde o patrimônio passasse a exploração comum de uma nação onde está, a nação deve assumir a responsabilidade. Aqui, novamente, o problema pode estar na tradução.

A última frase do artigo 8º,

*Equilibrar as suas próprias necessidades com as de outras comunidades culturais de cada comunidade é altamente desejável, desde que alcançar esse equilíbrio não põe em causa os seus valores culturais fundamentais.*

Também é problemática, na sua redacção actual, porque a identificação dos "valores culturais fundamentais" não é possível nem desejável neste contexto.

## **ARTIGO 10**

Pensou-se que este texto não reflete inteiramente as preocupações das Américas, porque não afirma diretamente que no entendimento da autenticidade é fundamental para reconhecer a natureza dinâmica dos valores culturais e que para ganhar tal entendimento estático e critérios inflexíveis deve ser evitada.

## **ARTIGO 11**

Os participantes acreditam que este artigo carece de clareza e ênfase necessária que poderia ter sido fornecida por uma reiteração em sua última frase da definição do que constitui o contexto cultural: a) que o criou; b) que a que atualmente pertence; e c) o contexto cultural mais amplo na medida do possível.

### **THE DECLARATION OF SAN ANTONIO<sup>[2]</sup>**

We, the presidents, delegates and members of the ICOMOS National Committees of the Americas, met in San Antonio, Texas, United States of America, from the 27th to the 30th of March, 1996, at the InterAmerican Symposium on Authenticity in the Conservation and Management of the Cultural Heritage to discuss the meaning of authenticity in preservation in the Americas. We did so in response to the call issued by the Secretary General of ICOMOS for regional participation in the international debate on the subject.

#### **A. BACKGROUND**

For the past twelve months, members of the ICOMOS National Committees of the Americas have studied, read and discussed the documents produced in 1994 by the meetings of specialists on authenticity in Bergen, Norway, and Nara, Japan, as well as other pertinent documents. In preparation for the assembly in San Antonio, each National Committee prepared and submitted a National Position Paper that summarized the results of its own national or regional findings.

#### **B. CONSIDERATIONS AND ANALYSIS**

Having discussed the nature, definition, proofs, and management of authenticity in relation to the architectural, urban, archaeological and cultural

landscape heritage of the Americas in an assembly that was open to members of all the ICOMOS National Committees of the Americas and to preservation organizations from the regions, we issue the following summary of our findings and recommendations:

### **1. Authenticity and Identity**

The authenticity of our cultural heritage is directly related to our cultural identity. The cultures and the heritage of the Americas are distinct from those of other continents because of their unique development and influences. Our languages, our societal structures, our economic means, and our spiritual beliefs vary within our continent, and yet, there are strong common threads that unify the Americas. Among these is our autochthonous heritage, which has not been entirely destroyed in spite of the violence of the Conquest Era and a persistent process of acculturation; the heritage from the European colonizers and the African slavery that together have helped build our nations; and finally, the more recent contribution of European and Asian immigrants who came searching for a dream of freedom and helped to consolidate it. All these groups have contributed to the rich and syncretic pluriculturalism that makes up our dynamic continental identity.

Because cultural identity is at the core of community and national life, it is the foundation of our cultural heritage and its conservation. Within the cultural diversity of the Americas, groups with separate identities co-exist in the same space and time and at times across space and time, sharing cultural manifestations, but often assigning different values to them. No nation in the Americas has a single national identity; our diversity makes up the sum of our national identities.

The authenticity of our cultural resources lies in the identification, evaluation and interpretation of their true values as perceived by our ancestors in the past and by ourselves now as an evolving and diverse community. As such, the Americas must recognize the values of the majorities and the minorities without imposing a hierarchical predominance of any one culture and its values over those of others.

The comprehensive cultural value of our heritage can be understood only through an objective study of history, the material elements inherent in the tangible heritage, and a deep understanding of the intangible traditions associated with the tangible patrimony.

When taking into account the value of heritage sites as related to cultural identity, the Americas face the global problem of cultural homogenization, which tends to dilute and erase local values in favor of those that are being advanced universally, often as stereotyped illusions with commercial ends. This weakens the role of heritage sites. While we accept the importance of traditional values as an instrument in ethnic and national identity, we reject their use to promote exacerbated nationalism and other conflicting attitudes that would lead our continent away from mutual respect and a permanent peace.

## **2. Authenticity and History**

An understanding of the history and significance of a site over time are crucial elements in the identification of its authenticity. The understanding of the authenticity of a heritage site depends on a comprehensive assessment of the significance of the site by those who are associated with it or who claim it as part of their history. For this reason, it is important to understand the origins and evolution of the site as well as the values associated with it. Variations in the meaning and values of a site may at times be in conflict, and while that conflict needs to be mediated, it may, in fact, enrich the value of the heritage site by being the point of convergence of the values of various groups. The history of a site should not be manipulated to enhance the dominant values of certain groups over those of others.

## **3. Authenticity and Materials**

The material fabric of a cultural site can be a principal component of its authenticity. As emphasized in Article 9 of the Venice Charter, the presence of ancient and original elements is part of the basic nature of a heritage site. The Charter also indicates that the material elements of our tangible cultural heritage are bearers of important information about our past and our identity. Those messages include information about a site's original creation as well as the layered messages that resulted from the interaction between the resource and new and diverse cultural circumstances. For these reasons, those materials and their setting need to be identified, evaluated and protected. In the case of cultural landscapes, the importance of material fabric must be weighed along with the immaterial distinctive character and components of the site.

Over time, heritage sites have come to possess a testimonial value -- which may be aesthetic, historic or otherwise -- that is readily evident to most of society. In addition to the testimonial value, there are less evident documentary values that require an understanding of the historic fabric in order to identify their meaning and their message. Since the documentary value responds to evolving questions posed by the community over time, it is important that the material evidence, defined in terms of design, materials, manufacture, location, and context be

preserved in order to retain its ability to continue to manifest and convey those concealed values to present and future generations.

The degree to which documented missing elements are replaced as part of restoration treatments varies within the Americas in accordance to the cultural characteristics of each country. Some national policies indicate that what is lost can only be part of our memory and not of our heritage. Elsewhere, policies encourage the replacement of fully documented elements in facsimile form in order to re-establish the site's full significance. Nevertheless, we emphasize that only the historic fabric is authentic, and interpretations achieved through restoration are not; they can only authentically represent the meaning of a site as understood in a given moment. Furthermore, we universally reject the reliance on conjecture or hypotheses for restoration.

Apart from the above, there are important sectors of our patrimony that are built of perishable materials that require periodic replacement in accordance with traditional crafts to ensure continued use. Similarly, there are heritage sites built of durable materials but that are subject to damage caused by periodic natural catastrophes, such as earthquakes, floods and hurricanes. In these cases, we also assert the validity of using traditional techniques for their repair, especially when those techniques are still in use in the region, or when more sophisticated approaches would be economically prohibitive.

We recognize that in certain types of heritage sites, such as cultural landscapes, the conservation of overall character and traditions, such as patterns, forms and spiritual value, may be more important than the conservation of the physical features of the site, and as such, may take precedence. Therefore, authenticity is a concept much larger than material integrity and the two concepts must not be assumed to be equivalent or consubstantial.

#### **4. Authenticity and Social Value**

Beyond the material evidence, heritage sites can carry a deep spiritual message that sustains communal life, linking it to the ancestral past. This spiritual meaning is manifested through customs and traditions such as settlement patterns, land use practices, and religious beliefs. The role of these intangibles is an inherent part of the cultural heritage, and as such, their link to the meaning of the tangible elements of the sites must be carefully identified, evaluated, protected and interpreted.

The goal of preserving memory and its cultural manifestations must be approached by aiming to enrich human spirituality, beyond the material aspect. Historic research and surveys of the physical fabric are not enough to identify the full significance of a heritage site, since only the concerned communities that have

a stake in the site can contribute to the understanding and expression of the deeper values of the site as an anchor to their cultural identity.

In cultural landscapes, including urban areas, the process of identifying and protecting social value is complex because so many separate interest groups may be involved. In some cases, this situation is further complicated because the traditional indigenous groups that once protected and developed the sites are now adopting new and at times conflicting values that spring from the market economy, and from their desire for more social and economic integration in the national life. We recognize that sustainable development may be a necessity for those who inhabit cultural landscapes, and that a process for mediation must be developed to address the dynamic nature of these sites so that all values may be properly taken into account. We also recognize that in some cases, there may be a hierarchy of values that is related to the stake of some groups in a site.

### **5. Authenticity in dynamic and static sites**

The heritage of the Americas includes dynamic cultural sites that continue to be actively used by society, as well as static sites such as archaeological sites no longer used by the descendants of their builders. These two types of sites have differing natures; and their conservation needs, the determination of their authenticity, and their interpretation vary according to their character.

Dynamic cultural sites, such as historic cities and landscapes, may be considered to be the product of many authors over a long period of time whose process of creation often continues today. This constant adaptation to human need can actively contribute to maintaining the continuum among the past, present and future life of our communities. Through them our traditions are maintained as they evolve to respond to the needs of society. This evolution is normal and forms an intrinsic part of our heritage. Some physical changes associated with maintaining the traditional patterns of communal use of the heritage site do not necessarily diminish its significance and may actually enhance it. Therefore, such material changes may be acceptable as part of on-going evolution.

Static cultural sites include those valued as the concluded work of a single author or group of authors and whose original or early message has not been transformed. They are appreciated for their aesthetic value, or for their significance in commemorating persons and events important in the history of the community, the nation, or the world. In these sites, which are often recognized as monumental structures, the physical fabric requires the highest level of conservation in order to limit alterations to their character.

Another type of site that may be static is the archaeological site whose active communal and social purpose have faded or even ceased. For a variety of reasons, the descendants of the original creators and traditional inhabitants have lost their direct link to the physical fabric of the site, thereby also weakening their ability to perceive and interpret the site's meaning and value. Because the pre-European cultures of the Americas lacked writing, the most direct link to that past lies in the material evidence of the archaeological sites, with the added complication that the information that they offer is incomplete and at times random. The authenticity of archaeological sites is non-renewable. It resides in its material elements and their context, that is, the relationship of the structures and objects among themselves and with the physical surroundings. Authenticity can be destroyed when the context of the site is not properly documented, when layers are eliminated to reach deeper ones, when total excavation is undertaken and when the findings are not rigorously and broadly disseminated. For these reasons, witnesses of the original stratigraphy must be maintained so that future generations may analyze them with more sophisticated techniques than those in existence today.

Only through study, publication and research of the physical evidence can these sites and their objects once again manifest their values and re-establish their links to our present cultural identity. However, the interpretation of the sites can authentically reflect only fluctuating interests and values, and in itself, interpretation is not inherently authentic, only honest and objective. For these reasons, the intactness of the physical evidence in its entirety demands the most thorough documentation, protection and conservation so that objectivity of interpretation may respond to new information derived from that fabric.

Regardless of the type of site, contemporary treatments must rescue the character of all cultural resources without transforming their essence and balance. New elements must be harmonious with the character of the whole.

## **6. Authenticity and Stewardship**

The heritage of the Americas is characterized by very heterogeneous patterns of ownership and stewardship. While many sites are properly protected by their stewards, at times some sites are under the jurisdiction of local authorities that lack the ability to determine properly the comprehensive value of the sites or the appropriate treatments for their conservation. Other times, the original inhabitants



who created and cared for a cultural site have been replaced by new populations that have little or no cultural affinity for the site and place little or no value in it, leading to its abandonment and decay. This situation urgently demands that the proper national and local authorities and the present owners, stewards and inhabitants be made fully aware of the value that other majority and minority sectors of the population may have for the site. Both the communities and the constituted authorities must be provided the means for the correct knowledge and evaluation of the heritage, its protection and conservation, and the promotion of its artistic and spiritual enjoyment, as well as its educational use.

### **7. Authenticity and Economics**

The authenticity of heritage sites lies intrinsically in their physical fabric, and extrinsically on the values assigned to them by those communities who have a stake in them. Tourists constitute one of those groups that values the site and has an interest in its meaning and conservation.

Since cultural tourism is often a substantial source of revenue for local and national economies, its development is acceptable, as originally formulated in the Norms of Quito. Nevertheless, the limited values that tourists may place on a site and the economic concerns for tourism revenue cannot be allowed to be the overriding criterion in a site's conservation and interpretation. This is especially true when the authenticity of fabric and its context, and of the site's broader values and message are altered, diminished, or threatened.

In the Americas, the authenticity of many archaeological sites has been compromised through reconstructions. In spite of their educational value, reconstructions aimed to promote tourism reduce the authenticity of such sites by involving new hands, new materials and new criteria, and by altering the appearance of the site.

Furthermore, within the framework of economic development, the problem of permanently poor populations remains a critical factor in the urban cores of many historic cities of the Americas. Bringing about an awareness of the cultural value of the urban heritage on the part of these poor sectors cannot be achieved without a comprehensive approach to solve their marked material and social marginality.

### **C. RECOMMENDATIONS**

Given all of the above considerations, we the Presidents of the ICOMOS National Committees of the Americas hereby offer for discussion at the General Assembly in Sofia the following general recommendations as well as the specific discussion group recommendations that emerged from the extensive discussions held in San Antonio by the participants in the InterAmerican Symposium on Authenticity in the Conservation and Management of the Cultural Heritage. Furthermore, we recognize and commend the Nara Document as a valuable instrument for discussion, but find it incomplete and, therefore, endorse the appended commentaries on the Nara Document based on the needs we have identified relating to the heritage of the Americas:

### **1. General recommendations:**

a) That our appreciation be conveyed to the members of US/ICOMOS, to the Getty Conservation Institute and the San Antonio Conservation Society for organizing and sponsoring the InterAmerican Symposium on Authenticity, and that the authorities of the City of San Antonio, Texas, be recognized for their hospitality during our meeting and for their accomplishments in preserving the heritage of this beautiful historic city.

b) That a process be established that will help to define and protect authenticity in the material legacies of our diverse cultural heritage, and that will lead to the recognition of a broad range of significant resources through the comprehensive and specific evaluation of cultural value, the administrative context, and the history of the site. The Burra Charter and its operational guidelines may serve as a model for this process. Such a process should include management mechanisms that will ensure the involvement of all concerned groups. Individual experts representative of a broad range of disciplines and interests, all relevant groups in the process and other interested or affected parties must be included in the management process of determination of significance and treatments in a heritage site.

c) That further consideration be given to the proofs of authenticity so that indicators may be identified for such a determination in a way that all significant values in the site may be set forth. The following are some examples of indicators:

i. **Reflection of the true value.** That is, whether the resource remains in the condition of its creation and reflects all its significant history.

ii. **Integrity.** That is, whether the site is fragmented; how much is missing, and what are the recent additions.

iii. **Context.** That is, whether the context and/or the environment correspond to the original or other periods of significance; and whether they enhance or diminish the significance.

iv. **Identity.** That is, whether the local population identify themselves with the site, and whose identity the site reflects.

v. **Use and function.** That is, the traditional patterns of use that have characterized the site.

d) That given the comprehensive nature of the cultural heritage, the existing principles contained in all pertinent charters and declarations be consolidated as part of the development of a comprehensive approach and guideline to the practice of heritage conservation. These should include the Venice Charter, the 1965 UNESCO Archaeological Guidelines, the Burra Charter, the Declaration of Oaxaca, the Florence Charter, the Washington Charter, the Nara Document, the Charter of Brasilia, this Declaration of San Antonio, etc.

## **2. Recommendations of the Architecture and Urbanism Group**

a) That proper recognition be given to the values inherent in the cultural diversity of our historic urban centers.

b) That programs be established to develop a greater awareness among the many cultural groups of their multiplicity of values.

c) That through additional awareness and educational programs, governmental authorities and stewardship groups be made aware of the role of social and cultural values in protecting the authenticity of buildings and sites.

d) That flexible and open processes for consultation and mediation be instituted at the local level in order to identify communal values and other aspects of cultural significance in historic urban districts.

e) Since historic urban districts and towns are a type of cultural landscape, that many of the recommendations issued by the Cultural Landscapes Group also be applied to this sector of the heritage.

### **3. Recommendations of the Archaeological Sites Group**

a) That more attention be paid to authenticity in archaeological sites on the part of ICOMOS. Perhaps because of the membership composition of ICOMOS, there has not been enough concern for this heritage sector in the Americas.

b) That more analysis be dedicated to the relationship authenticity might have to such activities as stabilization, consolidation, construction of protective shelters, etc.

c) That descriptive and accurate documentation be an absolute requirement in all archaeological work. As sites are excavated, they are depleted of information, like books whose pages disappear. Interpretation is not controllable, but the record is. The archaeological record must be truthful and reliable -- in other words, authentic, objective and rigorous.

d) That all interventions and excavations in archaeological sites always be accompanied by implementation of a conservation and permanent protection plan.

e) That the authenticity of archaeological evidence be given proper protection when sites are threatened by urban encroachment or by civil works, such as road construction.

f) That authenticity be protected prior to artificial flooding and the construction of dams through the exhaustive documentation of the area, with appropriate rescue techniques for the archaeological evidence, and followed by the publication of the results.

g) That if excavated sites are not properly attended to and managed, conservation measures -- such as site re-burial -- must be considered to ensure that some level of authenticity is maintained through the ages.

h) That a large part of the authenticity of an archaeological site resides in the undisturbed buried archaeological remains of the fill, and as such, should be minimally excavated by archaeologists, only to the extent necessary to determine the significance of the site.

i) That some archaeological sites are still held to be sacred by the descendants of the creators of the site, and as such, should be minimally disturbed, or not disturbed at all, by archaeologists or development.

#### **4. Recommendations of the Cultural Landscapes Group**

a) That processes of negotiation be established to mediate among the different interests and values of the many groups who own or live in cultural landscapes.

b) Since cultural landscapes are complex and dynamic, that the process of determining and protecting authenticity be sufficiently flexible to incorporate this dynamic quality.

c) That the concept of sustainable development and its relationship to the management of cultural landscapes be defined in order to include economic, social, spiritual and cultural concerns.

d) That the conservation of cultural landscapes seek a balance between the significant natural and cultural resources.

e) That the needs and values of the local communities be taken into consideration when the future of cultural landscapes is being determined.

f) That further work be done on appropriate legislation and governmental planning methodologies to protect the values associated with cultural landscapes.

g) Since in conserving the authenticity of cultural landscapes the overall character and traditions, such as patterns, forms, land use and spiritual value of the

site may take precedence over material and design aspects, that a clear relationship between values and the proof of authenticity be established.

h) That expert multi-disciplinary assessments become a requirement for the determination of authenticity in cultural landscapes, and that such expert groups include social scientists who can accurately articulate the values of the local communities.

i) That the authenticity of cultural landscapes be protected prior to major changes in land use and to the construction of large public and private projects, by requiring responsible authorities and financing organizations to undertake environmental impact studies that will lead to the mitigation of negative impacts upon the landscape and the traditional values associated with these sites.

## **5. Recommendations Regarding the Nara Document**

That the attached commentaries on the Nara Document be considered in all international documents and guidelines as a reflection of the definition, proof and protection of the authenticity of the Cultural Heritage of the Americas.

### **ATTACHMENT TO THE DECLARATION OF SAN ANTONIO**

#### **COMMENTARY ON THE NARA DOCUMENT**

Resulting from discussions among the participants in the InterAmerican Symposium on Authenticity in the Conservation and Management of the Cultural Heritage, organized by US/ICOMOS, The Getty Conservation Institute and the San Antonio Conservation Society: San Antonio, Texas, March 27-30, 1996.

First and foremost, the Symposium participants extend their congratulations to the drafting committee of the Nara Document for this important and timely contribution to the field of cultural heritage protection. We also recognize that this Document was discussed and approved by the participants in the Nara Document and that, as such, it is not subject to change. However, because it has been made available to the global conservation community for study and discussion, it is important that its relevance to the cultural heritage of the Americas be analyzed. It is in that spirit that these comments are offered:

#### **INTRODUCTION**

The Preface to the Nara Document states,

*"The experts considered that an expanded dialogue in different regions of the world and among specialist groups concerned with the diversity of cultural heritage was essential to further refine the concept and application of authenticity as it relates to cultural heritage. Such on-going dialogue will be encouraged by ICOMOS, ICCROM, and the World Heritage Centre, and will be brought to the Committee's attention as appropriate."*

In keeping with this recommendation, US/ICOMOS took on the challenge to organize a meeting of presidents, delegates and members of the ICOMOS committees from the Americas to assemble in San Antonio, Texas, to consider the definitions and applicability of authenticity to the conservation and management of heritage in their regions. One of the tasks taken up by the group was a careful review of the articles of the Nara Document, for the purpose of examining whether the American point of view is fully represented in the document.

It was acknowledged by all present that the Nara Document represents considerable diplomatic and substantive work on the part of the individuals involved in its development. The participants in the San Antonio symposium concur with the Nara group that the subject is central to preservation work around the world, and its closer definition and more thorough understanding is of profound and timely importance to the professional community. It was also believed that while the Nara Document is focused on the needs for implementing the World Heritage Convention, by its very nature, the Document will find a broader application. Therefore, some of our comments may address its broader sense. While the Nara Document will certainly find a place in the interpretation of the World Heritage Convention and to the applications of other guidelines, it was felt by the group in San Antonio that several substantive issues that surfaced could usefully be brought forward to ICOMOS in the forum of the ICOMOS General Assembly in Sofia, Bulgaria, in October 1996 and to the World Heritage Committee.

## **DISCUSSION OF THE DOCUMENT**

In general, the group believes that the Nara Document is a good articulate discussion of complex issues, in spite of the difficulty in closely tracking the English and French versions. In several articles [Articles 6, 12, and 13], the English text appears weak in comparison to the French, and the meaning of the two texts does not correspond exactly, making it difficult to determine which meaning reflects the real intention of the authors. The comments on this point were made with the understanding that the document had been produced under challenging time pressures and that some language revisions are still under way.

More specifically, six of the articles were seen to present opportunities for further discussion within the context of the concerns of the ICOMOS National Committees of the Americas and the nature of our cultural heritage.

#### **ARTICLE 1**

The participants at the InterAmerican Symposium believes that in the Americas the concept of participation by the local community and stakeholders needs to be stronger than the text implies in order that they be involved in all processes from the beginning. By identifying the stages for such involvement, the Nara Document excludes the local community, for instance, from the identification process.

#### **ARTICLE 4**

The San Antonio group believes that in the Americas, and perhaps elsewhere, the use of the words "nationalism" and "minorities" are inappropriate, for they do not cover the rather common case in this hemisphere where a minority within a nation may be more influential and impose its cultural values over larger, even majority groups, all within a shared national identity.

Also, the concept was advanced that this article omits one important mechanism in the search for cultural identity in the Americas, which is the re-assignment of lost or new values for weakened cultural traditions and heritage, especially those associated with the native American patrimony.

#### **ARTICLE 5**



There was discussion in San Antonio as to whether this Article incorporates a very important characteristic of the Americas, which is the close coexistence of vastly differing cultural groups, including, in extreme cases, the close proximity of post-industrial, highly technical societies with nomadic tribes who live in close interaction with the natural environment. It was thought that this coexistence needs to be acknowledged and respected throughout the conservation process.

## ARTICLE 8

Responsibility for cultural heritage and the management of it belongs, in the first place, to the cultural community that generated it, and subsequently to that which cares for it. However, in addition to these responsibilities, adherence to the international charters and conventions developed for conservation of cultural heritage also obliges consideration of the principles and responsibilities flowing from them. Balancing its own requirements with those of other cultural communities is, for each community, highly desirable, provided achieving this balance does not undermine their fundamental cultural values.

The first sentence in this article,

*It is important to underline a fundamental principle of UNESCO, to the effect that the cultural heritage of each is the cultural heritage of all.* Reflects an important idea within the World Heritage context, but the group felt strongly that in a broader context the wording could easily lead to serious misinterpretation. First, the statement "*the cultural heritage of each is the cultural heritage of all*" could be used to support the idea that decisions over the heritage of a nation could rightfully be made by outside authorities. Unless the site or monument is on the World Heritage List, this was seen as an inappropriate possibility that undermined sovereignty. Second, at the other extreme, this statement could also be used to support the abdication of responsibility of a nation to care for its heritage when it should.

While the second sentence would appear to address that point, the current wording of the first sentence weakens its strength:

*Responsibility for cultural heritage and the management of it belongs, in the first place to the cultural community that has generated it and subsequently, to that which cares for it.*

The San Antonio group believes that where the community that created the heritage is still its steward or holds a stake in its survival, it should be responsible for its care. Where the heritage has passed into the common holding of a nation where it stands, the nation must take responsibility. Here again, the problem may lie in the translation.

The last sentence in Article 8,

*Balancing their own requirements with those of other cultural communities is for each community highly desirable, provided achieving this balance does not undermine their fundamental cultural values.*

Is also problematic in its current wording, because the identification of "*fundamental cultural values*" is not possible or desirable in this context.

#### **ARTICLE 10**

It was thought that this text does not fully reflect the concerns of the Americas because it does not directly state that in the understanding of authenticity it is crucial to acknowledge the dynamic nature of cultural values, and that to gain such understanding static and inflexible criteria must be avoided.

#### **ARTICLE 11**

The participants believe that this Article lacks needed clarity and emphasis that could have been provided by a reiteration in its last sentence of the definition of what the cultural context constitutes: **a) that which created it; b) that to which it currently belongs; and c) the broader cultural context to the extent possible.**

NOTAS:

[1] Texto traduzido por **Tauã Lima Verdan Rangel**. Bolsista CAPES. 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. 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.

[2] Versão original disponível em: . Acesso em 24 out. 2015.

## **ANÁLISE JURÍDICA DA EXIGÊNCIA DA REGULARIDADE FISCAL NA FASE DE HABILITAÇÃO NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

**VANESSA CAPISTRANO CAVALCANTE:**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada em Direito Administrativo e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Analista de Controle Externo - Atividade Jurídica e Assessora do Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Fortaleza/CE

**RESUMO:** O presente artigo é fruto de pesquisa no âmbito das licitações públicas e jurisprudência dos tribunais trazendo a lume discussão acerca da exigência da regularidade fiscal como pressuposto na fase de habilitação nas licitações públicas. Nesse esteio, sua escrita se delimitou na análise das noções conceituais e principiológicas no tocante às licitações públicas, bem como no que diz respeito à habilitação jurídica no procedimento. Trata-se de um trabalho singelo que, de forma alguma, busca exaurir ou trazer todas as respostas acerca da temática. Dessa forma, sua análise se dá mediante a exibição de dois entendimentos diametralmente opostos com suas respectivas argumentações defensivas. Nesse esteio, este breve escrito se propõe, preordenado a contribuir para o fomento de um debate, seja na seara acadêmica, seja na doutrinária e, principalmente, no âmbito dos Tribunais Superiores, onde brotam decisões que tenham enfrentado, direta ou indiretamente, a presente temática.

**PALAVRAS-CHAVE:** LICITAÇÕES PÚBLICAS. HABILITAÇÃO JURÍDICA. REGULARIDADE FISCAL.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Licitações Públicas. 1.1 Delimitação Conceitual. 1.2. Princípios Gerais e Específicos. 2. Habilitação Jurídica. 3. Da análise jurídica da exigência da regularidade fiscal na fase de habilitação no âmbito das licitações públicas. 3.1. Argumentos contrários a sua admissibilidade. 3.2. Argumentos Favoráveis a sua admissibilidade. 3.3 Entendimento dos tribunais superiores. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Licitação Pública pode ser definida como o ato administrativo formal por meio do qual o Poder Público busca selecionar a oferta mais vantajosa para a aquisição de bens ou prestação de serviços de modo a resguardar os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade e economicidade.

Nesse esteio, tem-se que a partir da publicação do instrumento convocatório é propiciada a participação de particulares no procedimento licitatório objetivando a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público. No entanto, mostra-se imperioso assegurar a habilitação do licitante - o que se faz pelas exigências delineadas no art. 27 da Lei 8.666/93 - no sentido de evitar gastos públicos com todo o procedimento para, ao final, o vencedor não possuir os requisitos necessários, tanto do ponto de vista econômico quanto técnico, como também não "premiar" o licitante inadimplente com suas obrigações tributárias.

A exigência da regularidade fiscal nesse sentido, trata-se de tema divergente ocasionando calorosos debates em sede doutrinária. Uma primeira corrente defende a constitucionalidade da exigência, principalmente, ao considerar injusta a possibilidade de relação jurídica benéfica com o Poder Público enquanto descumpra suas respectivas obrigações tributárias, bem como a manifestação do Constituinte Originário ao estabelecer que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público.

De outra banda, a exigência da regularidade fiscal nos moldes como foi realizada pela Lei 8.666/93, na qual esta é exigida mesmo com relação a entidade federativa diversa da qual se pretende firmar o futuro contrato administrativo, seria imposição dotada de flagrante desproporcionalidade, bem como configuraria forma de sanção política.

De tal forma, o presente trabalho objetiva aclarar os principais pontos de conflito entre as duas correntes diametralmente opostas de forma a expor as críticas e os pontos de vista de doutrinadores especialistas na área e o entendimento emanado dos Tribunais Superiores, mostrando, ademais, os principais argumentos levantados no debate em testilha.

## 1. Licitações públicas

Licitações públicas podem ser definidas como uma espécie de procedimento administrativo vinculado, conforme mandamento constitucional insculpido no art. 37, XXI, da Magna Carta, por meio do qual o Poder Público seleciona a melhor proposta entre as oferecidas pelos interessados objetivando a celebração de um contrato, sendo julgada e processada em consonância aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, entre outros.

### 1.1 Delimitação Conceitual.

As licitações públicas decorrem da necessidade lógica advinda do fato de que a Administração, buscando aquisição de bens e contratação serviços, almeja pela seleção da oferta mais vantajosa, de forma a resguardar o interesse público na escolha das melhores propostas - dentre tipos existentes no art. 45, §1º, da Lei 8.666/93<sup>[1]</sup> para se aferir o que seria "a melhor proposta" - despendendo a menor quantidade de recursos possíveis, respeitando-se todos os atos previstos em lei para tanto.

Por Celso Antônio Bandeira De Mello, o instituto é assim conceituado:

*Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e na qual abrem disputa entre os interessados e com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travado isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.<sup>[2]</sup>*

Em outras palavras, licitação pública pode ser definida como o certame no qual um conjunto de atos administrativos concatenados, em cenário isonômico e favorável a incutir a competitividade entre

interessados a contratar com a Administração, objetiva a seleção da proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Com efeito, Ronny Charles, assim se pronuncia:

*Licitação é o procedimento prévio de seleção por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato. Sendo um procedimento prévio à realização do contrato, a licitação tem como intuito permitir que se ofereçam propostas e que seja escolhida a mais interessante e vantajosa ao interesse público.<sup>[3]</sup>*

Outrora, existiram pensamentos estabelecendo que o contrato poderia ser definido como parte do procedimento licitatório. No entanto, atualmente resta pacífica a improcedência de tal argumentação, tendo em vista que os dois institutos são notoriamente independentes. Corroborando o ora esposado, pode-se citar: o fato da decisão de contratar ser discricionária, enquanto o procedimento licitatório, em regra, não o é; o vencedor da licitação não possui direito subjetivo, mas tão somente expectativa de direito no tocante à celebração do contrato; a existência de contrato administrativo sem a feitura de licitação nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas em lei.

### 1.2 Princípios Gerais e Específicos.

Os fundamentos para a existência da licitação podem ser constatados a partir de uma análise de dois dos denominados princípios diretivos do Direito Administrativo, quais sejam: eficiência e impessoalidade.

No procedimento licitatório, o princípio da eficiência se mostra presente na escolha da melhor contratação possível, ou seja, a celebração de um negócio a partir da escolha da proposta mais vantajosa pressupondo o melhor preço aliado à melhor prestação. A impessoalidade, por sua vez, estabelece critérios objetivos e previamente estabelecidos em lei na contratação dos negócios administrativos, de forma a evitar subjetivismos e favoritismos que possam comprometer o interesse público.

Sob outro prisma, o princípio constitucional da isonomia é responsável por garantir a igualdade de oportunidades a todos que almejam ingressar em situação jurídica especial que possa interessar a mais de um administrado, qual seja contratar com a Administração Pública.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, existiriam, no âmbito do Direito Administrativo, dois princípios considerados de elevada importância, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público.

*Os dois princípios, referidos acima, são aqui realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral. Assim, têm importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas para o jurista, o que interessa mais, como dado fundamental, é a tradução deles nos sistema.*

*(...) Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matiz do sistema.*

*Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim o qualificou.<sup>[4]</sup>*

É mister salientar que a obediência aos princípios gerais e específicos das licitações públicas, não afasta idêntica submissão aos demais princípios aplicáveis no âmbito da Administração Pública de forma mais abrangente.

O princípio da publicidade se mostra presente na divulgação obrigatória dos atos praticados pela Administração Pública como uma das exigências do próprio Estado Democrático de Direito. A licitação, na qualidade de procedimento público, deve ocorrer mediante divulgação do



edital de forma a alcançar todos os possíveis interessados que aspirem às contratações nos moldes estabelecidos pelo próprio instrumento convocatório. A inexistência do edital ocorre somente na modalidade convite, sendo o instrumento convocatório a denominada "carta-convite".

É importante destacar que a existência de sigilo na licitação, dá-se apenas quanto ao conteúdo das propostas, de forma a fomentar a competitividade buscando as melhores propostas, perdurando apenas até o momento da abertura dos envelopes.

Todo o procedimento licitatório é rigorosamente disciplinado em lei, tal como todos os procedimentos administrativos que devem estar em consonância com o denominado princípio da legalidade.

Neste diapasão, o art. 4º da Lei 8.666/93<sup>[5]</sup> estabelece que todos os participantes da licitação gozam de direito público subjetivo à fiel observância do procedimento legal, dando azo à possível impugnação caso o licitante se sinta prejudicado ou lesado. Como consectários lógicos do princípio, podemos citar: o fortalecimento da participação popular porquanto é concedido ao cidadão diversas formas de controle da legalidade, ampliação das formas de controle interno e externo, bem como o enquadramento de determinados comportamentos como crime - art. 89 a 99 da Lei 8.666/93 -, os quais antes eram considerados tão somente infrações administrativas, sendo, na prática, absorvidos por um crime-fim ou pela Lei de Improbidade Administrativa.

Feitas tais considerações no atinente aos princípios gerais das licitações, passar-se-á a uma análise de seus princípios específicos, quais são: vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, competitividade, sigilo das propostas, formalismo procedimental e vedação à oferta de vantagens.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que, tanto os licitantes quanto a própria Administração, estão sujeitos à observância das normas contidas no ato que inaugura o procedimento licitatório, o qual pode se dá de duas formas diferentes: edital ou carta-convite, esta última ocorrendo somente na modalidade convite.

A observância de tal princípio poderia ser considerada uma das decorrências da isonomia, pois as mesmas regras são impostas para a observância de todos que desejem participar do procedimento.

O princípio do julgamento objetivo prescreve que a proposta na licitação será julgada conforme os critérios pré-estabelecidos no instrumento convocatório, conforme preleciona o art. 45, *caput*, da Lei nº 8.666/93: "O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle". Nota-se, portanto, forte inter-relação do aludido princípio com a vinculação do instrumento convocatório, bem como a impessoalidade que rege as licitações públicas.

O princípio do formalismo procedimental estabelece a existência de uma série de atos previstos em lei a serem seguidos, não podendo o administrador subvertê-los. Como exemplo, poder-se-ia citar os contratos verbais como sendo a exceção, e não a regra, no âmbito das licitações públicas, conforme dispõe o parágrafo único, art. 60, da Lei 8.666/93: "É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento."

Por último, o princípio da vedação à oferta de vantagens seria a impossibilidade do licitante para ofertar outras vantagens não contidas na sua proposta, da forma prevista no art. 44, §2º, da Lei 8.666/93. <sup>[6]</sup>

## 2. Habilitação Jurídica

Habilitação jurídica pode ser definida como meio pelo qual o Poder Público busca garantir, mediante critérios objetivos estabelecidos na Lei de Licitações, que o vencedor do certame possua todas as condições de cumprir o avençado em futuro contrato administrativo, de modo a resguardar o interesse público evitando o dispêndio de recursos e a refeitura do procedimento.

Em outras palavras, a fase de habilitação jurídica tem o intuito de comprovar a idoneidade e capacidade do licitante de executar satisfatoriamente as exigências do contrato, de modo a permitir o avanço nas demais etapas do procedimento licitatório.

Desta feita, o Superior Tribunal de Justiça possui salutar entendimento quanto efetiva repercussão prática com relação a exigências realizadas na fase de habilitação jurídica, conforme o seguinte julgado:

*EMENTA: ADMINISTRATIVO.*

*LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. 2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal. 3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", é excessiva e sem fundamento legal a inabilitação de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura,*

*por tal entendimento ser vago e impreciso. 4. Segurança concedida. (STJ - MS: 5606 DF 1998/0002224-4, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 13/05/1998, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 10/08/1998 p. 4).*<sup>[7]</sup>

Nesse esteio, os critérios da referida fase se encontram no art. 27 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

*Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*

*I - habilitação jurídica;*

*II - qualificação técnica;*

*III - qualificação econômico-financeira;*

*IV - regularidade fiscal e trabalhista;*

*V - cumprimento do disposto no inciso*

*XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.*

É mister salientar que os critérios não podem se configurar meras formalidades de indesejável impertinência para o fim ao qual se propõe, de forma que o administrador se mostra obrigado a utilizar, além de razoabilidade e proporcionalidade, quesitos que, de fato, demonstrem a capacitação do interessado e estejam previstos no instrumento convocatório conforme o comando do art. 40, VI, da Lei 8.666/93.

Quanto às críticas existentes especificamente à regularidade fiscal, tem-se que a exigência constitucional da fase de habilitação jurídica teria se limitado à qualificação técnica e econômica.

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica*

### ***indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações***

Nesse sentido, respeitáveis vozes doutrinárias - incluindo Di Pietro até 2011 - consideram inconstitucionais as demais exigências que não sejam a qualificação técnica e econômica:

*O que não parece mais exigível a partir da Constituição de 1988, é a documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita do que está previsto na Constituição; com efeito, trata-se de exigências não essenciais à execução do contrato. Além disso, não se pode dar à licitação - procedimento já bastante complexo - o papel de instrumento de controle fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle voltadas para essa finalidade. [8]*

No entanto, trata-se, atualmente, de posição minoritária.

#### 2. Regularidade fiscal

Consoante o art. 29, III, da Lei 8.666/93, a regularidade fiscal pode ser traduzida como a "prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei".

Destaca-se que não há de se confundir a prova de regularidade fiscal com a prova de quitação de tributos perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal. No mesmo sentido dispõe o Tribunal de Contas da União:

*TCU - Súmula 283: Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.*

Muito embora tanto a quitação de tributos quanto a regularidade fiscal possam ser comprovadas mediante certidão negativa, tais expressões não são equivalentes. Isso porque a regularidade fiscal abrange outras denominadas obrigações acessórias de natureza tributária, ou seja, trata-se de expressão mais abrangente do que a quitação dos tributos. Assim como pode existir a regularidade mediante a expedição de uma certidão positiva com efeitos de negativa, ainda que o não tenha havido o pagamento do tributo.

*Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.*

*Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.*

*Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.*

Dessa forma, para fins de exigência na habilitação no procedimento licitatório, deve-se exigir a regularidade fiscal, não sendo suficiente a

comprovação de pagamento de tributos perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal.

### 3. Da análise jurídica da exigência da regularidade fiscal na fase de

habilitação no âmbito das licitações Públicas

Consabido que com o intuito de resguardar a exeqüibilidade e evitar dispêndio de recursos públicos de forma a ir de encontro ao interesse da coletividade, principalmente ao se considerar, que a fase da habilitação segue uma tendência iniciada com a Lei 10.520/02 para que ocorra após a apreciação das propostas, a documentação quanto a regularidade fiscal é estabelecida no art. 29 da Lei 8.666/93.

A regularidade fiscal objetiva informar a adimplência do licitante no que diz respeito às suas obrigações fiscais por meio, principalmente, da análise dos seus cadastros públicos.

Segundo Jorge Munhós Souza<sup>[9]</sup>, não há consenso sobre o que se pode exigir a título de regularidade fiscal, pendendo questionamentos sobre os seguintes pontos: i) seria possível se exigir a comprovação de inexistência de débitos não-fiscais? Como, por exemplo, a multa? ii) seria possível inabilitar o licitante em função da inexistência de débitos fiscais não reclamados ao objeto da contratação? Como, por exemplo, empresa que foi contratada para a realização de obra, mas se encontra inadimplente quanto ao pagamento do IPTU. iii) a comprovação da regularidade fiscal está limitada à órbita em que se realiza a licitação, ou seria possível se exigir do licitante a comprovação da regularidade fiscal perante todos os entes federativos? iv) se o licitante tiver diversas inscrições fiscais (matriz e diversas filiais), a irregularidade fiscal de uma delas terá efeitos em relação às demais?

É mister salientar que a condição regularidade fiscal que, a priori, permitiu a continuidade do licitante no procedimento, deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a teor do artigo 55, inciso XIII, da Lei 8.666/93, sob pena de incorrer em descumprimento contratual ensejando motivo para rescisão.

### 3.1 Argumentos Contrários a sua Admissibilidade

Conforme supracitado, parcela da doutrina defende a inconstitucionalidade da exigência de regularidade fiscal com base no argumento de que a lei federal teria extrapolado o comando constitucional explanado no art. 37, XXI, da Carta Magna, a qual apenas exige a qualificação técnica e econômica para efeito de habilitação jurídica.

Nessa mesma esteira de análise dos dispositivos constitucionais, defende-se que, fora a qualificação técnica e qualificação econômica, poderia ser exigida a regularidade fiscal apenas no tocante aos débitos existentes com o sistema de seguridade social, conforme preleciona o art. 193, § 3º, da Constituição Federal, que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios."

Assim, defende-se que as restrições não poderiam extrapolar o conteúdo dos únicos dois dispositivos de estatura constitucional, quais sejam:

*Artigo 37 - [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

*Artigo 195 - [...] § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.*



Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a exigência seria um percalço no aspecto da competitividade do certame e que a inabilitação só deveria ocorrer nos casos em que o adimplemento contratual possa se mostrar efetivamente comprometido.

*No que tange à prova de regularidade com as Fazendas Públicas, anotou que já não mais se fala em "quitação" com a Fazenda Pública, mas em "regularidade" com o Fisco, que pode abranger a existência do débito consentido e sob o controle do credor. Donde, será ilegal o edital que exija prova de quitação. Além disto, o licitante pode haver se insurgido contra o débito por mandado de segurança ou outro meio pelo qual o questione ou questione seu montante. Há de se ter por certo que "a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição". Donde, se a parte estiver litigando em juízo sobre o pretendido débito, tal circunstancia não poderá ser um impedimento a que participe de licitações. [10]*

No mesmo sentido, pronuncia-se Marçal Justen Filho quanto a drasticidade da medida de inabilitação que exige circunstâncias excepcionais para sua aplicação.

*Em qualquer caso, porém, a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição. Significa que a submissão do litígio à apreciação do Poder Judiciário afasta qualquer laivo de irregularidade. Não é constitucional impor a perda do direito de licitar enquanto a matéria estiver sob apreciação do Poder Judiciário. [11]*

Um dos principais argumentos contrários à exigência da regularidade fiscal pode ser traduzido na configuração de sanção política. Assim,

merecem maiores considerações os contornos e a definição do instituto. Afinal, o que seria sanção política?

Consoante pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, o Poder Público não poderia se valer de meios coercitivos indiretos e desproporcionais para realizar a cobrança de tributos. Isso porque a Fazenda Pública já possui os meios idôneos, que respeitam o devido processo legal e seus respectivos consectários para atingir o patrimônio do contribuinte.

Em outras palavras, ao dispor da execução fiscal e de todos seus benefícios previstos na Lei 6.830/80, bem como a cobrança em sede administrativa do crédito tributário, a entidade pública não poderia se valer de vias oblíquas que ofendem a livre iniciativa e o livre exercício de qualquer trabalho e ofício ou profissão a ponto de obrigar o sujeito passivo a realizar o pagamento, sob pena de sanções de tal natureza.

Nesse sentido, os Tribunais Superiores assim possuem o entendimento de forma sumulada:

*STF - Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.*

*STF - Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*

*STF - Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

*STJ - Súmula 127: É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.*

Assim, no sentido da exigência da regularidade fiscal se tratar de forma indireta de cobrança de tributo, tal corrente defende que o requisito da regularidade fiscal na fase de habilitação poderia ser classificado como sanção política repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio. Dessa feita, o Poder Público estaria se utilizando de via oblíqua de cobrança quando já

detêm os meios legítimos, quais sejam: execução fiscal ou cobrança em sede administrativa.

Por último, entende-se existir nefasta desproporcionalidade ao se exigir a quitação em todos os âmbitos do Estado Federado, conforme o art. 29, III, da Lei 8.666/93 ao impor a prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei.

### 3.2 Argumentos Favoráveis a sua Admissibilidade

Em sentido diametralmente oposto, tem-se a exigência da regularidade fiscal como medida salutar e uma forma de prestigiar os licitantes adimplentes e não "premiar" aqueles que se encontrem em débito com o fisco.

Nessa toada, não parece se coadunar com o sistema republicano e nem com o princípio da isonomia a possibilidade de oferecimento de melhores propostas por aqueles que não levam em consideração em seus cálculos certos gastos fiscais. Assim, tais licitantes só estariam em condições de assim fazê-lo por estarem inadimplentes com suas obrigações tributárias ofertando lances que se mostrem economicamente mais atraentes, mas não melhores para o interesse público.

É de ressaltar que não se trata de sanção política, pois o licitante ainda pode discutir o crédito tributário de forma que se mostra igualmente possível a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa para a participação no procedimento licitatório. Dessa forma, caso exista alguma pendência tributária que possa comprometer sua habilitação jurídica, o Poder Judiciário poderá apreciar a ameaça ao direito expedindo decisão liminar e conseqüente suspensão da exigibilidade do crédito tornando viável sua participação.

Assim, o instituto em si não se mostra inconstitucional ou sequer ilegal, mas, em determinados casos, é necessário cautela nos critérios de análise de exigência da regularidade fiscal, sob pena de atuação desproporcional ou desprovida de razoabilidade.

### 3.3 Entendimento dos Tribunais Superiores

O Supremo Tribunal Federal na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade 173-6/DF acabou por enfrentar a temática

relacionada à exigência da regularidade fiscal no âmbito das licitações públicas:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. DIREITO DE PETIÇÃO. TRIBUTÁRIO E POLÍTICA FISCAL. REGULARIDADE FISCAL. NORMAS QUE CONDICIONAM A PRÁTICA DE ATOS DA VIDA CIVIL E EMPRESARIAL À QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO ESPECÍFICA COMO SANÇÃO POLÍTICA. AÇÃO CONHECIDA QUANTO À LEI FEDERAL 7.711/1988, ART. 1º, I, III E IV, PAR.1º A 3º, E ART. 2º. 1. Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra os arts. 1º, I, II, III e IV, par.1º a 3º e 2º da Lei 7.711/1988, que vinculam a transferência de domicílio para o exterior (art. 1º, I), registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa (art. 1º, III), registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos (art. 1º, IV, a), registro em Cartório de Registro de Imóveis (art. 1º, IV, b) e operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais (art. 1º, IV, c) - estas três últimas nas hipóteses de o valor da operação ser igual ou superior a cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional - à quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras

*imposições pecuniárias compulsórias. 2. Alegada violação do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição), na medida em que as normas impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário. Caracterização de sanções políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário. 3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição. **É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem***

**concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.** 4. Os incisos I, III e IV do art. 1º violam o art. 5º, XXXV da Constituição, na medida em que ignoram sumariamente o direito do contribuinte de rever em âmbito judicial ou administrativo a validade de créditos tributários. Violam, também o art. 170, par. ún. da Constituição, que garante o exercício de atividades profissionais ou econômicas lícitas. Declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, I, III e IV da Lei 7.711/988. Declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento dos parágrafos 1º a 3º e do art. 2º do mesmo texto legal. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. PROVA DA QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NO ÂMBITO DE PROCESSO LICITATÓRIO. REVOGAÇÃO DO ART. 1º, II DA LEI 7.711/1988 PELA LEI 8.666/1993. EXPLICITAÇÃO DO ALCANCE DO DISPOSITIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA QUANTO AO PONTO. 5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, em relação ao art. 1º, II da Lei 7.711/1988, na medida em que revogado, por estar abrangido pelo dispositivo da Lei 8.666/1993 que trata da regularidade fiscal no âmbito de processo licitatório. 6. Explicitação da Corte, no sentido de que a regularidade fiscal aludida implica "exigibilidade da quitação quando o tributo não seja objeto de discussão judicial" ou "administrativa". Ações Diretas de Inconstitucionalidade parcialmente conhecidas

*e, na parte conhecida, julgadas procedentes. (STF - ADI: 173 DF , Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 25/09/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-01 PP-00001; grifou-se).[\[12\]](#)*

É de se notar, portanto, que o Supremo Tribunal Federal veda categoricamente o instituto da sanção política, a qual não se confunde com a exigência da regularidade fiscal, principalmente, daqueles que se mostram inadimplentes contumazes na busca de vantagens econômicas no ambiente concorrencial.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica e reiterada quanto a legalidade do instituto:

*ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. REGULARIDADE FISCAL. CERTIDÕES. PRAZO DE VALIDADE. NÃO-FORNECIMENTO PELO MUNICÍPIO. ART. 535 DO CPC. EFEITOS INFRINGENTES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. O art. 535 do CPC, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, não veda a atribuição de efeitos infringentes, com alteração da decisão embargada, quando o Tribunal conclui deva ser sanada omissão, contradição, obscuridade ou, ainda, deva ser corrigido erro material. 2. Não configura afronta ao art. 535 do CPC se o Tribunal a quo entende ter havido "contradição em seu corpo, associada a erro relevante na apreciação dos elementos constantes do caderno processual" e conclui que o acórdão exarado no mandado de segurança incorreu em vício, mais especificamente, em contradição, motivo pelo qual os embargos de declaração foram acolhidos com efeitos modificativos, resultando*

*na reforma do julgado embargado. 3. A exigência de regularidade fiscal para habilitação nas licitações (arts. 27, IV, e 29, III, da Lei nº 8.666/93) está respaldada pelo art. 195, § 3º, da C.F., todavia não se deve perder de vista o princípio constitucional inserido no art. 37, XXI, da C.F., que veda exigências que sejam dispensáveis, já que o objetivo é a garantia do interesse público. A habilitação é o meio do qual a Administração Pública dispõe para aferir a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprir o objeto da licitação. 4. É legítima a exigência administrativa de que seja apresentada a comprovação de regularidade fiscal por meio de certidões emitidas pelo órgão competente e dentro do prazo de validade. O ato administrativo, subordinado ao princípio da legalidade, só poderá ser expedido nos termos do que é determinado pela lei. 5. Apesar da vinculação ao edital a que se sujeita a Administração Pública (art. 41 da Lei nº 8.666/93), afigura-se ilegítima a exigência da apresentação de certidões comprobatórias de regularidade fiscal quando não são fornecidas, do modo como requerido pelo edital, pelo município de domicílio do licitante. 6. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 974854 MA 2007/0177953-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 06/05/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2008; grifou-se).<sup>[13]</sup>*

Em outro julgado o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de que a regularidade fiscal adviria da própria Constituição Federal:



ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da Seguridade Social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei n. 8.666/93.** 2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei n. 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. 4. Consoante a melhor doutrina, a

*supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança" (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2002. p. 549). 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 633.432/MG, 1. T., rel. Min. Luiz Fux, j. 22.02.2005, DJ de 20.06.2005.-STJ; grifou-se)*

Dessa feita, tem-se que o entendimento emanado dos Tribunais Superiores se mostra favorável à exigência da regularidade fiscal, uma vez que a medida, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade a ser aplicado no caso concreto, não configura sanção política, assim como se mostra como medida que resguarda o interesse público e não, de certa forma, "premia" aqueles que estão inadimplentes com o fisco ocasionando violação ao princípio da isonomia.

#### Considerações Finais

Ao longo do texto, foram realizadas explicações conceituais concernentes ao instituto das licitações, que se trata de mecanismo de extrema importância quanto à utilização dos recursos públicos na feitura de compras e nas contratações de serviços. Deixou-se claro a existência da habilitação jurídica que se trata de um meio que busca propiciar o acautelamento das propostas feitas pelos licitantes de forma a resguardar o efetivo cumprimento do contrato administrativo.

A regularidade fiscal, existente na fase de habilitação jurídica, proporciona calorosos debates quanto a sua exigência dividindo a doutrina administrativista.

Por um lado, tem-se que é desproporcional e desarrazoado ferindo a competitividade nos certames públicos, bem como se trata de forma de sanção política vedada pelo ordenamento jurídico.

Do outro, entende-se que o instituto se mostra favorável ao interesse público na medida em que estimula o adimplemento com o fisco e não compensa aqueles que se mostram em situação irregular com suas obrigações tributárias. Entender de modo diverso, seria ir de encontro ao princípio da isonomia na medida em que aqueles que estariam em condições de oferecer propostas economicamente mais interessantes assim o fizessem por estarem negligenciando seus compromissos com o fisco.

Durante a exposição do trabalho, foi feita menção ao entendimento dos Tribunais Superiores acerca da exigência da regularidade fiscal, os quais se filiam a este último posicionamento afirmando sua coadunação com o ordenamento jurídico pátrio, o que parece ser o juízo mais acertado quanto ao instituto.

A exigência da regularidade fiscal, além de censurar aqueles que se desviam de suas obrigações com o fisco, mostra-se como norma de caráter promocional aos adimplentes além de viabilizar a existência da isonomia no âmbito do procedimento licitatório.

No entanto, não se pode desconsiderar seu afastamento de forma peremptória porquanto a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade podem assim fazê-lo diante das peculiaridades do caso concreto.

Nota-se, portanto, que seu afastamento na fase habilitatória somente poderia ocorrer como medida excepcional em situações nas quais as circunstâncias exigissem a tomada de medidas drásticas.

#### Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, nº 191-A, Brasília, 05 out. 1988. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:  
. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Mandado de Segurança 5606/DF. Relator: Min. José Delgado. Primeira Seção. **Diário de Justiça**, Brasília, de 10 ago. 1998. Disponível em: . Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão. Recurso Especial 974854/MA. Relator: Min. Castro Meira. Segunda Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, de 16 mai. 2008. Disponível em: . Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 173/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, Brasília, de 19 mar. 2009. Disponível em: . Acesso em: 14 nov. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. 18<sup>a</sup>-edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18<sup>a</sup> - edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito Administrativo**. 9<sup>a</sup> - edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14<sup>a</sup> - edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5<sup>a</sup> - edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35<sup>a</sup> - edição. São Paulo: Malheiros, 2009

SOUZA, Jorge Munhós. **Legislação Administrativa**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.

#### NOTAS:

[1] Lei 8.666/93: art. 45, §1º: para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: i - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; ii - a de melhor técnica; iii - a de técnica e preço. iv - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 18<sup>a</sup>- edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 490

[3] CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 18 e 19.

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 18<sup>a</sup> - edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 47 e 48.

[5] Lei 8.666/93: art. 4º: todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos..

[6] Lei 8.666/93: art. 44, §2º: não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos

subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes..

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 5606/DF - Relator: Min. José Delgado. Primeira Seção. Julgamento: 10/08/1998.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª - edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p. 346.

[9] SOUZA, Jorge Munhós. *Legislação Administrativa*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014, p. 280.

[10] MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª - edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 594.

[11] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 1993, p. 295.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 173 DF - Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgamento: 25/09/2008.

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 974854 MA - Relator: Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgamento: 16/05/2008.

## **BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO(?)**

**MARIANA FRANCISCA MELO DE OLIVEIRA:**  
Advogada, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**RESUMO:** Estamos diante de uma sociedade que carrega consigo um poder de julgamento cada vez mais maior sobre a prática de crimes e dos criminosos. Na maioria dos casos em que a notícia de um crime ganha destaque tem se tornado comum ouvir das pessoas que é necessário agir com violência contra o bandido e esse discurso acompanha situações nas quais essas mesmas pessoas defendem a violência cometida contra aqueles que cometeram crimes. Tal cenário torna-se preocupante à medida que embasa a “justiça feita pelas próprias mãos”. Então torna-se necessária uma reflexão acerca desse discurso que prega a violência de forma a demonstrar sua incoerência partindo de situações cotidianas vivenciadas pela grande maioria das pessoas e que configuram crimes.

**Palavras-chave:** Prática de crimes. Discurso de violência. Condutas cotidianas ilícitas.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Definição de bandido – 3. Definição de crime – 4. Situações cotidianas que configuram crimes – 5. Discurso de “bandido bom é bandido morto” *versus* a prática de crimes cometidos pelas “pessoas de bem” – 6. Conclusão

---

### **1. Introdução**

Em tempos onde notícias sobre o caso da tatuagem na testa do rapaz suspeito de tentar furtar uma bicicleta<sup>[1]</sup> ganham imenso destaque na mídia e provocam uma série de opiniões, contrárias e até mesmo a favor da atitude, nós percebemos que estamos diante de uma sociedade conflituosa e contraditória. Mais do que discutir tal recente caso, a reação inflamada das pessoas desperta atenção.

Infelizmente notícias com o tema de “justiça pelas próprias mãos” não são novidade e de tempos em tempos ganham destaque pela imprensa. São casos como o da mulher que foi espancada por moradores de um bairro na cidade do

Guarujá, litoral de São Paulo, após falsos boatos de que ela seria sequestradora de crianças[2], ou então o menor de idade que foi agredido e preso a um poste após tentativa de assalto na cidade do Rio de Janeiro[3], ou ainda o caso do homem que também foi linchado e amarrado a um poste depois da tentativa de assalto a um estabelecimento comercial em um bairro na periferia de São Luís[4], no Maranhão. Não adentraremos nas semelhanças ou nas peculiaridades desses casos, como também não discutiremos nem faremos juízo de valor das ações dos envolvidos.

Todos esses casos relatados aqui chamam atenção por diversos motivos e precisam, e merecem, ser discutidos. Mas a razão desse artigo é discorrer e refletir sobre o que todos os casos citados aqui têm em comum: o discurso das pessoas que defendem esse tipo de “justiça”. Esse discurso poderia muito bem ser resumido na frase “bandido bom é bandido morto” e é sobre essa tônica que passaremos a discorrer. Não pretendemos dar aula sobre direito penal, também não temos a intenção de ensinar aplicação de lei, assim como não é nosso objetivo aqui falar sobre as injustiças do sistema penal. O que queremos é provocar uma reflexão acerca das implicações deste discurso raivoso favorável à agressão a pessoa que comete crime.

## **2. Definição de bandido**

Como ponto de partida destacamos o substantivo bandido, segundo o dicionário Michaelis[5]: 1 Pessoa que pratica toda sorte de atividades criminosas; bandoleiro, facínora, malfeitor, pistoleiro; 2 Pessoa maldosa, sem escrúpulos. Então, para as pessoas adeptas do “bandido bom é bandido morto”, quem pratica um crime deve ser morto.

## **3. Definição de crime**

Passemos agora para o segundo ponto que é justamente a prática do crime. Apesar de sempre estar nas mídias, estampando notícias e tão presente nas conversas cotidianas, a palavra crime é sempre mencionada, mas, na maioria das vezes, sem atenção devida ao seu significado. Falamos em crime, que o sujeito cometeu tal crime, que determinada atitude é um crime, que fulano é um criminoso, mas afinal, o que é crime?



A resposta não é tão simples quanto aparenta, tendo em vista que o próprio Código Penal não o define. A Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto Lei n.º 3.914/41) tentou definir seu significado, mas ao fazê-lo apenas o distinguiu de contravenções penais.

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Nos socorremos então da doutrina para entender o que é crime. Para Celso Delmanto, é “a violação de um bem jurídico penalmente protegido”<sup>[6]</sup>. Podemos dizer que crime é a violação de um direito resguardado por lei, ou seja, há crime quando há infração à lei penal.

Importante destacar aqui que para a configuração de um crime é necessário que o ato esteja previsto na legislação, afinal “não há crime sem lei anterior que o defina.” (Art. 1º do Código Penal). Sendo assim, para que uma ação seja classificada como crime é necessário que esteja prevista pela nossa legislação como sendo uma prática ilícita. Os crimes estão tipificados (previstos) principalmente no Código Penal, lá consta um rol de mais de duzentos crimes, no entanto, existem leis que também preveem outras condutas definindo-as como crimes. Portanto, podemos afirmar que existem muitas condutas que configuram crimes, algumas são muito próximas do nosso conhecimento, como o homicídio (art. 121 do Código Penal), a lesão corporal (art. 129 do Código Penal), o furto (art. 155 do Código Penal), o roubo (art. 157 do Código Penal), o tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), entre tantos outros.

#### **4. Situações cotidianas que configuram crimes**

Mas agora vamos imaginar algumas situações. Suponhamos que algum amigo emprestou para você um videogame, ou um livro, ou uma joia, e você nunca

devolveu o objeto. Um caso simples, aparentemente normal, sem nenhum problema, porém, trata-se de um crime: apropriação indébita.

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Vamos a outra situação bem parecida com a do exemplo acima. Você encontra na rua, no ônibus, na faculdade, no banco, enfim qualquer lugar, uma carteira, uma mochila ou um celular, e você então pega o objeto para você, sem devolvê-lo ao dono ou à autoridade, caso que ilustra a célebre máxima “achado não é roubado”. Realmente, não é roubo, mas é crime de apropriação de coisa achada.

Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre:

Apropriação de coisa achada

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

Mais um caso, se você foi parado em uma blitz e diante de alguma irregularidade ofereceu dinheiro ou qualquer outra vantagem ao policial para escapar da multa, ou se você tinha urgência no trâmite de algum documento no cartório ou na prefeitura e você foi até ao funcionário público responsável e ofereceu algum presente com a intenção de que ele elaborasse o documento, então você cometeu o crime de corrupção ativa.

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Vamos adiante. Talvez você tenha comprado um imóvel e quando foi passar a escritura junto ao cartório informou valor menor da compra com a finalidade de pagar menos imposto e custas cartorárias. De outro lado, você pode ter vendido um imóvel e em sua declaração de imposto de renda declarou o valor da venda abaixo do valor do negócio concretizado para evitar a tributação por lucro ou ganho de capital. Você pode não ter comprado ou vendido bem declarando valor menor, mas pode ter declarado o imposto de renda com omissão a valores recebidos, tais como aluguéis e pagamentos. Ou talvez você tenha informado gastos inexistentes na sua declaração de imposto de renda com a intenção de obter restituição, por exemplo, alguém de sua família vai ao médico e você pede um recibo ou nota fiscal em seu nome. Em qualquer dos exemplos acima há a prática do crime de sonegação fiscal.

Lei 4.729/1965, Art 1º - Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Se essas hipóteses estão um pouco fora de sua realidade, vamos dar outro exemplo mais comum. Se você alguma vez na vida já acusou alguém de ter cometido um crime sabendo que tal fato não era verdade, ou, mais banal ainda, se você já falou mal de alguém ou xingou ou ofendeu alguém, então você cometeu crime:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Se a ofensa teve relação com raça, religião, etnia, idade ou deficiência o crime cometido foi mais grave:

Art. 140, §3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Podemos citar mais um exemplo de conduta comum cotidiana. Suponhamos que você foi a um restaurante e tomou uma taça de vinho, ou após o final de mais um dia de trabalho foi a um “*happy hour*” e bebeu cerveja, depois voltou dirigindo para casa. São casos bem corriqueiros que aparentemente não implicam em prática ilícita, porém, de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro é crime:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Caso você ainda não tenha se enquadrado nas situações acima, talvez não escape da seguinte. Se você já baixou pela internet música, filme, séries ou livros, ou então se você tirou cópia de livros, você cometeu crime de violação de direito autoral.

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Estes foram alguns exemplos de condutas consideradas normais, mas que na verdade configuram crime. Se fizermos um exame de consciência sincero vamos constatar que ao menos uma vez praticamos alguma dessas condutas. Reiteramos o que dissemos anteriormente no sentido de que não nos aprofundaríamos em questões jurídicas, assim como não faremos juízo de valor das práticas desses crimes, também não é caso de adentrar nas peculiaridades de cada uma das condutas que descrevemos.

### **5. Discurso de “bandido bom é bandido morto” *versus* a prática de crimes cometidos pelas “pessoas de bem”**

No entanto, é inegável que baseado nos exemplos dados e no disposto na legislação, podemos concluir que já cometemos crimes. Se já cometemos crimes, então somos bandidos. Se somos bandidos, nós merecemos morrer também – isto partindo do ponto de vista das pessoas que defendem a morte do bandido. Porém, tal posicionamento é aplicável apenas para o outro, para aquele bandido que não se conhece, que está distante, aquele que pode ser descartado, como muito bem retratam os protagonistas das manchetes que citamos no começo desse artigo. O menor tatuado à força, a mulher espancada por um grupo de pessoas, o menor e o homem agredidos e amarrados a postes, todos eles ilustram o tipo de bandido que pode ser morto: o pobre.

Não se busca aqui defender a conduta dessas pessoas, mas apenas indagar que se eles mereceram aquilo que tiveram por terem praticado crime, por que nós, quando praticamos nossos crimes, não merecemos o mesmo destino, a mesma pena? Nós sequer consideramos termos praticado crime, porque no final das contas o bandido é sempre o outro, o crime vem sempre do outro. Nossas atitudes são justificáveis, os crimes que cometemos (se é que cometemos) não prejudicam ninguém, não se comparam aos outros. São essas as justificativas que podem, e são, usadas como defesa. No entanto, não passam de hipocrisia, uma tentativa vã de encontrar uma desculpa para esse discurso de “bandido bom é bandido morto”. Essas desculpas não prosperam em razão da natureza intolerante do próprio discurso, pois seus adeptos não conseguem enxergar as particularidades de cada

situação, relevando as circunstâncias. Apenas pensam que se alguém cometeu crime é bandido e então merece morrer. Esse discurso não dá espaço à justificativa, a compreender o que levou aquela pessoa a cometer um delito, não há lugar para conhecer o motivo pelo cometimento do crime. Então se o discurso é tão duro em direção ao bandido (o outro), qualquer desculpa direcionada aos crimes cometidos pelos que defendem a teoria da morte ao bandido soa como hipocrisia e incoerência; afinal, não concedem exceção ao outro, mas concedem para si?

É necessário refletir sobre a preocupante onda de opiniões que defendem a morte, o linchamento ou qualquer outra forma de agressão à pessoa que cometeu crime. Como expusemos acima, muito possivelmente todos nós já praticamos uma conduta enquadrada como ilícita, o que nos diferencia dos outros bandidos é o fato de que nossos crimes não são visados pelas autoridades, não são reprovados, além disso provavelmente temos a sorte de pertencer a uma classe social na qual não somos alvos do sistema penal e acabamos sendo blindados e escapamos de suas garras. Não podemos pregar um discurso de violência para algumas pessoas que, assim como nós, cometeram um delito, pois senão nós também teríamos que estar sujeitos a mesma violência.

Além do mais, é importante mencionar, apenas o Estado detém o dever e o direito de punir pelas práticas delitivas. Não nos cabe fazer qualquer julgamento ou aplicar sanções, não temos competência e autorização para tanto. Se fizermos, estaremos nós mesmos incorrendo em crime. Inclusive, esse é outro ponto controverso do discurso de “bandido bom é bandido morto”. Agindo com violência, seja agredindo, prendendo a postes ou tatuando forçosamente, há a prática de crime de lesão corporal, logo as pessoas “de bem”, que agiram para punir alguém que cometia um crime, tornam-se igualmente criminosas. Então o que as diferenciam dos bandidos? Por que um é considerado bandido e merece morrer e o outro é “justiceiro”?

A resposta é simples. A diferença muitas vezes está na classe social, na cor da pele, no tipo de crime que se pune. Mas a diferença também está na covardia, porque as pessoas “de bem” se agrupam para agredir o bandido. A diferença pode estar também no fato de que essas pessoas perdem qualquer traço de humanidade ao espancar alguém que está indefeso, em menor número e ainda depois o amarram, expondo-o para a população como forma de humilhação. Um é considerado bandido enquanto o outro “justiceiro” por causa da intolerância que

cega, porque essas pessoas não são capazes de enxergar que do outro lado há um ser humano, que muitas vezes precisa de ajuda. Essas pessoas consideram-se tão superiores, tão incólumes que não conseguem ver a truculência e a ignorância de sua atitude.

É interessante notar que, excetuando o caso da mulher acusada de sequestrar crianças, todos os demais foram acusados de praticar crimes patrimoniais (roubo e furto). Perguntamos então, a vida de uma pessoa vale menos que um bem material? Em decorrência de um furto ou roubo a pessoa deve pagar com sua vida? Outro aspecto que merece ser analisado reside no fato de que as pessoas ao agredirem o bandido que praticou roubo ou furto, estão praticando um crime contra a integridade física, portanto, mais grave do que o crime praticado pelo bandido.

Se refletirmos honestamente, vamos concluir que todos nós já cometemos crime alguma vez, se também nos vemos como bandidos, então pararemos com o discurso de “bandido bom é bandido morto”. A intenção dessas linhas escritas aqui é de dizer que não podemos dar voz ao discurso que prega a morte de alguém pelo cometimento de um crime sendo que nós também praticamos. Somos todos iguais, bandidos iguais, nossas vidas têm o mesmo peso, ninguém merece morrer. Não cabe a nós fazermos justiça com nossas mãos, porque isso não existe, se fizermos estaremos sujando nossas mãos e cometendo crime mais grave do que aquele que estaríamos punindo.

E só para finalizar, você que leu tudo até aqui e continua não concordando com o que expusemos e ainda pensa que realmente “bandido bom é bandido morto”, você que nas conversas ou nas redes sociais diz que os bandidos merecem morrer, defende a violência contra eles, aplaude quem os agride, então você também é um bandido, porque comete crime de apologia ao crime ou ao criminoso.

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

## 6. Conclusão

Ao confrontar o discurso favorável à violência para com aqueles que cometem crimes com condutas cotidianas que nós praticamos e que igualmente configuram delitos, descortina-se um cenário no qual podemos nos ver também como sujeitos que cometem ilícitos penais, ou seja, bandidos.

Dessa forma, quando nos percebemos como iguais aqueles que condenamos temos a oportunidade de acabar com a propagação de tal discurso ou, caso continuemos a insistir nele, estaríamos dando coro a um discurso inconsistente e incoerente.

### **Referencial bibliográfico**

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 23 de junho de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei de Contravenções Penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm). Acesso em: 23 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 23 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965.** Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4729.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm). Acesso em: 23 de junho de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm). Acesso em: 23 de junho de 2017.



DELMANTO, CELSO. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Renovar, 2000.

NOTAS:

[1] Disponível em . Acesso em 23/06/2017. Disponível em . Acesso em 23/06/2017.

[2] Disponível em . Acesso em 23/06/2017.

[3] Disponível em . Acesso em 23/06/2017.

[4] Disponível em . Acesso em 23/06/2017.

[5] Disponível em . Acesso em 23/06/2017.

[6] DELMANTO, CELSO. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Renovar, 2000.

## A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PARA ELEIÇÃO DAS MATERIALIDADES DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

**HENRIQUE PORTELA OLIVEIRA:** Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Graduado pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

**RESUMO:** Este artigo analisa a possibilidade de utilização, pela União, de materialidades típicas dos impostos federais para instituição de contribuições especiais. Procura-se avaliar se a tributação nesses termos afronta direitos fundamentais dos contribuintes, consubstanciados nos princípios constitucionais gerais e, especialmente, os princípios constitucionais tributários.

**Palavras-Chaves:** Limites da competência tributária. Instituição de contribuições especiais pela União. Respeito aos princípios constitucionais tributários.

**Sumário:** 1. Introdução.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Dado o caráter multifacetário da expressão “competência”, deve-se esclarecer, a princípio, que nos referimos aqui à *aptidão jurídica para criar, in abstracto, tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas (elementos estruturais dos tributos)*[1]. Alude-se, portanto, à competência legislativa tributária, uma das parcelas da prerrogativa legiferante das pessoas políticas[2], consubstanciada na possibilidade de instituição de tributos.

A Lei nº 5.172 (Código Tributário Nacional – CTN), em seu art. 5º, refere-se a três espécies de tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria. A Constituição Federal, embora se refira no art. 145 somente a essas mesmas três espécies tributárias, outorga à União, em outros dispositivos, a possibilidade de instituição de empréstimos compulsórios e de contribuições que a doutrina adjetivou de *especiais*. Diante da celeuma sobre a classificação das espécies tributárias que a Constituição teria adotado, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela teoria pentapartida[3].

A Constituição Federal repartiu a competência para instituição de tributos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No que concerne à União, somada à competência tributária expressa e para criação dos impostos extraordinários de guerra, a Carta previu a possibilidade de instituição de impostos residuais e contribuições residuais (outras contribuições sociais). Nos termos do art. 154, I, CF, a União poderá instituir, mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição. O art. 195, §4º, CF, por sua vez, autoriza a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

Diferentemente do que fez para as contribuições para a seguridade social, o legislador constituinte não definiu as materialidades das demais contribuições. Assim, sugere-se a reflexão: a União pode utilizar a materialidade de impostos federais para instituição de contribuições?

## **2. DA CRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SOBRE MATERIALIDADES ATRIBUÍDAS A IMPOSTOS**

### **a. Da materialidade tributária**

Toda norma é formada por um antecedente e um conseqüente. O conseqüente da norma de competência estabelece os condicionantes materiais a serem observados pelo legislador infraconstitucional na edição da norma instituidora do tributo. Conforme assevera Tácio Lacerda Gama<sup>[4]</sup>, toda referência à materialidade é sempre uma referência a verbos e seus respectivos complementos. Como materialidade do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, por exemplo, temos a *prestação de serviços*. A materialidade, em síntese, é o evento sobre o qual pode incidir a tributação.

### **b. Da materialidade das contribuições**

Como alerta Paulo de Barros Carvalho<sup>[5]</sup>, apenas as hipóteses de incidência das contribuições para seguridade social foram estabelecidas exaustivamente na Constituição. A criação de novas materialidades deve observar os requisitos para o exercício da competência residual, que são a veiculação em lei complementar, a não cumulatividade e fato gerador e base de cálculo diversos dos discriminados na Constituição.

Fabiana Del Padre Tomé sintetiza bem os limites para eleição de novas materialidades para as contribuições: (i) a competência atribuída aos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como os (ii) direitos fundamentais dos contribuintes, erigidos nos princípios constitucionais em geral e, mais especificamente, nos princípios constitucionais tributários<sup>[6]</sup>.

Pensemos na hipótese de criação, pela União, de determinada contribuição sobre materialidades atribuídas a impostos federais. Não há que se falar em violação à competência atribuída aos outros entes federativos, vez que incidente sobre matérias que não lhe foram afetadas. E quanto aos direitos fundamentais dos contribuintes, há afronta a princípios constitucionais gerais ou tributários?

Antes de caminharmos a uma conclusão, um ponto merece ser destacado. Sobretudo nesta era do panprincipiologismo, expressão atribuída a Lenio Luiz Streck, é comum e quase inevitável que a imposição de deveres acabe por limitar determinados direitos fundamentais. Aliás, direitos e deveres são, por natureza, reciprocamente limitativos. A questão é saber se, adotado o veículo legislativo adequado, a criação do dever pelo legislador infraconstitucional (instituição do tributo) tem densidade suficiente para desrespeitar os princípios garantidores. O juízo de ponderação, pois, é indispensável.

Feita essa ressalva, são princípios potencialmente violáveis na utilização de materialidades de impostos federais para criação de contribuições: legalidade, capacidade contributiva, não-confisco, segurança jurídica e isonomia.

### **c. Princípio da Legalidade**

A possível violação ao princípio da legalidade se dá em face da interpretação do art. 195, §4º da CF, que impõe à União, no exercício da competência residual para a instituição das contribuições, a observância dos requisitos do art. 154, I, CF. Este dispositivo determina que a União poderá instituir mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.

Há quem se valha desse dispositivo para afastar a possibilidade de utilização de fato gerador ou base de cálculo de impostos discriminados na

Constituição para instituição de contribuições. Caso contrário, haveria violação à norma do art. 154, I, CF e, portanto, ao princípio da legalidade. Essa, contudo, não me parece a melhor interpretação.

A referência do §4º do art. 195 ao art. 154, I, ambos da CF, deve ser interpretada no contexto em que inserida. A criação de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social deve ser feita sob fato gerador e base de cálculo diversos dos discriminadas na Constituição para as *contribuições*. Instituída a contribuição nestes termos, por lei complementar e com observância da não cumulatividade, não se vislumbra afronta ao princípio da legalidade.

#### **d. Princípios da Capacidade Contributiva, do Não-Confisco e da Isonomia**

A capacidade contributiva e o não confisco, contudo, parecem mais sujeitos a transgressões. Conforme ensina José Eduardo Soares de Melo, o princípio do não-confisco está atrelado ao princípio da capacidade contributiva e é constatado, principalmente, pelo exame da alíquota, da base de cálculo, e mesmo da singularidade dos negócios e atividades realizadas[7]. Os tributos, portanto, devem incidir de forma razoável e proporcional, sob pena de assumir efeito confiscatório. Mediamente, ambos se relacionam com o princípio geral da isonomia, devendo-se cobrar de forma intensa aqueles que têm maiores condições de contribuir.

Kiyoshi Harada dá as diretrizes para aferir a confiscatoriedade ou não de um tributo:

[...] para saber se um tributo é confiscatório ou não, deve-se, em primeiro lugar, avaliar a capacidade econômica do contribuinte. Se estiver além, apesar de sua excessiva onerosidade, deve-se, em um segundo momento, verificar se essa onerosidade se harmoniza com o conjunto de princípios constitucionais, garantidores do direito de propriedade, de liberdade de iniciativa, da função social da propriedade, etc.[8]

A análise, portanto, é casuística. É preciso aferir se a instituição da contribuição, com a alíquota e base de cálculo que lhe são atribuídas, somada aos demais tributos incidentes sobre a mesma materialidade, ultrapassa a capacidade contributiva do sujeito passivo. Aferir se determinada exação é ou não confiscatória é tarefa das mais árduas, mas o certo é que, fora da zona de incertezas, há faixas em que a confiscatoriedade pode ser constatada ou afastada com maior clareza.

O debate sobre a possível afronta à isonomia se deu com maior relevância na criação da Contribuição Sobre a Iluminação Pública – COSIP. Argumentava-se que, ao adotar o consumo de energia elétrica domiciliar como fato gerador do tributo, haveria afronta à isonomia, posto que não haveria referibilidade entre o serviço universal prestado e a base de tributação adotada. Instado a se manifestar, o STF entendeu que a tipologia estabelecida busca realizar a justiça fiscal, sendo *lícito supor que quem tem um consumo maior tem condições de pagar mais*<sup>[9]</sup>.

Voltando à suposta confiscatoriedade, não se pode afirmar, sem a análise da carga tributária já incidente, que a utilização de materialidade de imposto federal na criação de contribuição possui efeito de confisco, violando a capacidade contributiva e, mediatamente, a isonomia. É preciso analisar se as bases sobre as quais a contribuição foi instituída ultrapassam o limite do razoável para, em caso positivo, podermos falar em exação inconstitucional.

#### **e. Princípio da Segurança Jurídica**

O princípio da segurança jurídica possui duas feições. Na primeira é mais específica, garantindo a estabilidade das decisões judiciais. Na segunda é mais abrangente, aproximando-se à ideia de previsibilidade. Restringindo o debate à seara do direito tributário, reforça a necessidade de se garantir ao sujeito passivo, ao menos minimamente, condições para prever as iniciativas arrecadatórias do Estado. Sobretudo numa política econômica oscilante como a brasileira, é essencial para o planejamento orçamentário dos contribuintes.

O fato é que as contribuições especiais são a “menina de ouro” da União. É justamente pela falta de uma definição precisa de sua materialidade que a instituição dessa espécie de tributo tem sido a solução à necessidade de

arrecadação federal. O papel do legislador infraconstitucional aqui é fundamental. Em observância do princípio da tipicidade, é imprescindível que a lei complementar trace minuciosamente a tipologia da contribuição, afastando a margem de discricionariedade do Fisco.

Agindo assim, não me parece haver afronta à segurança jurídica, sob pena de reduzirmos o papel do legislador complementar quase à insignificância. É bem verdade que a regra-matriz de incidência do tributo é extraída da Constituição Federal. Todavia, não se pode cerrar os olhos à integração infraconstitucional.

Valemo-nos do exemplo proposto por Tácio Lacerda Gama: o ISS. A Lei Maior, em seu art. 156, III, outorgou aos Municípios a competência para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza. O texto constitucional optou por não indicar o verbo, cabendo esta tarefa à Lei Complementar nº 116/2003, que optou pela *prestação* do serviço. Poderia ter optado pelo consumo do serviço, mas não. Elegeu a prestação dos serviços da lista anexa como a materialidade do ISS.

Assim, respeitada a tipicidade fechada, com previsão de todos os elementos que compõem a obrigação tributária, não se verifica afronta à segurança jurídica.

### **3. CONCLUSÃO**

A inconstitucionalidade ou não da utilização de materialidades de impostos federais para criação de contribuições pela União passa pela observância dos direitos fundamentais dos contribuintes, traduzidos nos princípios constitucionais em geral e, mais precisamente, nos princípios constitucionais tributários. Costuma-se apontar a tensão com os princípios da legalidade, do não-confisco, da capacidade contributiva, da isonomia e da segurança jurídica.

Eleita a materialidade por via de lei complementar, observada a não cumulatividade e a originalidade quanto à base de cálculo e ao fato gerador em relação a outras contribuições previstas na Constituição, não se revela afronta à legalidade. Definida alíquota e base de cálculo que, somada à carga tributária já incidente sobre a materialidade eleita, não transpasse o limite do razoável, não há que se falar em confiscatoriedade e, conseqüentemente, em violação à capacidade contributiva e à isonomia tributária. Previstos exhaustivamente os

elementos da obrigação tributária, pelo legislador complementar, não há imprevisibilidade que atente contra a segurança jurídica. Sonogado qualquer um desses requisitos, poderemos, aí sim, falar na inconstitucionalidade da exação.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRAZA, Roque Antônio - *Impossibilidade de conflitos de competência no sistema tributário brasileiro* - <http://www.ibet.com.br/download/Roque%20Antonio%20Carrazza.pdf> – acesso em: 19/07/2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário: 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária e a sua estrutura normativa* - <http://www.ibet.com.br/download/Competencia%20Tributaria%20por%20TLG.pdf> - acesso em: 19/07/2017.

HARADA, Kiyoshi. Sistema Tributário na Constituição de 1988. Curitiba. Ed. Juruá, 2006.

Recurso Extraordinário nº 138.284/CE. Relator Min. Carlos Velloso. DJ 28/08/1992.

Recurso Extraordinário nº 573.675/SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski. DJE 21/05/2009.

SOARES DE MELO, José Eduardo. Curso de Direito Tributário, 6ª edição, São Paulo, Dialética, 2005.

#### NOTAS:

[1] CARRAZA, Roque Antônio - *Impossibilidade de conflitos de competência no sistema tributário brasileiro* - <http://www.ibet.com.br/download/Roque%20Antonio%20Carrazza.pdf> – acesso em: 19/07/2017.

[2] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário: 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270.



[3] Recurso Extraordinário nº 138.284/CE. Relator Min. Carlos Velloso. DJ 28/08/1992.

[4] GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária e a sua estrutura normativa* - <http://www.ibet.com.br/download/Competencia%20Tributaria%20por%20T LG.pdf> - acesso em: 19/07/2017.

[5] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*: 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

[6] TOMÉ, Fabiana Del Padre, 2002, p. 101, apud CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, p. 78.

[7] SOARES DE MELO, José Eduardo. *Curso de Direito Tributário*, 6ª edição, São Paulo, Dialética, 2005, p.34.

[8] HARADA, Kiyoshi. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. Curitiba. Ed. Juruá, 2006, p. 186.

[9] Recurso Extraordinário nº 573.675/SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski. DJE 21/05/2009.

## **WORKSHOP INTERNACIONAL SOBRE RECUPERAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DE BAM(17-20 DE ABRIL DE 2004, BAM, I.R., DO IRÃ) - A DECLARAÇÃO E AS RECOMENDAÇÕES DE BAM**

**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.

### **Preâmbulo<sup>[1]</sup>**

O devastador terremoto de 26 de Dezembro de 2003, no deserto histórico da cidade islâmica de Bam, República do Irã, causou a trágica perda de muitas vidas e a destruição de uma esmagadora parte do seu patrimônio cultural. Esta catástrofe natural provocou um forte sentimento de solidariedade na comunidade internacional para o povo de Bam. Este desejo de ajuda também foi particularmente forte entre as instituições e os profissionais de conservação do patrimônio cultural.

Por ocasião do Dia Internacional dos Monumentos e Sítios (18 de abril), a Organização Iraniana de Patrimônio Cultural (ICHO), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e o Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS) organizaram o Workshop Internacional para a Recuperação do Patrimônio Cultural de Bam entre 17-20 de abril de 2004, em Bam. 38 participantes internacionais e 23 especialistas iranianos representantes das autoridades locais e nacionais, e 31 membros do ICHO, oriundos do Canadá, França, Alemanha, Irã, Itália, Japão, Peru, Espanha, Reino Unido e os Estados Unidos da América, bem como representantes dos Governos

da França e Itália, o Centro Internacional para Construção da Terra – *Ecole d'Architecture de Grenoble* (CRATerre-EAG, França), o Instituto de Conservação Getty, o Fundo Mundial de Monumentos, Centro Internacional para o Estudo da Conservação e Restauro de Bens Culturais (ICCROM), ICOMOS, o Banco Mundial e a UNESCO.

Os participantes do workshop examinaram e refletiram sobre o impacto do terremoto em Bam sobre o patrimônio, nomeadamente Arg-e e Bam e as propriedades relacionadas, os arquitetos e especialistas em patrimônio caracterizam esta cidade como única, estrategicamente localizada na orla do deserto.

**Considerando** as lições aprendidas com os desastres naturais anteriores que afetaram o patrimônio construído em ambientes urbanos, como o terremoto de 1995 em Kobe, no Japão, e vários terremotos na Índia, Marrocos, Turquia e países do Norte e do Sul,

**Reconhecendo** a natureza universal da arquitetura em terra antiga, mas ainda usada como uma tradição de vida adaptada para ambientes de deserto, tais como em Bam,

**Observando** com preocupação que as ameaças naturais e humanas continuam a colocar em risco a herança de Bam e percebendo a necessidade de ambas as considerações preventivas urgentes e de longo prazo, que exigem plena coordenação entre todas as partes interessadas,

**Sublinhando** a necessidade de promover a utilização continuada da terra como um material de construção tradicional para novas construções, mantendo, assim, e expandindo as competências especializadas, emprego e oportunidades,

**Salientando** o fato de que os princípios da sabedoria, do conhecimento e de engenharia corretos devem se combinar para criar a construção segura e isso não é necessariamente a aplicação de material, tal como o Adobe, o que contribuiu para o fracasso das estruturas,

**Reconhecendo** os esforços heroicos e bem sucedidos pelas autoridades e profissionais do Irã, em particular a Organização do Patrimônio Cultural do Irã,

para responder eficazmente aos efeitos do terremoto e às medidas necessárias de emergência do patrimônio cultural de Bam,

**Notando** que a experiência de resposta à crise para o patrimônio cultural de Bam poderia servir como um modelo valioso e útil a nível internacional para desastres futuros,

**Apelando** a todos os parceiros nacionais e internacionais e as partes interessadas a participar ativamente no processo de recuperação de Bam,

**Recordando** as convenções, as recomendações, as cartas e as declarações internacionais existentes favorecendo a integração da conservação do patrimônio, no âmbito do processo global de desenvolvimento,

**Adotam** a seguinte declaração final e as recomendações para melhorar o planejamento e conservação do patrimônio de Bam como parte integrante do processo de recuperação sustentável do processo de desenvolvimento após o cataclismo, e exortou às autoridades iranianas, ao ICOMOS e à UNESCO para mobilizar ainda mais a cooperação, tanto a nível nacional e internacional para garantir que medidas adequadas sejam tomadas a curto, médio e longo prazo, para fornecer mais orientações para medidas preventivas aplicáveis e edifícios, estabelecimentos vivos, sítios arqueológicos de barro, arquitetura e paisagens culturais no Irã e em todo o mundo, e incentivar a cooperação nos domínios da investigação, educação e formação de disciplinas relevantes.

## **1. CONSERVAR O PLENO SIGNIFICADO DE ARG-E BAM E SUA CONFIGURAÇÃO**

1. Arg-e Bam, cuja localização estratégica foi escolhida em razão da agricultura economia e questões defensivas, é o marco espiritual da cidade de Bam e uma característica dominante da sua paisagem. É também altamente significativa e um excepcional registro de muitas eras arqueológicas e períodos históricos, representando a tradicional e rica civilização desta cidade, que contribuíram para a evolução da arquitetura em terra e desenvolvimento cultural.

2. O terremoto causou grandes danos estruturais a Arg-e Bam e afetou a natureza visual e funcional da sua relação com a cidade e as suas tradições. Isso

também expôs alguns dos recursos arqueológicos. Uma compreensão completa do impacto do terremoto e de uma conservação do ponto de vista arqueológico é necessária para fornecer uma base abrangente para intervenções específicas, quer para conservar o local, ou restabelecer um pouco de sua condição pré-terremoto em concordância com convenções e cartas internacionais.

3. O trabalho excepcional alcançado desde o dia do terremoto por ICHO considerou o caráter complexo do patrimônio de Bam, inclui o papel espiritual de Arg-e Bam e suas propriedades relacionadas na vida dos cidadãos de Bam. Em particular, os participantes do workshop tomaram nota da rápida criação do caminho de acesso dentro de Arg-e Bam, que foi planejada com cuidado e sensibilidade, e de outras instalações relacionadas e medidas de segurança.

4. A conservação e proteção de Arg-e Bam requer uma abordagem equilibrada com referências a dados científicos e culturais para compreender seu lugar na cultura viva e sua contribuição para a identidade específica de Bam e da natureza do seu sítio arqueológico. Neste sentido, o trabalho de pesquisa arqueológica e conservação devem ser considerados como atividades simultâneas e complementares a efetuar na propriedade.

5. A importância de Arg-e Bam e suas propriedades relacionadas e as consequências do terremoto apelam para o estabelecimento de um centro permanente dedicado à pesquisa e à conservação. A elaboração de estratégias de conservação a longo prazo e planos de gestão abrangente de restrição de tempo irão contribuir para a proteção de Arg-e Bam, que o Governo do Irã está atualmente propondo para ser reconhecido como Patrimônio Mundial.

## **2. CONSERVAÇÃO DO CARÁTER E DO PATRIMÔNIO DA CIDADE E DA PAISAGEM**

1. Os diversos recursos patrimoniais tangíveis e intangíveis de valores expressos associados à longa e complexa história da cidade de Bam. O patrimônio de Bam e arredores é uma paisagem cultural constituída pelo ambiente do deserto, sistema engenhoso de uso de água, de gestão e de distribuição (por exemplo Qanats), uso agrícola da terra, jardins e ambiente construído.

2. No processo de recuperação urgente da cidade de Bam, os aspectos cultural, social, econômico e físico devem ser abordados simultaneamente com a conservação de Arg-e Bam. A ausência de estudos detalhados e aprofundados dos vários aspectos culturais, socioeconômicos e físicos da cidade não devem impedir as ações de recuperação a serem tomadas para o lugar. No entanto, eles devem ser planejados e implementados de forma sensível, em consulta permanente com os gestores do patrimônio. Enquanto isso, em meados de planejamento de longo prazo e implementação de conservação do patrimônio de Bam, o seu caráter e paisagem cultural deve ser realizado. Como parte deste esforço, um inventário dos edifícios, elementos de construção e características da paisagem devem ser preparado. Todos estes esforços irão fornecer informações para implementar a consciência e programas sociais para o povo de Bam, bem como desenvolver a sua compreensão e valorização do seu patrimônio de barro.

3. A implementação de planejamento e recuperação devem ser objeto de um programa de documentação integrada. Considerando a diversidade de patrimônio de Bam e os desafios para a revitalização da paisagem cultural de Bam, as técnicas e os meios utilizados para a documentação devem ser adequados aos objetivos das tarefas especificadas. Todas as informações devem ser incorporadas no sistema de informação do plano de gestão maior.

4. A fundação da identidade forte de Bam é composta por jardins e plantações, monumentos de usos civis e religiosos, casas tradicionais, instalações públicas e sistemas de água e características tais como as paredes de diferentes tipos de construções de terra, por exemplo “chiné”, e todas as manifestações do patrimônio imaterial. A conservação, sempre que possível, deve ser preferida e sua reconstrução deve ser vista como uma oportunidade para perpetuar a identidade do patrimônio de Bam. Assim, através de sua paisagem urbana, há uma oportunidade de melhoria real na tecnologia de edifícios e uma redução da vulnerabilidade a forças naturais, como os futuros sismos.

### **3. INTEGRAÇÃO DO PATRIMÔNIO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO FUTURO DE BAM**

1. A conservação e revitalização do patrimônio imaterial e tangível de Bam devem ser integradas no âmbito do Plano Geral que deve ser revisto, bem como programas de apoio complementares e projetos especiais que contribuem para o

processo de recuperação de pós-sismo de Bam, a fim de assegurar que a única identidade e caráter cultural de Bam sejam mantidos e contribuir plenamente para a restauração da vida de seus cidadãos.

2. O patrimônio cultural, em particular o local de Arg-e Bam, e o caráter global da cidade também constituem recursos primários não renováveis, mas para o futuro social e o desenvolvimento econômico da cidade, através do turismo e outras atividades relacionadas. Como tal, a sua conservação e manejo adequado, incluindo a perpetuação de competências e know-how tradicional devem ser considerados como recursos para o desenvolvimento futuro da cidade.

3. O recente desenvolvimento do turismo e a sua provável expansão futura não são incompatíveis com os objetivos científicos e culturais associados à conservação e à proteção do patrimônio cultural de Bam e deve ser visto como complementar.

Enquanto infraestruturas turísticas devem ser planejadas e desenvolvidas de modo a limitar ou eliminar os seus impactos visuais ou físicos potencialmente negativos sobre o patrimônio cultural, os benefícios do turismo devem ser compartilhados com a economia local e contribuir para a conservação dos recursos culturais. Finalmente, a interpretação dos sítios deve incluir uma referência aos terremotos e suas consequências para a população local.

#### **4. PRESERVAÇÃO E ENRIQUECIMENTO DA TRADIÇÃO DA ARQUITETURA DA TERRA**

1. O impacto do terremoto sobre o patrimônio edificado de Bam e suas infraestruturas demonstrou que era a qualidade da construção e da engenharia dos edifícios que foi a principal causa dos danos, ao invés dos materiais de construção. Isto também demonstra a necessidade de documentar e compreender o desempenho do material corretamente empregado nos edifícios. Isto é particularmente importante no desenvolvimento de tecnologia sísmica na arquitetura em terra para uso futuro em Bam e em outros lugares do Irã.

2. É importante para atualizar a imagem social da arquitetura vernacular entre as pessoas locais, sem a qual este tipo de arquitetura será inevitavelmente perdida devido à perda das habilidades tradicionais relevantes e conhecimento.

## **5. PROTEGER E PREVENIR O PATRIMÔNIO DE TERRA EM ÁREAS SÍSMICAS**

1. O colapso de estruturas e os detritos resultantes dos terremotos são riscos graves para a vida humana e para o patrimônio cultural. Hoje, é reconhecido que a proteção contra tais cataclismos devem ser considerados tanto para as estruturas históricas e contemporâneas. À luz disto, deve ser a prática em ambientes de patrimônio para ir além dos limites da análise de engenharia atual padrão e técnicas de design. Isto deve incluir uma compreensão completa e possível utilização das características da construção antissísmica tradicional de desempenho e práticas das regiões e nações envolvidas.

2. Para facilitar a proteção e a prevenção de danos ao patrimônio de terra, é essencial para:

a) Aumentar a compreensão do comportamento completo e desempenho do material de terra, estrutura e construção em áreas sísmicas;

b) Documentar as culturas e arquiteturas tradicionais, onde a terra é o material principal de construção, prestando especial atenção às suas respostas específicas e aos relacionamentos com as necessidades dos habitantes e do ambiente;

c) Documentar os diferentes sistemas e tipos de materiais de construção de barros existentes, de compreender e desenvolver um glossário para os processos de deterioração;

d) Manter e monitorar todos os tipos de estruturas de barro;

e) Certificar-se que uma plena compreensão e apreciação da arquitetura em terra, materiais e estruturas de construção estão integradas na documentação usada por todos os envolvidos em atividades de conservação.

## **6. MANUTENÇÃO E COOPERAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DE CONSERVAÇÃO**

1. A diversidade de questões culturais, científicas, educacionais e de gestão de Bam e os efeitos do terremoto convocam para a cooperação sustentada em



diferentes níveis, a partilha de preocupações e conhecimento, a fim de aumentar a capacidade necessária para a realização de projetos específicos.

2. A nível local, a recuperação do patrimônio cultural de Bam requer o desenvolvimento de uma abordagem integrada que é transparente e aberta para a população. Baseando-se em informações e nos processos de formação, consulta e participação, esta abordagem deve levar em conta a perspectiva da população local, reconhecendo as responsabilidades específicas das instituições e profissionais encarregados da assistência, da manutenção e acessibilidade de Arg-e Bam e outros elementos do patrimônio de Bam.

3. A cooperação entre as instituições governamentais e não-governamentais e associações, a nível nacional e internacional é essencial para continuar específicas tarefas, tais como o desenvolvimento de um sistema de informação abrangente. Além disso, uma abordagem interdisciplinar é necessária ao abordar diversas disciplinas científicas, necessidades educacionais e de conservação do patrimônio cultural de Bam. A criação de ferramentas e mecanismos adequados para facilitar e sustentar tal cooperação nacional e internacional é necessário e deve ser implementada.

4. A cooperação deve ser desenvolvida com outras organizações, especialmente aquelas normalmente envolvidas na restauração, arqueologia e conservação do patrimônio, bem como aqueles trabalhados na área de planejamento urbano, habitação, turismo e atividades de financiamento.

## **7. RECOMENDAÇÕES**

1. Recomendação para uma ação imediata:

a) Documentar, identificar e analisar os riscos iniciais e implementar emergencialmente tratamentos de estabilização;

b) Firmar e estabilizar as partes de Arg-e Bam que são vulneráveis a tremores secundários;

c) Fornecer acesso adequado, com sensibilidade concebida e segura para a proteção de profissionais, o público em geral e para os cidadãos de

Bam que continuarão a utilizar Arg-e Bam para atividades tradicionais e religiosas.

## 2. Recomendação para ações de curto prazo (2004-2005):

a) Definir critérios e procedimentos para o gerenciamento de detritos, tendo em plena consideração, numa base caso a caso, qualquer das implicações estruturais e intervenções podem causar sobre os recursos patrimoniais.

b) Continuar com rigor o processo relevante de consulta entre o ICHO e as autoridades no sentido de garantir o Plano Mestre para a reconstrução da cidade de Bam, respeitando as áreas de patrimônio de Bam, tal como definido no interior do núcleo e zonas-tampão, que estão sendo propostas para inscrição para o Patrimônio Mundial. Além, a vista panorâmica e paisagem cultural circundante de Arg-e Bam e suas propriedades relacionadas devem ser tidas em conta no âmbito do Plano Mestre.

c) Fortalecer e continuar o processo de planejamento de gestão abrangente em um curto a médio período de tempo, para Arg-e Bam e seus arredores.

d) Desenvolver planos de acesso de visitantes e de orientação, incluindo a exibição de eventos e bens patrimoniais pré e pós-terremoto.

## 3. Recomendações para ações de médio prazo (2004-2010):

a) Desenvolver e implementar um plano de gestão local para Arg-e Bam e suas áreas circundantes. O plano deve abordar e estabelecer políticas para conservação, pesquisas arqueológicas, reabilitação, paisagem cultural proteção, a interpretação local, acesso, circulação e segurança. Além disso, o plano deve garantir a compatibilidade com o Plano Diretor Geral sendo desenvolvido para a reconstrução de Bam.

b) Desenvolver um programa de conservação, que inclui uma análise abrangente resultando em intervenções com base na identificação da gama completa de valores, de acordo com aspectos internacionais.

c) Implementar um sistema de gestão de informação aberta para garantir o acesso à informação e para evitar desperdícios de esforço. Para este fim, os critérios-padrão devem ser estabelecidos para coleta de dados, classificação e entrada. Estas normas devem levar em consideração as necessidades das várias disciplinas.

#### 4. Recomendações para ações de longo prazo (2004-2015):

1. Avaliar os objectivos do plano de gestão do sítio Arg-e e Bam, a eficácia das políticas no âmbito do plano de gestão e a compatibilidade com os resultados esperados a partir do Plano Diretor Geral.

2. Realizar investigações científicas para tratar de questões relacionadas com conservação da arquitectura em terra em Arg -e Bam a longo prazo. Isso poderia contribuir, no contexto nacional e internacional mais amplo, para o desenvolvimento do uso adaptado de técnicas de arquitectura em terra para áreas sísmicas e para contemporânea precisa.

### **8. MANUTENÇÃO DO ÍMPETO E CONCENTRAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DA PRESENTE DECLARAÇÃO E RECOMENDAÇÕES**

1. Estabelecer um centro de pesquisa permanente para Arg-e Bam, em particular, e na arquitetura de arquitetura em geral, que pode também promover a utilização de Arg-e Bam como um treinamento e centro de investigação de importância nacional.

2. Para fornecer o apoio necessário a Bam e seu patrimônio, os participantes concordam que seria essencial para ICHO, ICOMOS e UNESCO continuar a sua cooperação para assegurar que os resultados deste workshop sejam eficazmente respondidos. Os recursos de documentação extraídos do sistema de gestão da informação sobre o patrimônio de Bam deve incluir a base para o trabalho de conservação sustentável. Especial atenção para o desenvolvimento de interface de usuário do projeto adequado, comunidades, profissionais, programas de sensibilização do público e uso pedagógico deve ser dada prioridade. O contexto

cultural e tecnológico adequado das infraestruturas pode ser fundamental para as estratégias de divulgação nesta fase da aplicação.

3. A criação de um fundo de urgência pela UNESCO para agilizar a assistência para o patrimônio de Bam foi recomendado.

Finalmente, os participantes do workshop expressaram sua profunda gratidão à Organização Iraniana do Patrimônio Cultural e as autoridades iranianas, ICOMOS e UNESCO para a hospedagem conjunta e organização deste workshop oportuno e importante. Além disso, a gratidão expressa ao Governo do Japão, da UNESCO e do seu Comitê do Patrimônio Mundial, e o Banco Mundial, por sua assistência técnica e financeira generosa para realizar este workshop, e para os governos do Canadá, França e Itália, o Instituto de Conservação Getty, e a Fundo Mundial para Monumentos pela sua cooperação técnica.

Adotada em Bam, Irã, em 20 de Abril de 2004.

---

## **INTERNATIONAL WORKSHOP ON THE RECOVERY OF BAM'S CULTURAL HERITAGE<sup>[2]</sup>**

**(17-20 April 2004, Bam, I.R. of Iran)**

### **The BAM Declaration and Recommendations**

#### **Preamble**

The devastating earthquake of 26 December 2003 in the historic desert city of Bam, Islamic Republic of Iran, caused the tragic loss of many lives and the destruction of an overwhelming part of its cultural heritage. This natural disaster stirred a strong sense of solidarity in the international community for the people of Bam. This wish to aid was also particularly strong amongst institutions and professionals in the conservation of cultural heritage.

On the occasion of the International Day of Monuments and Sites (18 April), the Iranian Cultural Heritage Organization (ICHO), the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO), and International Council of Monuments and Sites (ICOMOS) organized an International

Workshop for the Recovery of Bam's Cultural Heritage between 17- 20 April 2004 in Bam. 38 international and 23 Iranian expert participants and representatives of local and national authorities, and 31 ICHO members, gathered from Canada, France, Germany, Iran, Italy, Japan, Peru, Spain, the United Kingdom and the United States of America, as well as representatives the Governments of France and Italy, International Centre for Earth Construction – Ecole d'Architecture de Grenoble - (CRATerre-EAG, France), the Getty Conservation Institute, World Monuments Fund, the International Centre for the Study of the Preservation and the Restoration of Cultural Property (ICCROM), ICOMOS, the World Bank, and UNESCO.

The workshop participants examined and reflected on the impact of the earthquake on Bam's heritage, notably Arg-e Bam and its related properties, the architecture and heritage assets which characterize this unique city, strategically located on the fringe of the desert;

**Drawing** from lessons learnt from previous natural disasters which affected built heritage in urban settings, such as the 1995 Kobe earthquake in Japan, and various earthquakes in India, Morocco, Turkey, and countries in North and South America,

**Recognizing** the universal nature of the ancient but still used earthen architecture as a living tradition adapted to desert environments, such as in Bam,

**Noting** with concern that human and natural threats continue to endanger Bam's heritage and realising the need for both urgent and long-term preventive considerations, which demand full co-ordination between all stakeholders,

**Stressing** the need to promote continued utilization of earth as a traditional building material for new constructions, thereby retaining and expanding the specialist skills and employment opportunities,

**Emphasising** the fact that wisdom, knowledge and correct engineering principles must combine to create the required conditions for safe building,

and it is not necessarily the implementation of material such as adobe which contributes to the failure of structures,

**Recognizing** the heroic and successful efforts by the authorities and professionals of Iran, in particular, the Iranian Cultural Heritage Organization, to effectively respond to the postearthquake emergency needs of Bam's cultural heritage,

**Noting** that the crisis-response experience for Bam's cultural heritage could serve as a valuable and useful model at an international level after future disasters,

**Calling** upon all national and international partners and stakeholders to actively participate in the recovery process of Bam, Recalling existing international conventions, recommendations, charters, and declarations favouring the integration of heritage conservation within the overall development process,

**Adopted** the following Declaration and Recommendations, for improved planning and conservation of Bam's heritage as an integral part of the recovery process and sustainable development process after the cataclysm, and called upon the Iranian authorities, ICOMOS and UNESCO to mobilize further co-operation at both national and international level to ensure that adequate steps are taken in the short, mid and long term, to provide further guidelines for preventive measures applicable to buildings, living settlements, archaeological sites of earthen architecture and cultural landscapes in Iran and around the world, and to encourage cooperation in the fields of research, education and training in relevant disciplines.

## **1. CONSERVING THE FULL SIGNIFICANCE OF ARG-E BAM AND ITS SETTING**

1. Arg-e Bam, whose strategic location was chosen for agricultural, economic and defensive reasons, is the cultural and spiritual landmark of the city of Bam and a dominant feature of its landscape. It is also a highly significant and exceptional record of many archaeological layers and historical

periods, representing the long and rich civilization of this city, contributed to the evolution of earthen architecture and cultural development.

2. The earthquake caused major structural damage to Arg-e Bam and affected the visual and functional nature of its relation to the city and its traditions. It also exposed some of the archaeological features. A full understanding of the impact of the earthquake from a conservation and archaeological point of view is necessary to provide a comprehensive basis for specific interventions either to conserve the site, or to re-establish some of its pre-earthquake condition in concurrence with international conventions and charters.

3. The exceptional work achieved since the day of the earthquake by ICHO has taken into account the complex character of Bam's heritage, including the spiritual role of Arg-e Bam and its related properties in the life of the citizens of Bam. In particular, the Workshop participants took note of the rapid establishment of the access path within Arg-e Bam, which was planned with care and sensitivity, and of the other related facilities and safety measures.

4. The conservation and protection of Arg-e Bam requires a balanced approach with reference to scientific and cultural data to understand its place in the living culture and its contribution to the specific identity of Bam and the nature of its archaeological site. In this sense, archaeological research work and conservation should be considered as concurrent and complementary activities to be carried out on the property.

5. The significance of Arg-e Bam and its related properties, and the consequences of the earthquake both call for the establishment of a permanent centre dedicated to research and conservation. The elaboration of long term conservation strategies and time-restricted comprehensive management plans will contribute to the protection of Arg-e Bam, which the Government of Iran is presently proposing to be recognized as World Heritage property.

## **2. CONSERVING THE CHARACTER AND THE HERITAGE OF THE CITY AND LANDSCAPE**

1. The diverse tangible and intangible heritage resources of Bam express values associated with the long and complex history of the city. The heritage of Bam and its surrounding area are a cultural landscape composed of the desert environment, ingenious water use, management and distribution systems, (e.g. Qanats), agricultural land use, gardens, and built environment.

2. In the urgent recovery process of Bam city, the cultural, social, economic, and physical aspects must be addressed simultaneously with the conservation of Arg-e Bam. The absence of detailed and in-depth studies of the various cultural, socioeconomic and physical aspects of the city should not prevent recovery actions from taking place. Nevertheless they should be planned and implemented in a sensitive manner, in constant consultation with the heritage managers. Meanwhile, mid to long term planning and implementation to conserve the heritage of Bam, its character and cultural landscape should be undertaken. As part of this effort, an inventory of buildings, building elements and landscape features, should be prepared. All these efforts will provide information to implement awareness and social programmes for the people of Bam, and develop their understanding and appreciation of their earthen heritage.

3. Recovery planning and implementation should both refer to and be the subject to an integrated documentation programme. Considering the diversity of Bam's heritage and the challenges to the revitalization of Bam's cultural landscape, the techniques and media used for documentation should be appropriate to the objectives of the specified tasks at hand. All information should be incorporated into the information system of the larger management plan.

4. The foundation of Bam's strong identity is composed of gardens and plantations, monuments of religious and civil uses, traditional houses, public facilities and water systems, and such features as the walls of different types of earth constructions, for example "chiné", and all the manifestations of intangible heritage. The conservation, wherever possible, should be preferred and their reconstruction should be seen as a chance to perpetuate the living identity of Bam. Thus, through its urban landscape, there is an opportunity for real improvement in building technologies, and a reduction in vulnerability to natural forces, such as future earthquakes.



### **3. INTEGRATING HERITAGE IN THE RECOVERY PROCESS AND THE FUTURE DEVELOPMENT OF BAM**

1. The conservation and revitalization of intangible and tangible heritage of Bam must be integrated within the General Master Plan which should be revised, as well as complementary support programmes and special projects contributing to the recovery process of post-earthquake Bam, in order to ensure that the unique identity and cultural character of Bam are retained and fully contribute to the restoration of the life of its citizens.

2. The cultural heritage, in particular the site of Arg-e Bam and the overall character of the city also constitute primary but non-renewable resources for the future social and economic development of the city, through tourism and other related activities. As such, their conservation and adequate management, including the perpetuation of skills and traditional know-how are to be considered as resources for the city's future development.

3. The recent development of tourism and its likely future expansion are not incompatible with the scientific and cultural objectives associated with the conservation and protection of Bam's cultural heritage and should be seen as complementary.

While tourism infrastructures should be planned and developed so as to limit or eliminate their potentially negative visual or physical impacts on cultural heritage, the benefits of tourism should be shared with the local economy and contribute to the conservation of the cultural resources. Finally, the interpretation or presentation of the sites should include reference to the earthquake and its consequences for the local population.

### **4. PRESERVING AND ENRICHING THE TRADITION OF EARTHEN ARCHITECTURE**

1. The impact of the earthquake on the built heritage of Bam and its infrastructures demonstrated that it was the quality of construction and engineering of the buildings that was the main cause of damage rather than the construction materials themselves. This also demonstrates the need to document and understand building and material performance properly. This is

particularly important in the development of seismic earthen architecture technology for future use in Bam and elsewhere in Iran.

2. It is important to upgrade the social image of vernacular architecture among the local people, without which this kind of architecture will be inevitably lost due to the loss of the relevant traditional skills and know-how.

## **5. PROTECTING AND PREVENTING DAMAGE TO EARTHEN HERITAGE IN SEISMIC AREAS**

1. The collapse of structures and the debris resulting from earthquakes are serious risks to human life and to cultural heritage. It is now recognized that protection against such cataclysms must be considered both for historic and contemporary structures. In light of this, it should be the practice in heritage environments to go beyond the confines of standard present-day engineering analysis and design techniques. This should include a full understanding and possible use of the earthquake performance characteristics of traditional anti-seismic construction practices of the regions and nations involved.

2. To facilitate the protection and prevention of damage to earthen heritage, it is essential to:

a. Increase understanding of the complete behaviour and performance of the earth material, structure, and construction in seismic areas;

b. Document the traditional cultures and architectures where earth is the principle building material, paying special attention to their specific responses and relationships to the needs of the inhabitants, and environments;

c. Document the different types of existing earthen materials and building systems, to understand and develop a glossary for the processes of decay; d. Maintain and monitor all types of earthen structures; e. Ensure that a full understanding and appreciation of earthen architecture, building materials and structures is integrated into the documentation used by all involved in conservation activities.

## **6. SUSTAINING CO-OPERATION TO REALIZE THE CONSERVATION GOALS**

1. The diversity of cultural, scientific, educational and management issues of Bam and the effects of the earthquake call for sustained co-operation at different levels, the sharing of concerns and knowledge in order to increase the capacity required for the realisation of specific projects.

2. At the local level, the recovery of Bam's cultural heritage requires the development of an integrated approach that is transparent and open towards the population. Basing itself on information and the processes of education, consultation, and participation, this approach should take into account the perspective of the local population, acknowledging the specific responsibilities of the institutions and professionals entrusted with the care, maintenance and accessibility of Arg-e Bam and other elements of Bam's cultural heritage.

3. Co-operation among governmental and non-governmental institutions and associations, at the national and international levels is essential to carry on specific tasks, such as the development of a comprehensive information system. Moreover, an interdisciplinary approach is necessary to address the various scientific, educational and conservation needs of Bam's cultural heritage. The setting up of appropriate tools and mechanisms to facilitate and sustain such national and international co-operation is required and must be implemented.

4. Co-operation must be developed with other organizations, especially those usually involved in restoration, archaeology and conservation of heritage, as well as those working in the fields of urban planning, housing, tourism and funding activities.

## **7. RECOMMENDATIONS**

1. Recommendations for immediate action:

- a. Document, identify and analyse initial risks and implement emergency stabilisation treatments.
- b. Secure and stabilise the parts of Arg-e Bam which are vulnerable to aftershocks.

c. Provide adequate, sensitively designed and safe access to conservation professionals, the general public, and to the citizens of Bam who will continue to utilize the Arg-e Bam for traditional and religious activities.

## 2. Recommendations for short-term actions (2004-2005):

a. Define criteria and procedures for managing debris, taking into full consideration, on a case by case basis, the structural implications any interventions may cause on the heritage resources.

b. Continue with rigour the consultation process between ICHO and the relevant authorities in ensuring that the Master Plan for the Reconstruction of Bam City respects the heritage areas of Bam, as defined within the core and buffer zones, which are being proposed for World Heritage inscription. In addition, the panoramic views and cultural landscape surrounding Arg-e Bam and its related properties must be taken into account within the Master Plan.

c. Strengthen and continue the comprehensive management planning process in a short to medium time frame, for Arg-e Bam and its surrounding areas.

d. Develop plans for visitor access and orientation, including exhibition of pre and post-earthquake events and heritage assets.

## 3. Recommendations for mid-term actions (2004-2010):

a. Develop and implement a site management plan for Arg-e Bam and its surrounding areas. The plan must address and establish policies for conservation, archaeological researches, rehabilitation, cultural landscape protection, site interpretation, access, circulation and safety. Furthermore, the plan should guarantee compatibility with the General Master Plan being developed for Bam's reconstruction.

b. Develop a conservation programme, which includes a comprehensive analysis resulting in interventions based on the identification of the complete range of values in accordance with international charters.

c. Implement an open information management system to ensure access to information and to prevent wastes of effort. To this end, standard criteria for data collection, classification and entry must be established. These standards must take into consideration the needs of multiple disciplines.

#### 4. Recommendations for long-term actions (2004-2015):

1. Assess the objectives of the site management plan of Arg-e Bam, the effectiveness of the policies within the management plan, and the compatibility with the expected outcomes from the General Master Plan.

2. Conduct scientific investigations to address issues related to the long term conservation of earthen architecture in Arg-e Bam. This could contribute, in a broader national and international context, to the development of adapted use of earthen architecture techniques for seismic areas and for contemporary needs.

### **8. SUSTAINING THE MOMENTUM AND FOCUS TO IMPLEMENT THE PRESENT DECLARATION AND RECOMMENDATIONS**

1. Establish a permanent research centre for Arg-e Bam in particular, and on earthen architecture in general, which may also promote the use of Arg-e Bam as a training and research centre of national significance.

2. To provide Bam and its heritage with the necessary support, the participants agreed that it would be essential for ICHO, ICOMOS and UNESCO to continue their co-operation to ensure the results of this workshop are effectively responded to. The documentation resources drawn from the information management system of Bam's heritage should comprise the foundation for sustainable conservation work. Special attention to the development of user interface design appropriate to professional communities, public outreach programmes, and pedagogical usage should be given priority. The appropriate cultural contexts and technological infrastructures can be instrumental in the dissemination strategies in this stage of implementation.

3. The urgent creation of a fund by UNESCO for streamlining assistance to Bam's heritage was recommended.

Finally, the participants of the Workshop expressed their deep appreciation to the Iranian Cultural Heritage Organization and the Iranian authorities, ICOMOS and UNESCO for jointly hosting and organizing this timely and important Workshop. Furthermore, gratitude was expressed to the Government of Japan, UNESCO and its World Heritage Committee, and the World Bank, for their generous technical and financial assistance to realize this Workshop, and to the Governments of Canada, France and Italy, the Getty Conservation Institute, and the World Monuments Fund for their technical co-operation.

Adopted in Bam, Iran, on 20 April 2004.

#### NOTAS:

[1] Texto traduzido por **Tauã Lima Verdan Rangel**. Bolsista CAPES. 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. 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. E-mail: [taua\\_verdan2@hotmail.com](mailto:taua_verdan2@hotmail.com)

[2] Versão original disponível em: <<http://www.icomos.org/xian2005/bam-declaration.pdf>>. Acesso em 19 out. 2015.

## OS CONVÊNIOS PÚBLICOS COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

**THAIS CRISTINA MUNIZ BLANCO:** Graduação em Direito na UERJ. Pós Graduação em Direito Administrativo na UCAM.

**RESUMO:** O Convênio, ajuste firmado entre ente público e outro ente público ou instituição particular sem fins lucrativos, é um ajuste cujo objetivo é realizar uma finalidade pública comum, com colaboração. Mostra-se relevante elucidar os requisitos legais para sua celebração, bem como para a seleção das entidades interessadas. Ademais, a elaboração e execução de um Plano de Trabalho são formas de garantir o cumprimento da finalidade pública e aplicação correta dos recursos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convênios. Requisitos. Termo de Convênio. Plano de Trabalho.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

---

### 1. Introdução

Convênio é um ajuste entre o ente público e a instituição conveniente com o objetivo de realizar uma finalidade pública comum, mediante mútua colaboração. A possibilidade de celebração de convênios está prevista no art. 116 da Lei n. 8.666/93 e art. 21 e seguintes do Decreto Municipal nº 8.360/2009.

Segundo as normas mencionadas, aplicam-se as regras específicas para celebração de contratos administrativos aos convênios “no que couberem”. Esta expressão vaga, complementada pelos parágrafos do referido artigo, exige do intérprete – administrador público – especial cuidado na análise do caso concreto.

### 2. Desenvolvimento

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, salienta que para a realização de convênios, “os entes conveniados têm **objetivos institucionais comuns** e se reúnem, (...), para alcança-los”<sup>[1]</sup>. A análise de compatibilidade existente entre o objetivo institucional dos partícipes e o objeto do convênio é compreendida pela

verificação dos atos constitutivos das mesmas, bem como da minuta do Termo de Convênio e seu respectivo Plano de Trabalho.

Clássica é a lição de Hely Lopes Meirelles[2]:

**“(...) convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste, outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por esta razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, segundo suas possibilidades, para consecução do objetivo comum, desejado por todos.”**

É instrumento jurídico adequado para a execução, em regime de mútua cooperação, de serviços de interesse recíproco da Administração Pública e as entidades da sociedade civil organizada. Dois são os aspectos extremamente relevantes na sua definição: o regime de cooperação mútua e o interesse recíproco.

*“A cooperação mútua pressupõe aportes de recursos por ambas as partes, ainda que com preponderância de uma delas. Não é exigido que a entidade sem fins lucrativos realize aporte de recursos financeiros, mas é necessário que a contrapartida seja feita com algo economicamente mensurável (bens, serviços, tecnologia)”[3], conforme afirma Eduardo Szazi.*

## 2.1 - Da seleção

A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a lei nº 8.666/93 estabelece, no seu artigo 116, que ela é aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Porém, como visto acima, faz a ressalva que esta aplicação ocorre no que couber. Raramente será possível a



competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Isto porque, no verdadeiro convênio inexistente a perseguição de lucro, servindo os recursos financeiros empregados tão-só para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Portanto, inviável e incoerente é o procedimento licitatório.

No entanto, a não realização de licitação não significa um sinal aberto para atuação livre do Administrador. Sempre haverá a necessidade imperiosa de se motivar a escolha da eventual parceira, sob o risco de afrontar diversos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

## **2.2 - Do Plano de Trabalho**

De início, há de ser observada a necessidade de apresentação do “Plano de Trabalho”, contendo os elementos elencados pelo art. 116, da Lei Geral de Licitações, com a aprovação da autoridade competente.

Deve, ainda, constar declaração do autorizador de despesas quanto ao interesse público a ser alcançado com a celebração do presente convênio, bem como sua adequação econômica e financeira.

A apresentação das metas a serem atingidas com a execução do Convênio é uma exigência do próprio art. 116, §1º, no seu inciso I e está em consonância com o entendimento dos Tribunais de Contas<sup>[4]</sup>. Dessa forma, o Plano de Trabalho deve apresentar a descrição das metas a serem atingidas, qualitativa e quantitativamente, com a indicação da contrapartida da entidade conveniada. Note-se que as metas a serem atingidas indicadas, devem ser passíveis de aferição objetiva pela Administração Pública quando da sua fiscalização.

## **2.3 - Requisitos de Habilitação**

Os requisitos de habilitação contidos no art. 28 e seguintes da lei nº 8.666/93 devem ser observados cuidadosamente. Deve ser dispensada aos convênios a mesma preocupação com a eficiência na aplicação dos recursos públicos atinentes aos contratos administrativos, de forma a recomendar ao

administrador a apreciação das condições descritas na lei para o ajuste, ainda que de forma mitigada.

#### **2.4 - Dos recursos orçamentários**

Ao Administrador cabe a indicação dos recursos orçamentários para a efetivação dos repasses previstos, mediante apresentação de requisição de reserva de dotação e a justificativa dos valores a serem despendidos, com a demonstração da adequação da despesa aos fins pretendidos.

A justificativa dos valores é importante para permitir ao administrador avaliar a economicidade da atividade proposta e fiscalizar, no curso do contrato, a aplicação dos recursos públicos única e exclusivamente na consecução do objeto do convênio, viabilizando atendimento das metas e, conseqüentemente, da finalidade pública.

O convênio que “recebe determinado valor fica vinculado ao objeto do convênio durante toda a execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado” [5].

### **3. Conclusão**

Portanto, não se pode negar a importância no controle dos requisitos para a seleção da entidade privada, bem como para a celebração e execução dos Convênios no intuito de se realizar uma finalidade pública comum, com colaboração. Mostra-se igualmente relevante a elaboração e execução de um Plano de Trabalho de forma a garantir o cumprimento da finalidade pública e aplicação correta dos recursos.

### **4. Referências Bibliográficas**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17ª Edição, Editora Atlas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 10ª Edição. 2015. Editora Saraiva. p. 234.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª Edição. 2016. Editora Saraiva.

SZAZI, Eduardo. Terceiro Setor: regulação no Brasil, 4ª Edição. Editora Peirópolis.

NOTAS:

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17ª Edição, Editora Atlas, p.293.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª Edição. 2016. Editora Saraiva. p. 407.

[3] SZAZI, Eduardo. Terceiro Setor: regulação no Brasil, 4ª Edição. Editora Peirópolis. p. 106.

[4] Acórdão nº 1.331/2007 – Primeira Câmara; Acórdão nº 609/2009 – Plenário; Acórdão nº 1.331/2007 – Primeira Câmara. Todos do TCU.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 10ª Edição. 2015. Editora Saraiva. p. 234.

**FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS/IBMEC**

**Curso de Direito**

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO  
NO BRASIL**

**AMANDA RODRIGUES DAGER**

**ORIENTADOR: MARCIA ADRIANA OLIVEIRA FERNANDES**

**Rio de Janeiro**

**2016.2**



## A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

AMANDA RODRIGUES DAGER

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito, apresentada como pré-requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/Ibmec RJ.

Área de Concentração: Direito Penal  
Professor Orientador: Marcia  
Adriana Oliveira Fernandes

Rio de Janeiro

2016.2



FOLHA DE APROVAÇÃO

---

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL**

AMANDA RODRIGUES DAGER

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito, apresentada como pré-requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/Ibmec RJ.

**Banca Examinadora:**

Professora Marcia Adriana Oliveira Fernandes  
Orientador

Professor Paulo Ricardo Nogueira Machado  
Examinador

Professora Luciana Silva Ramalho  
Examinadora

## RESUMO

No presente trabalho é apresentado uma questão muito polêmica e presente na sociedade brasileira, que é a Descriminalização do Aborto. O nosso ordenamento jurídico criminaliza a prática, apenas sendo permitida em certas situações como é o caso do aborto que coloca em risco a vida da mãe, quando a gravidez é fruto de estupro e agora, de acordo com a mais recente decisão jurisprudencial, quando o feto é anencefálico. Porém mesmo com a criminalização, o fato continua ocorrendo e por se tratar de uma prática proibida, leva as mulheres a procurarem clínicas clandestinas para realizar o procedimento, que nem sempre são especializadas e com isso, acabam realizando abortos inseguros que podem gerar graves sequelas, incluindo a morte. Iremos abordar os pontos jurídicos que deveriam assegurar o direito da mulher de optar ou não pelo prosseguimento da gestação, fazendo uma breve análise sobre os movimentos feministas e a autonomia da mulher sobre o próprio corpo. A descriminalização do aborto e sua legalização, seria uma tentativa de solucionar esse problema de forma mais efetiva, reduzindo as consequências decorrentes da criminalização, deve ser tratada como uma questão de saúde pública.

Palavras Chave: Aborto, Descriminalização, Legalização, Clandestinidade, Mulher

## ABSTRACT

This paper presents a very controversial and present issue in Brazilian society, which is the Decriminalization of Abortion. Our legal system criminalizes the practice, only being allowed in certain situations, such as abortion that puts the life of the mother at risk, when pregnancy is the result of rape and now, according to the most recent jurisprudential decision, when the Fetus is anencephalic. But even with criminalization, the fact continues to occur and because it is a prohibited practice, leads women to seek clandestine clinics to perform the procedure, which are not always specialized and with this, end up performing unsafe abortions that can generate serious sequelae, including death. We will address the legal points that should ensure the right of women to choose whether or not to continue gestation by briefly analyzing women's movements and women's autonomy over their own bodies. The decriminalization of abortion and its legalization, would be an attempt to solve this problem more effectively, reducing the consequences of criminalization, should be treated as a public health issue.

Key Words: Abortion, Decriminalization, Legalization, Clandestine, Mortality, Woman



## SUMÁRIO

<b>CAPITULO 1. ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA</b> .....	9
1.1. DEFINIÇÃO DO CRIME DE ABORTO .....	9
1.2. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DAS ESPÉCIES DE ABORTO.....	10
1.2.1 Aborto Terapêutico ou Necessário .....	11
1.2.2 Aborto sentimental .....	11
1.2.3 Aborto Eugênico e Aborto Anencefálico .....	12
1.2.4 Aborto Social .....	13
1.3. ASPECTOS JURÍDICOS .....	13
1.4 ASPECTOS MÉDICOS.....	15
1.5. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS.....	16
<b>CAPÍTULO 2. A LEGALIDADE DO ABORTO</b> .....	18
2.1. O ABORTO NO BRASIL.....	18
2.2 A AUTONOMIA DA MULHER SOBRE O PRÓPRIO CORPO.....	23
2.3. OS MOVIMENTOS FEMINISTAS NO BRASIL .....	26
<b>CAPÍTULO 3. ABORTO COMO CRIME</b> .....	32
3.1. DAS CONSEQUENCIAS DO ABORTO CLANDESTINO .....	32
3.2. O PAPEL DO DIREITO PENAL NO ABORTO .....	35
3.3 A DESCRIALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO.....	37
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	40
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	42

## INTRODUÇÃO

O Presente trabalho tem por objeto a discussão sobre a descriminalização do crime de aborto. É um tema que gera inúmeras discussões e polemicas, pois, é formado por opiniões divergentes em diversos ramos da sociedade, como na área medica, jurídica, social, religiosa, entre outras.

A grande questão é sempre a defesa da vida do feto, independente da vontade da mulher. Sendo apenas aceito quando a mãe corre risco de morte ou em casos de estupro e agora, de acordo com jurisprudência recente, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que não é mais crime o aborto de fetos anencéfalos (com má-formação do cérebro e do córtex - o que leva o bebê à morte logo após o parto).

Apesar de haver muitos projetos de lei sobre a descriminalização do aborto, esse tema ainda não conseguiu a aceitação total pelo Estado e, portanto, não possui amparo legal e nem uma lei descriminalizadora, com exceção de certos casos, que veremos a seguir.

No primeiro capítulo, há o conceito e classificação do aborto em sua esfera jurídica, demonstrando também os aspectos médicos, jurídicos e sociológicos acerca do tema.

No segundo capítulo trata da legalidade do aborto no Brasil, abrangendo a situação do aborto no Brasil, os movimentos feministas e a autonomia da mulher sobre o próprio corpo.

Por fim, o terceiro capítulo retrata as consequências do aborto clandestino e inseguro no país, o papel que o direito penal exerce sobre o tema e como a descriminalização pode ser uma solução para todas essas questões.

O que está sendo proposto neste trabalho é demonstrar que a criminalização do aborto não é efetiva, pelo contrário, já que é causa de grande mortalidade materna no país, e solucionar questões graves decorrentes do aborto, dando ao Estado o poder de tutelar esse assunto, criando leis e meios seguros para assegurar que caso a mulher venha optar por não prosseguir com a gravidez, ela possa ser amparada de forma digna, com assessoria do Estado.

Portanto o objetivo desse trabalho é analisar a interrupção de certos casos da gravidez, primando por uma abordagem jurídica, científica e teórica, que foram realizados através de muitas análises de ideias, conceitos e posicionamentos legais de acordo com o nosso ordenamento jurídico, artigos e pesquisas relacionadas sobre o tema, para uma melhor compreensão sobre o assunto aqui estudado.

## CAPÍTULO 1. ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

### 1.1. DEFINIÇÃO DO CRIME DE ABORTO

Primeiramente, para que possamos compreender a discussão sobre a descriminalização do crime de aborto, é necessário que saibamos no que consiste esse delito, desde uma perspectiva social e jurídica. Desse modo, segundo o Dicionário do Aurélio aborto é:

Expulsão de um feto ou embrião antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno. 2. Produto dessa expulsão. 3. Coisa ou resultado desfavorável ou imperfeito. 4. Fenômeno estranho ou raro. 5. Pessoa ou coisa considerada disforme.<sup>1</sup>

E abortar é:

Interromper o sucesso ou a continuação de algo. 2. Expulsar, espontânea ou voluntariamente, um feto ou embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade<sup>2</sup>

De modo geral, o ato de abortar pode ser definido como a eliminação prematura do útero do feto ou embrião da concepção, é interromper a gestação com a morte do feto ou embrião.

Segundo Greco, a vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Mas, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno. Assim, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal.<sup>3</sup>

Dessa forma, afastamos de nosso raciocínio inúmeras discussões relativas ao uso de dispositivos ou substâncias que seriam consideradas abortivas, mas que não têm o condão de repercutir juridicamente, pelo fato de não permitirem justamente a implantação do óvulo já fecundado no útero materno.

Portanto, o início do parto faz com que seja encerrada a possibilidade de realização do aborto. A destruição da vida intrauterina antes do início do parto caracteriza a hipótese de aborto, cuja punição a título de culpa não é prevista pelo Código Penal brasileiro.

<sup>1</sup>DICIONARIO DO AURELIO. **Significado de aborto.** Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/aborto>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

<sup>2</sup>DICIONARIO DO AURELIO. **Significado de Abortar.** Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/abortar>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015. p.201.

Mas se a morte ocorreu depois de iniciado o parto, a hipótese é de homicídio, caso não tenha sido praticado pela mãe sob influência do estado puerperal.

O direito protege a vida desde a sua formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos; desde então até o início do parto, a sua eliminação tipifica o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana. A proteção penal à vida abrange, como se constata, a vida intrauterina e a vida extrauterina.

O objeto material do delito de aborto pode ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto, razão pela qual o aborto poderá ser considerado ovular (se cometido até os dois primeiros meses da gravidez), embrionário (praticado no terceiro ou quarto mês de gravidez) e por último fetal (quando o produto da concepção já atingiu os cinco meses de vida intrauterina e daí em diante).<sup>4</sup>

A ação de provocar o aborto tem a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção. Ela se exerce sobre a gestante ou também sobre o próprio feto ou embrião. E só há crime quando o aborto é provocado; se é espontâneo, não existe crime. Se os peritos não podem afirmar, por exemplo, que o aborto foi provocado, não há certeza da existência de crime, e sem tal certeza não se pode falar em aborto criminoso.

## 1.2. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DAS ESPÉCIES DE ABORTO

O aborto pode ter duas formas: espontâneo ou provocado. O aborto espontâneo ou natural acontece quando há a interrupção espontânea da gravidez, portanto não configura crime. Ele é caracterizado por motivos intrínsecos, como defeitos uterinos, moléstias, problemas psicológicos, etc., paternais e fetais (má-formação do feto). Acontece quando a gestação é interrompida por motivos alheios a vontade da mulher. Já o aborto provocado ocorre quando é desencadeado por interferências externas de médicos ou pela própria mãe.

No Brasil, a doutrina apresenta várias classificações jurídicas para o crime de aborto, tais quais aqueles que são provocados e não espontâneos.

---

<sup>4</sup> Ibidem, p.203.

### 1.2.1 Aborto Terapêutico ou Necessário

O aborto necessário também é conhecido como terapêutico e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante. Neste caso o médico realiza o aborto com o intuito de salvar a vida da mãe. Permite a prática do aborto não sendo necessário outro motivo, a não ser aquele de se afirmar que a intervenção era indispensável para salvar a gestante de morte.

Nas palavras de Bittencourt:

O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar<sup>5</sup>

Sendo assim, o Código Penal, permite a prática do aborto nos casos em que seja a única alternativa para que a mãe sobreviva, pois a vida da mãe se torna mais importante que o nascimento com vida do feto, e assim, não constituindo crime.

### 1.2.2 Aborto sentimental

O aborto humanitário, também denominado ético ou sentimental, é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro e a gestante consente na sua realização. Pelo nosso Código Penal não há limitação temporal para a estuprada-grávida decidir-se pelo abortamento. Neste caso a interrupção da gravidez é realizada por motivo psicológico que a mãe passou a sofrer devido a forma violenta que foi submetida na concepção da gravidez. Não há punição prevista no código penal. Greco aduz que:

Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada. Ainda mais se adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.2. p.414.

infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar e de representação legal, exigindo abrigo e atuação de parte do Ministério Público.<sup>6</sup>

Ainda devemos saber que a prova do crime de estupro pode ser produzida por todos os meios em Direito admissíveis. Sendo desnecessário autorização judicial, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual. Essa restrição não consta do dispositivo, e, conseqüentemente, sua ausência não configura o crime de aborto.

### 1.2.3 Aborto Eugênico e Aborto Anencefálico

O aborto eugênico é o aborto realizado nos casos de fetos defeituosos, ou até mesmo com possibilidade de se tornarem defeituosos no futuro. O aborto eugênico é aquele realizado com a finalidade de “evitar” o nascimento de pessoas defeituosas. Essa forma de aborto não é aceita pela doutrina, pois a “escolha” dos “defeitos” que autorizariam o aborto é muito subjetiva.

Já o aborto anencefálico é aquele em que há uma grave malformação fetal que resulta da falha de fechamento do tubo neural. Isso leva à ausência dos hemisférios cerebrais, da calota craniana e do cerebelo. A conjunção desses fatores impede a possibilidade de vida extra-uterina. A anencefalia não possui tratamento ou cura, e é fatal em 100% dos casos. Hoje possui jurisprudência firmada do sentido de que é possível abortar nos casos em que o feto venha a não desenvolver o cérebro no futuro, sem que essa conduta se configure como aborto. Por sua vez no aborto anencefálico o feto tem chances remotas de sobreviver.

Cumprido destacar que o Código Penal não legitima a realização do chamado aborto eugênico, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Porém, em abril de 2012, o STF decidiu que é um direito constitucional da mulher a antecipação do parto em caso de anencefalia e que pode ser solicitada, sem necessidade de autorização judicial. O STF julgou procedente a ADPF 54<sup>7</sup>, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do CP.

Defende o ministro relator, Marco Aurélio Mello,

---

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 288.

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2013/04/17/noticias-saude,194707/quando-a-vida-comeca-medicos-debatem-a-descriminalizacao-do-aborto.shtml>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

“O feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, principalmente, de proteção jurídico-penal. "Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.”<sup>8</sup>

Desta forma, existe o entendimento no sentido de que o anencéfalo pode ser considerado um natimorto. E, portanto, não haveria bem jurídico a tutelar, podendo optar assim, pelo aborto.

#### 1.2.4 Aborto Social

É o aborto feito por falta de recursos financeiros, em outras palavras, ocorre quando a mãe não possui condições econômicas para sustentar o filho. Não é permitido pelo Código Penal e segundo Capez “Será cometido no caso de famílias muito numerosas, em que o nascimento agravaria a crise financeira e social, aumentando o problema social denominado de miséria.”<sup>9</sup>

Mas apesar de proibido, é muito comum no Brasil. Este tipo de aborto tem sido a causa de alguns movimentos sociais para que haja a exclusão da culpa da gestante que comete tal ato sob essas condições. Mas ainda assim é crime e não há justificativa ou desculpa para o ato, com a finalidade de afastar a ilicitude ou a culpabilidade.

### 1.3. ASPECTOS JURÍDICOS

Como leciona Bittencourt, o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção — feto ou embrião — não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto for provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante.<sup>10</sup>

Mas muitos doutrinadores acreditam que essa conduta deve ser descriminalizada baseada não só na ideia de que assim, muitas mortes diminuiriam, como

<sup>8</sup> STF. **ADPF54**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2007. v. 2. p. 254.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 450.



também no direito que a mulher dispõe sobre o próprio corpo e no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido posiciona-se Guilherme de Souza Nucci afirmando que:

Certa intervenção do estado na esfera do particular é sim necessária e útil dentro do que propõe o próprio conceito de estado e de liberdade individual. Ocorre que esta intervenção deve sempre respeitar os direitos da pessoa e sua dignidade aos moldes do que prega um Estado Democrático de Direito.<sup>11</sup>

Apenas duas modalidades são permitidas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: o aborto sentimental e o aborto terapêutico. O aborto terapêutico encontra previsão legal no Art. 128, I (aborto necessário), já o aborto sentimental está previsto no inciso II do referido artigo (Aborto no caso de gravidez resultante de estupro). São considerados como crime quando não respeitadas às normas dos artigos 124 a 127 do Código Penal Brasileiro. São elas:

a) Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

A primeira forma é o autoaborto, a gestante, ela própria utilizando-se dos meios disponíveis para o seu desiderato o faz. Esta modalidade está prevista na primeira figura, ou seja, ela mesma pratica o aborto. Já a segunda figura encontra-se presente na segunda parte do *caput* do artigo, quando, a gestante permite que outra pessoa nela o pratique.

b) Aborto provocado sem o consentimento da gestante

Na segunda forma a coisa muda substancialmente, pois entra em cena a terceira pessoa, a qual a lei dará um tratamento bem mais rigoroso com aquele que comete o aborto sem o consentimento da gestante, pois nesse caso a pena é de reclusão de 3 a 10 anos.

c) Aborto provocado com o consentimento da gestante

No terceiro tipo de aborto a sanção penal volta a ser mais branda (1 a 4 anos) se comparada com o anterior (3 a 10 anos), mas apesar dessa diminuição no número da pena, o regime inicial de cumprimento da pena é o de reclusão.

Luiz Regis Prado alerta que, de modo geral,

no aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também - ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto) - a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade ou a integridade pessoal como bens jurídicos secundariamente

---

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.230

protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125 do CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127 do CP)<sup>12</sup>.

No aspecto jurídico diversas são as opiniões dadas quando o assunto é a descriminalização do aborto, não são igualitárias, pois englobam nessa questão fatores relacionados a área medica, religiosidade e também o direito. A questão também se relaciona à dúvida quanto ao início da gestação, fazendo com que qualquer interrupção provocada a gestação seja classificada como aborto gerando responsabilidade penal.

A questão é altamente controversa, uma vez que ambos os defensores de uma posição como críticos argumentam defender um direito humano e os defensores do aborto o direito de exercer o à liberdade, autonomia e privacidade da mãe.

#### 1.4 ASPECTOS MÉDICOS

Do ponto de vista médico, a prática da medicina com relação aos riscos resultantes do aborto são as complicações inevitáveis, essas que muitas vezes podem levar a morte da gestante.

Muitos médicos alertam sobre o risco do aborto mal feito, que pode vir a causar infecções e ainda prejudicar futuras gestações. Pode gerar consequências irreversíveis à saúde da mulher e são em grande parte devido ao aborto clandestino, sendo alta sua gravidade e muitas vezes ocasionado pela falta de informação e condições financeiras da gestante.

Uma pesquisa realizada com médicos de hospitais públicos do Rio de Janeiro, por Giffin, obteve como resultado que a maioria considerava o aborto um problema de saúde pública e defendia sua liberação, entendida como forma de diminuir a mortalidade, principalmente das mulheres mais pobres; 44% sugeriram a descriminalização do aborto em casos em que a mulher não quer ter o filho e 45% no caso de suspeita ou comprovação de malformação. Concluiu-se então que a categoria médica é em sua maioria a favor da descriminalização do aborto.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. II. 9ª E.d. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.123.

<sup>13</sup> LOUREIRO, David Câmara; VIEIRA, Elisabeth Meloni. **Aborto: conhecimento e opinião de médicos dos serviços de emergência de Ribeirão Preto**. São Paulo, Brasil, sobre aspectos éticos e legais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 679-688, June 2004.

Há ainda um parecer elaborado pelos conselhos federais de Medicina e Psicologia, entre outras entidades, propõe a legalização do aborto no Brasil para Gestações até a 12ª semana. Os profissionais que elaboraram o documento entendem que até esse período o embrião não tem sistema nervoso e, por isso, não estabelece relações humanas. E que é direito da mulher interromper a gravidez.<sup>14</sup>

Até o 3º trimestre de gravidez, não há nenhuma possibilidade de arranjo do sistema nervoso que se possa qualificar como atividade cerebral em qualquer nível, a não ser neurônios tentando se conectar. Muitos consideram que a vida humana começa no instante da fecundação. Mas, por esse raciocínio, a então vida começa antes, porque o espermatozoide é vivo e o óvulo também.

Portanto, do ponto de vista médico, a medicina defende a descriminalização do aborto como uma solução para os riscos do aborto clandestino, que muitas vezes geram riscos à saúde da mulher e como razão para a melhoria da saúde pública, já que ainda que proibido o aborto, muitas gestantes o fazem

## 1.5. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

Sabemos que a forma de pensar de cada sociedade, assim como suas legislações variam ao longo do tempo, assim como determinada conduta é considerada crime em certo país, em outros locais o direito penal não se ocupa desse delito. Cada sociedade possui seu ordenamento jurídico próprio, com concepções diversas sobre determinados assuntos que acontecem em cada lugar. Cada comunidade entende de forma diferente sobre determinadas questões a depender de seu passado histórico e questões como religião, economia, cultura e outros aspectos.

Quando a sociedade é colocada frente a complexidades e assuntos impactantes, para que se chegue a uma conclusão sobre o tema, quando a maioria não é a favor de tal ato, o comportamento de cada indivíduo acaba condicionando o dos demais. Não são apenas comportamentos ou decisões comuns, em maioria, pelas pessoas, que fazem um fato se tornar ou não, aceito na sociedade. Além disso existe um conjunto de fatores que fazem com que

---

<sup>14</sup>SAUDEPLENA. **Quando a vida começa?**. Disponível em: <<http://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2013/04/17/noticias-saude,194707/quando-a-vida-comeca-medicos-debatem-a-descriminalizacao-do-aborto.shtml>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

surja o preconceito com relação a determinada conduta, com base nos valores sociais, religiosos, culturais e econômicos da sociedade em que vivemos.

A legislação brasileira é retrógrada no sentido da mudança por necessidade social, já que a questão do aborto não engloba só o crime, mas o aumento da mortalidade de milhares de mulheres a cada dia, também. A sociedade possui uma visão repressiva diante das mulheres que realizam o aborto, inclusive por ser um tema que tem uma ligação muito grande com a religião e discussões sobre o início da vida.

O Brasil, apesar de ser um estado laico, sofre forte influência na sociedade pelas religiões, ainda mais se tratando do aborto. Grande parte da população possui algum tipo de crença e quase todas são contra o aborto, com o argumento de que o feto é um ser com vida desde a concepção e a mulher, portanto, tem o dever de carregá-lo até seu nascimento, caso contrário, seria um crime contra a vida do nascituro. As religiões são diferentes entre si, mas todas fundamentam-se na mesma ideia de que o direito do homem deve vir em primeiro lugar, com isso, sendo o feto sua criação/propriedade, este possui, os mesmos direitos, resultando então na condenação do aborto, já que a vida é o seu principal direito.

Além da questão religiosa na sociedade, a política também interfere nessa esfera social, já que desde sempre a legislação proibia a conduta do aborto, contribuindo assim, para que as pessoas sempre estivessem acostumadas com a ideia de que aborto é um crime e não deve ser aceito na sociedade.

Mas com o passar do tempo, a sociedade vem se mostrando mais progressista e revolucionária através de movimentos e lutas em prol das mulheres e seus direitos, buscando pôr em prática a autonomia conquistada, mostrando-se assim, que nem todas as pessoas são contra o aborto, pois a vida da mulher e sua decisão devem ser respeitadas quanto qualquer outra.

Mas é nítida a mistura de opiniões na sociedade entre os que defendem a descriminalização do aborto e os que condenam a prática. Cada lado se funda em argumentos diversos sobre apoiar ou não a prática da conduta. Há os que acreditam que com a descriminalização, diminuiria em grande parte o número de abortos clandestinos cometidos no Brasil, assim como as mortes provenientes das complicações do mesmo, mas há também aqueles que acreditam piamente que o aborto é a retirada de uma vida, que se deu início desde a concepção e, portanto, é inviável que essa prática seja admitida e amparada pela lei brasileira, já que se trata de um crime contra a vida.

## CAPÍTULO 2. A LEGALIDADE DO ABORTO

### 2.1. O ABORTO NO BRASIL

A história do aborto no Brasil vem desde a colonização, em que a prática do aborto já era realizada pelas mulheres indígenas, ocasionada pela falta de apoio e da presença dos pais e maridos, quando esses saíam para determinadas missões. O papel da mulher nessa época era somente o de reprodução, sendo proibidas quaisquer relações que não fosse a conjugal e familiar. Desse modo o aborto ia contra o que o Estado e a Igreja estabeleciam.<sup>15</sup>

Apesar da forte repressão ao aborto, as mulheres ainda assim o praticavam, mesmo com as péssimas condições presentes no período colonial, por conta da pobreza e do abandono, além de tentarem esconder a ilegitimidade dos filhos. As mulheres, em sua maior parte, não tinham família, eram solteiras e seus filhos eram fruto de relações extraconjugais. Diante disso, a alternativa que elas encontravam era recorrer ao infanticídio e ao aborto.

Durante longos anos, o aborto no Brasil era considerado pelas elites dominantes e pela Igreja Católica um desregramento moral e, por conta do seu crescimento na sociedade, houve a necessidade da criação de uma legislação que proibisse a prática.

O primeiro código penal que falava da proibição do aborto foi em 1830, no qual era punida qualquer pessoa que tentasse realizá-lo ou que fosse cúmplice do ato. Depois houve o Código Penal de 1890, esse passou a condenar a mulher que realizasse o próprio aborto, mas com certas atenuantes. Nota-se então, que o código penal brasileiro sofreu forte influência dos ideais católicos, de modo que as leis sempre deram importância a conduta moral e os bons costumes da família e da sociedade, principalmente no que concerne à conduta feminina, que era na época, considerada responsável pela base da família cristã.<sup>16</sup>

Apesar das discussões sobre o aborto, no Brasil, serem muito extensas e antigas, a história sobre a discriminação e legalização sobre aborto no país teve seu início no ano de 1989. Nesse ano a prefeita do município do estado de São Paulo, Luiz Erundina de Souza, nomeou o médico do Município Eduardo Jorge, para secretário da saúde. Esse por sua vez, indicou para coordenadora da saúde da mulher, uma feminista, a médica Maria José

---

<sup>15</sup> PRIORE, Mary Del. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia**. 1 ed. Sao Paulo: UNESP, 2009. p. 301.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.302.

Araújo, que atribuiu uma comissão coordenada pela feminista negra Edna Roland a responsabilidade de encontrar soluções para o insolúvel problema do aborto, até então.<sup>17</sup>

Nesse cenário, foi constituído uma lei que foi aprovada no Estado do Rio de Janeiro, de iniciativa do Governador Leonel Brizola, que determinava o atendimento pela rede pública de saúde dos casos de aborto previstos nos incisos I e II do artigo 128 do código penal brasileiro. Após sancionada, o governador sucumbiu as reclamações do Cardeal do Rio de Janeiro e acabou por revogar a referida lei. Mesmo com a revogação, a comissão de São Paulo solicitou pareceres jurídicos e a Ordem dos advogados do Brasil foi provocada e acabou emitindo parecer favorável a lei.<sup>18</sup>

A partir daí a prática do aborto no Brasil passou a ser permitida nas hipóteses previstas no Código Penal, fazendo com que nessas modalidades o aborto saísse da clandestinidade, compondo uma política pública. Com isso, outras decisões judiciais introduziram mais uma hipótese permissiva, extraída também do código penal, que é o caso da anencefalia fetal.

O Brasil então, passou a permitir essas formas de aborto, porém não foi o suficiente para sanar essa questão, como veremos a diante.

Apesar do aborto ser proibido no Brasil na maioria dos casos, salvo algumas exceções permitidas pela nossa legislação, a criminalização não é um meio efetivo para impedir que o aborto ocorra no país. Mesmo proibido, essa prática é um problema que afeta a nossa sociedade em larga escala, gerando um elevado número de mortes por consequências de abortamentos inseguros, sem o devido amparo legal.

A criminalização do aborto no Brasil, fundada em paradigmas de ideologia patriarcal, não é compatível com o sistema de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, e constitui um meio de controle da sexualidade feminina ineficaz e inútil para a proteção da vida intrauterina. Além disso, se mantém no país com um grande custo social e impede a implantação de medidas eficazes para o combate as consequências do aborto inseguro, que hoje em dia, é, um grave problema de saúde pública.

De acordo com o juiz José Henrique Rodrigues,

---

<sup>17</sup> FIORINI, Norma Kyriakos E Eliana. **Aborto legal: Implicações éticas e religiosas**. São Paulo: Católicas, 2002. p. 132

<sup>18</sup> Idem, p. 135

A criminalização do aborto está violando os princípios jurídicos e democráticos da idoneidade (a criminalização deve ser útil para enfrentar o problema social que pretende arrostar), da subsidiariedade (a criminalização somente deve ser adotada como última alternativa, quando não houver medidas mais eficazes para o enfrentamento do problema que a inspirou) e da racionalidade (a manutenção da criminalização não se justifica quando os danos sociais dela decorrentes tornam-se mais graves que aqueles causados pelo problema que se pretendia enfrentar). E há princípios democráticos que impedem a criminalização para a imposição de condutas de modo simbólico ou promocional, para garantir a prevalência de uma determinada concepção moral ou para punir condutas frequentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população, como ocorre com o aborto.<sup>19</sup>

A criminalização do aborto, não pode ser implementada somente para assegurar as condutas que a sociedade não concorda. Não deve a criminalização impor determinada concepção moral e punir condutas que são frequentemente aceitas na população, pois isso afronta diretamente a autonomia e a dignidade das mulheres e acaba contrariando os princípios constitucionais da idoneidade, da subsidiariedade e da racionalidade, previstos em nossa constituição.

O Brasil ratificou tratados e convenções internacionais de direito humanos e possui dispositivos legais e princípios constitucionais que protegem os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Porém esse sistema criminalizador, só serve para afastar as mulheres da plena assistência à saúde, e as impede de exercer esses direitos.

Dentro do contexto dos direitos humanos, extraindo-se a maior carga possível de efetividade, o parágrafo sétimo do artigo 226 da nossa constituição diz:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Portanto, a decisão sobre quando e se ter filhos é livre. Ao Estado caberia propiciar, dar condições e informações para o exercício livre e igualitário desse direito. O Estado é obrigado a fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício da liberdade de decisão. O aborto praticado por profissional de saúde devidamente habilitado é sem dúvida, um recurso científico e por isso, deveria ser algo legalizado diante da descriminalização do aborto.

---

<sup>19</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e constituição: Coleção Para Entender Direito**. 1ª ed. São Paulo: Estudo Editores.Com, 2015. p. 50

No Brasil e no mundo, o aborto é um problema grave de saúde pública. Conforme dados da OMS, são realizados a cada dia 55.000 abortos inseguros em países em desenvolvimento, que resultam na morte diária de 200 mulheres. As taxas brasileiras se encontram entre 3,7 abortos/100 mulheres de 15 a 49 anos, ou seja, estima-se que 31% das gestações terminem em abortamento. Ou seja, apesar das proibições, o aborto continua existindo e constitui uma das principais causas de mortalidade materna no Brasil. Estima-se que 68.000 mulheres morrem, por ano, em todo o mundo, em decorrência do aborto inseguro. A razão de morte por aborto seguro é até menor do que a razão de morte materna. Ou seja, interromper uma gravidez utilizando métodos seguros é mais seguro do que levar uma gravidez, mesmo que normal e sem complicações, adiante. O abortamento inseguro deveria ser entendido, então, como um problema de saúde pública.<sup>20</sup>

Um estudo recente sobre a magnitude do aborto no Brasil estimou que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005. A fonte de dados para o cálculo da estimativa foram as internações por abortamento registradas no Serviço de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde. Ao número total de internações foi aplicado um multiplicador baseado na hipótese de que 20% das mulheres que induzem aborto foram hospitalizadas.<sup>21</sup>

A prática do aborto clandestino é a quinta maior causa de internação hospitalar de mulheres no SUS, respondendo por 9% das mortes maternas e 25% das causas de esterilidade por problemas tubários. Cerca de 60% dos leitos de ginecologia no Brasil são ocupados por mulheres com sequelas de aborto.<sup>22</sup>

Nos últimos três anos, o Sistema Único de Saúde realizou cem vezes mais procedimentos pós-aborto do que abortos legalizados. Em 2014, quase 200 mil mulheres passaram por um procedimento como curetagem ou aspiração (eles podem ser necessários em casos de aborto espontâneo, ilegal ou de complicações pós-parto). Nesse mesmo ano, apenas 1,6 mil realizaram aborto legal, segundo dados preliminares do Ministério da Saúde.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> MAIA, Monica Bara. **Direito de Decidir Múltiplos Olhares sobre o Aborto** – Editora Autentica 1ª Ed. 2008, p.33.

<sup>21</sup> Ministério da Saúde. **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisa no Brasil**. Versão Preliminar, Brasília, 2008. Disponível em: [HTTP://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto\\_e\\_saude\\_publica\\_vs\\_preliminar.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf). Acesso em 10 nov 2016.

<sup>22</sup> AGÊNCIA PÚBLICA. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Disponível em: <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

<sup>23</sup> REVISTA GALILEU. **Como funciona o aborto no Brasil**. Disponível em: <http://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2013/04/17/noticias-saude,194707/quando-a-vida-comeca-medicos-debatem-a-descriminalizacao-do-aborto.shtml>. Acesso em: 14 nov. 2016.



Diante desses números, está mais que na hora de debater a garantia legal do aborto e colocar na perspectiva de que é um problema de saúde pública, responsabilizando o Estado em relação à vida dessas mulheres, considerando o aborto como um problema de saúde a ser enfrentado.

Com a descriminalização do aborto, há que se criar uma política para que haja sua legalização, com métodos e informações para ser disponibilizados as mulheres que desejam abortar e assim, saibam dos riscos e consequências que um aborto pode trazer, tornando o método mais seguro e prático, já que será feito por profissionais capazes e assim, diminuindo e muito o número de abortos clandestinos e inseguros no país.

Além da saúde pública, há também que se levar em conta as consequências psicológicas na mulher. Quando uma mulher é impedida de dar prosseguimento ao aborto, o risco para sua saúde mental é muito maior, na medida em que, sem escolha, enfrentará uma gravidez indesejada. Trinta e quatro por cento das mulheres que tiveram o abortamento negado reportou que, de um a três anos, a criança se tornou um peso do qual frequentemente elas se ressentiam. As consequências psicológicas ao abortamento são menos sérias do que aquelas experimentadas por mulheres que levam sua gestação indesejada a termo e decidem entregar a criança para adoção. Praticamente todas as mulheres acreditaram que doar o bebê poderia causar trauma emocional maior que o abortamento, considerando que poderiam desenvolver uma profunda afeição emocional com o bebê.<sup>24</sup>

O aborto é um problema muito maior do que se imagina. Além de ser uma questão de saúde pública, o impedimento dele traz consigo problemas para saúde psicológica da mulher, que ao ser obrigada a levar diante a gestação indesejada, pode desenvolver transtornos quanto a isso. Devemos repensar sobre essa ilegalidade acerca do tema no Brasil, já que não estamos tratando apenas da vida do feto, mas também das possíveis consequências a vida da mulher.

Visto todos os transtornos que a criminalização do aborto gera, por conta da clandestinidade e até mesmo as consequências psicológicas as mães, não podemos aceitar que a criminalização do aborto tenha fundamentos nas ideologias religiosas e conservadoras, pois vivemos em um Estado laico, igualitário e democrático de direito. O que devemos defender é

---

<sup>24</sup> PEDROSO, Daniela. **Aborto e Saúde Mental**. Cienc. Cult., São Paulo, v. 64, n. 2, June 2012 . Available from <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200016&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200016&lng=en&nrm=iso)>. access on 14 Nov. 2016.

a saúde da mulher em primeiro lugar, mesmo que para isso tenhamos que legalizar essa prática.

Contudo, apesar dos setores da sociedade e da igreja serem contrários a descriminalização, o Supremo Tribunal Federal firmou recentemente o entendimento, de que praticar aborto nos três primeiros meses de gestação não é crime.

Segundo o ministro Barroso,

As violações são à autonomia da mulher, à sua integridade física e psíquica, a seus direitos sexuais e reprodutivos e à igualdade de gênero. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.<sup>25</sup>

Pode-se dizer que a decisão representa um marco na história, representando o progresso e o início do rompimento das raízes conservadoras que sempre estiveram presentes na sociedade. É um grande avanço e que retrata que não dá mais para tratarmos o caso como um simples problema. O aborto merece visibilidade e merece ser visto da forma que a criminalização advinda dele gera problemas muito maiores do que as pessoas imaginam. Embora tenha sido uma decisão para um caso concreto específico, outros tribunais poderão utilizar do entendimento para firmar suas decisões.

## 2.2 A AUTONOMIA DA MULHER SOBRE O PRÓPRIO CORPO

Com relação, ao controle do corpo e da sexualidade das mulheres, verifica-se que, no curso da história, desde sempre, na sociedade, houve uma dominação e domesticação com relação a isso. A mulher sempre foi estigmatizada, encarada como um ser inferior, desempenhando um papel secundário na sociedade.

A sexualidade e o corpo da mulher, foram sempre controlados e domesticados, de forma que o principal papel da mulher na sociedade era o doméstico, tal como cuidar dos filhos, do lar, do marido. A mulher só era integrada na sociedade a partir do casamento e da maternidade.

---

<sup>25</sup> STF. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

Desde então, através de lutas feministas e direitos adquiridos ao longo do tempo, a autonomia da mulher sobre o próprio corpo vem sendo conquistada com o passar do tempo através de movimentos e políticas que asseguram a igualdade de gênero entre a sociedade. Mas ainda assim, os resquícios de uma sociedade machista e controladora, permanecem na sociedade, e é com esses obstáculos que as mulheres vem lutando diariamente para ultrapassar e demonstrar que podem ter sua autonomia, desvinculando a ideia patriarcal que permeia a sociedade, destituindo assim, a ideia de poder e maternidade compulsória através da autonomia do próprio corpo.

A criminalização do aborto é uma afronta a autonomia das mulheres. É uma manifestação machista e patriarcal que impõe à mulher a obrigação de ser mãe, e quando necessitam interromper a gravidez, são obrigadas a recorrer aos serviços clandestinos que não oferecem cuidados básicos de saúde.

Há nitidamente um paradoxo entre o direito à vida e a autonomia da mulher, quando falamos sobre o aborto. De um lado o direito à vida do feto e do outro a imposição da gestação a mulher, que nem sempre quer dar continuidade a gravidez.

Se a autonomia sobre o próprio corpo é um direito constitucional, porque não podemos decidir sobre levar ou não adiante algo que ocorre exclusivamente com a mulher que está diante desse paradoxo? Porque nesse caso, há um impedimento legal sobre esse direito constitucional? Certamente esse impedimento tem suas raízes na sociedade controladora que antes dominava a mulher e sua sexualidade. Mas com o advento da constituição e da igualdade para todos, esse pensamento tem que ser alterado e, portanto, deveríamos ter o poder de escolher entre levar adiante ou não uma gravidez, pois nós somos as responsáveis pelo nosso corpo.

O corpo humano integra a personalidade sobre o seu próprio corpo cada qual tem sua autonomia: é, enquanto pessoa, titular do direito a individualidade, a intimidade, a liberdade de decisão. O corpo é nossa propriedade e sobre ele, temos total e integral domínio e posse. É assim, direito indisponível, irrenunciável e inerente a personalidade humana.

Luiz Roberto Barroso diz que,

A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas

indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia está a de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável.<sup>26</sup>

Impor à mulher uma gestação fundamentada, exclusivamente, em seu suposto destino biológico, constitui uma evidente conduta instrumental tendente a transformá-la em um objeto cuja função se perfaz no atendimento das expectativas distintas e, muitas vezes, incompatíveis às suas. Nesse ponto duas questões se impõem de forma inescapável àqueles que estão dispostos a enfrentar o debate de forma racional e que revelam a interface do princípio da dignidade humana com o princípio da igualdade, este também previsto de forma transparente no art. 5º, caput, da Constituição Federal.<sup>27</sup>

O direito deveria garantir às mulheres o direito à autonomia do corpo, da sexualidade e da reprodução, com todos os atributos que esta autonomia pode ter, significaria reconhecer a plena condição de sujeito moral de direito, capaz de tomar decisões conscientemente e de exercer plenamente os seus direitos e deveres, livre de interferências e de coerções.

Ingo Sarlet aduz que, a dignidade da pessoa humana, enquanto eixo central do ordenamento jurídico pátrio, possui estreita interface com os princípios da igualdade e liberdade, sendo a ofensa a esses princípios um ataque direto ao fundamento primário do Estado Democrático de Direito.<sup>28</sup>

Portanto, nada mais seria que uma afronta aos direitos fundamentais a limitação a autonomia do próprio corpo, ao momento em que a mulher não tem o direito de decidir se quer levar a gravidez a diante ou não, quando esse deveria ser um dos pilares dos direitos fundamentais.

Falar sobre o direito ao aborto hoje significa ter como referência a justiça social e considerar os direitos de quem aborta e de quem exerce essa intervenção – mulheres e profissionais de saúde, a partir de quatro princípios éticos: o princípio da integridade corporal, que é o direito à segurança e o controle do próprio corpo, como um dos aspectos do conceito de liberdade reprodutiva e sexual; o princípio de igualdade, que inclui a igualdade de direitos entre mulheres e homens e entre todas as mulheres; o princípio da individualidade, que diz

<sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010. p.24.

<sup>27</sup> MAIA, Mônica Bara. *op. cit.*, p.93.

<sup>28</sup> SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p.52.

respeito à capacidade moral e legal das pessoas, implicando no direito à autodeterminação, o respeito à autonomia na tomada de decisões sexuais e reprodutivas e o princípio da diversidade, que se refere ao respeito pelas diferenças entre as mulheres.<sup>29</sup>

### 2.3. OS MOVIMENTOS FEMINISTAS NO BRASIL

O estigma da mulher simbolizou em quase todos os tempos, que a mulher é um ser inferior, um ser impuro, com cérebro pequeno, pervertida moralmente e sujeita as imundícies que a manchariam para sempre. O custo desse desvio foi, porém, a alienação da mulher da participação social ativa e uma difícil e lenta integração para conseguir ter condições próximas a igualdade com o homem. A desvalorização feminina sempre foi presente.

Só recentemente, a mulher adquiriu igualdade legal, o que não significa que as mulheres estejam livres de muitos preconceitos ou que não tenham que se emancipar continuamente. Onde a mulher conquistou direitos iguais, isto é, igualdade na legislação, ainda enfrenta a inferioridade, pois muitas regras ainda não são receptivas as mulheres.

Nas palavras de Vera Andrade,

Trata-se, portanto, de deslocar o leme da luta jurídica e de ressaltar a importância da construção de um espaço público politizado pelas mulheres como sujeitos pela via da positividade dos Direitos, particularmente do Direito Constitucional (recoberto e sustentado, obviamente, pelo plano das Declarações internacionais dos direitos da mulher) e conduzente a uma construção positiva (e não defensiva) da cidadania. E enfrentar-se como sujeito implica, preliminarmente, se autopsicanalizar e decodificar os signos de uma violência relacional, questionando nossa autoimagem de mulheres sempre violentadas, para construir por dentro dos universos feminino/masculino e do cotidiano da sua conflituosidade, o cotidiano da emancipação.<sup>30</sup>

Nessa esfera se percebe o crescimento dos movimentos feministas, que buscam acabar com essa estigmatização que recai sobre as mulheres, tentando retirar a ideia de que a mulher é um ser inferior e, portanto, não merece ter “voz” na sociedade. Tentam mostrar que

<sup>29</sup> PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. **Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil**. Cienc. Cult. São Paulo, v. 64, n. 2, June 2012 . Available from <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=en&nrm=iso)>. access on 14 Nov. 2016.

<sup>30</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira De. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.53.

as mulheres têm direitos a igualdade e autonomia, assim como o homem, sem que sejam julgadas por isso. Acontece, porém, que a sociedade ainda está muito presa as concepções passadas de que a mulher não deve ter a mesma autonomia que os homens.

Esse estigma que recai sobre a mulher é a raiz de todos os preconceitos e desigualdades que a humanidade experimenta ainda hoje. Goffman diz que,

Construímos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças.<sup>31</sup>

Com objetivo de conseguir a igualdade de gêneros e mostrar que a mulher deve ter os mesmos direitos que o homem, surgiram movimentos feministas em prol do fim dessa estigmatização da mulher e em busca de maior autonomia e poder de decisão.

Inserido nas questões dos debates dos movimentos feministas, o aborto é um tema importante e histórico, que merece importância. Na história dos movimentos feministas, os debates em prol da descriminalização do aborto no país foram formados por avanços e retrocessos e sobretudo, muitas discussões políticas. Desde a omissão da palavra “aborto”, até a opção política em prol da descriminalização e efetivação dos casos já previstos por lei, o caminho percorrido das políticas feministas para debater o problema, indica não só o poder das forças conservadoras em jogo como a força política do feminismo brasileiro para a negociação.

O feminismo brasileiro demanda a necessidade de uma ampla revisão dos tipos penais existentes, defendendo a descriminalização de condutas hoje tipificadas como crimes tal como o aborto, já que é um tema que afeta diretamente a mulher não só na esfera de sua saúde como também sua sexualidade.

No início da década de 1970, o feminismo brasileiro já possuía uma posição política sobre o aborto fundada no princípio do direito individual. Para as mulheres feministas, o direito ao aborto, a escolha de ter ou não filhos e o livre exercício da sexualidade eram, e ainda são, requisitos básicos e necessários de justiça social e para a consolidação das

---

<sup>31</sup> GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 158

democracias. A introdução da defesa da descriminalização do aborto na agenda política definiu fronteiras entre o movimento de mulheres e o movimento feminista, mais voltados para a garantia de acesso a equipamentos sociais que para a conquista de autonomia.<sup>32</sup>

A defesa pela descriminalização ou legalização do aborto é lutar por uma sociedade igualitária nas relações de gênero, tendo a igualdade como princípio para que as divergências possam ser suportadas dentro do mesmo espaço. Quando se coloca fim ao pensamento de que as mulheres para serem mulheres precisam passar pela maternidade, afirmando que elas podem ser mulheres mesmo que sem ter filhos e diferenciando sexualidade e reprodução, constrói-se a ancoragem necessária para tratar do aborto na questão dos direitos humanos e dos direitos sexuais e de reprodução.

A maternidade confinou a mulher ao abismo do esquecimento social durante quase toda a história conhecida da humanidade e é por isso que se aceita com facilidade que se mantenha esse estado de coisas. Quem paga o preço da discriminação por estar grávida ou por ser mãe, é especialmente a mulher. Nem todas as mulheres estão preparadas para arcar com as consequências de uma gravidez indesejada ou não programada.<sup>33</sup>

Quem defende o aborto não são contra o direito à vida, e o aborto, por si, não é um bem, mas não tem o Estado, direito de criminalizar uma mulher que decide interromper uma gestação que ela não pode suportar.

Além disso, devemos também tratar o aborto como um direito social, ou seja, significa questionar as condições precárias em que ele é realizado no País, ao arriscar a saúde e a vida das mulheres.

Em consonância com as preocupações das feministas brasileiras dos anos 1980, as feministas dos anos 1990 passaram a considerar a alta incidência de abortos clandestinos no país como um problema de saúde pública pela alta mortalidade que lhe estava associada, qualificando de aborto inseguro. O aborto como questão de direito individual remete a um dos fundamentos do feminismo contemporâneo: o princípio democrático liberal do direito

---

<sup>32</sup> PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. **Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 64, n. 2, June 2012 . Available from <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=en&nrm=iso)>. access on 30 Nov. 2016

<sup>33</sup> GOFFMAN, *op. cit.*, p.160

aplicado ao corpo; direito baseado nas ideias de autonomia e liberdade do liberalismo, expresso na máxima feminista “nosso corpo nos pertence”, que se difundiu internacionalmente a partir dos países centrais e marcou as lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção e ao aborto. A apropriação do corpo também significava para as mulheres a possibilidade da livre escolha da maternidade. No caso brasileiro, essa influência foi clara no início do feminismo contemporâneo (1970/85) e, posteriormente, será ressignificada na adoção do conceito de direitos reprodutivos, a partir de meados dos anos 1980.<sup>34</sup>

No ano de 1989 no Encontro Nacional de Saúde da Mulher, um Direito a ser Conquistado, organizado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), no Rio de Janeiro, há uma pendência pela descriminalização do aborto com base no argumento mais amplo dos direitos, explícito no próprio título do evento-*A Carta das mulheres* em defesa de seu direito à saúde, documento final desse encontro, considera inicialmente o aborto como "um problema de saúde da mulher", lembrando que, na Constituição de 1988, a saúde passou a ser considerada como um direito de todos e um dever do Estado. Ao considerar que as mulheres tinham "o direito de interromper a gravidez", essa carta lembrava aos legisladores que um direito individual não podia ser tratado como crime.<sup>35</sup>

No Brasil, esse movimento feminista que vem lutando para descriminalizar o aborto a fim de encontrar soluções e fazer acordos políticos com os setores progressistas da sociedade. Um dos motivos que atrapalha as políticas feministas do aborto tem sido a impossibilidade material e simbólica de atingir um público maior, já que o filtro dos meios de comunicação e das instituições educacionais e religiosas na maioria das vezes evita o tema. Entretanto, a cada possibilidade de liberação do aborto as forças conservadoras contra-atacam, cada vez com maior agressividade, cooptando a opinião pública favoravelmente. Esse é um obstáculo a ser combatido pelas feministas brasileiras, levando-nos a concluir que essas negociações tiveram mais êxito em níveis políticos do que sociais, já que não conseguiram alcançar camadas maiores da população.

---

<sup>34</sup> SCAVONE, Lucila. **Políticas femininas do aborto**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/23.pdf>

<sup>35</sup> OTTO, Clárcia. **O feminismo no Brasil: suas múltiplas faces**. Revista Estudos Feministas- Scielo Estud. av. ISSN: 0104-026X. vol.12 no.2 Florianópolis May/Aug. 2004 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2004000200015>>. Acesso em: 20 nov. 2016.



Esses movimentos ocorridos depois da redemocratização do país, foram fundamentais para dar mais visibilidade a questão do aborto, na esfera da saúde tornando-o uma questão de saúde pública, fazendo com que se criasse condições para a ampliação do debate e elaboração de novas normas e políticas públicas, assim como novas decisões no âmbito do Judiciário.<sup>36</sup>

Tais mudanças ocorridas nesse período se justificam devido ao fortalecimento da sociedade civil, ampliando sua mobilização em busca de direitos de cidadania. Com relação a questão do aborto, a atuação do movimento feminista, se amplificou, com objetivo de enfrenta-lo na esfera política no país, buscando mudanças de mentalidade e institucionais a respeito do assunto<sup>37</sup>.

Nota-se também que não se avança ainda mais nas reivindicações pró-aborto devido às atuações dos movimentos contra o aborto, que opostamente, vêm tentando manter o aborto como crime evitando suas modificações, porém ao mesmo tempo vêm modificando involuntariamente as relações entre movimentos sociais, transformando as opiniões da sociedade que passaram a refletir mais sobre um assunto antes intocável. Essa luta dos movimentos sociais sobre a questão do aborto proporcionou principalmente essa reflexão social, já que agora, um indivíduo tem mais chances de discutir, refletir e escolher sua opinião, sua mentalidade não partindo mais de ter que optar sem discussão (de baixo para cima) por uma só bandeira e sim tendo mais chances de escolher analisando e ponderando os argumentos dos dois lados. Essas análises seriam impossíveis se não houvesse esse choque de movimentos sociais.

Pode-se dizer então, que foi devido a esse choque de movimentos sociais que a mudança social da perspectiva sobre o tema do aborto se estabeleceu na sociedade atual, no que diz respeito a livre iniciativa do indivíduo de refletir e escolher por uma das bandeiras, não de forma irretroatável, mas através de um debate aberto e da possibilidade da crítica aos diferentes argumentos, não sendo necessário ter a obrigatoriedade desse individuo expor sua opinião de forma aberta, sendo esse, contra ou a favor, mas dele conseguir estabelecer uma reflexão consigo mesmo sobre o tema, sem temer ao que os outros irão pensar. Tudo isso, se

---

<sup>36</sup> ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese**. Rev. bras. estud. popul., São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369, Dec. 2006.

<sup>37</sup> Idem, p. 380.

deve a atual percepção sobre o aborto, fundada com base nos movimentos feministas, como uma questão de saúde pública e social. Com base nesses argumentos, torna-se aceitável agora, a discussão sobre o aborto, sem que isso seja um absurdo ou motivo de julgamento perante a outras pessoas. Agora, o debate sobre o aborto pode ser discutido de uma forma mais saudável e de modo que se respeite ambas as posições.

O movimento feminista foi responsável por trazer à tona a questão sobre a viabilização do aborto de forma legal, sem que para realizar o método a mulher tenha que fazer escondida ou em lugares inapropriados. Esse movimento foi o ponto de partida para que as pessoas pudessem olhar a descriminalização do aborto de outra forma, não somente pela perspectiva do nascituro, mas também da mulher, que pode ter seu poder de escolha e sua autonomia, de forma que assim, possa decidir de acordo com sua vontade e individualidade, se deve ou não prosseguir com a gestação.

## CAPÍTULO 3. ABORTO COMO CRIME

### 3.1. DAS CONSEQUENCIAS DO ABORTO CLANDESTINO NO BRASIL

O aborto clandestino se dá em decorrência da criminalização dessa conduta. São abortamentos feitos de forma clandestina, seja em clínicas, residências ou qualquer outro lugar, através de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos para expelir o feto.

Uma pesquisa recente, sobre o aborto clandestino, por uma professora da UnB, Debora Diniz, relatou que até os quarenta anos, uma em cada cinco das mulheres, já fizeram um aborto. A pesquisa ouviu 2000 mulheres entre 18 e 39 anos. Em 2015, meio milhão de brasileiras já passaram por um aborto. Segundo a pesquisa o uso de medicamentos abortivos é o método mais procurado pelas mulheres (52%). Cada vez menos essas mulheres procuram as clínicas clandestinas para fazer o aborto, acredita-se que o motivo para isso é que o uso dos medicamentos esteja sendo suficiente ou então, que seja por conta de receio que sofram preconceitos e até mesmo uma denúncia judicial por parte dos médicos. A coordenadora da pesquisa, diz que 67% das mulheres que abortaram já tiveram filhos, sendo uma mulher comum, com filhos e religião. O aborto é frequente nas mulheres entre os vinte e vinte e quatro anos, em todas as classes sociais. Diante desse quadro, a pesquisadora adverte que, para que esse problema de saúde pública seja minimizado, deve-se falar sobre saúde sexual reprodutiva, gravidez na adolescência, métodos contraceptivos, entre outros. Prevenir um aborto clandestino é prevenir culpas e humilhações que essas mulheres carregam.<sup>38</sup>

Primeiramente, deve-se atentar ao fato de que nem todo aborto clandestino é inseguro e traz riscos, já que pessoas com melhores condições econômicas podem ter acesso a clínicas especializadas, ainda que clandestinas, para realizar o aborto com um médico apto a fazer o procedimento, sem trazer consequências mais graves. Porém o problema reside nos abortamentos inseguros, decorrentes de práticas precárias e normalmente feitos por pessoas que não podem ter acesso a meios seguros, seja por falta de informações ou por falta de condições financeiras, e sobre esses, vamos dar mais ênfase.

O aborto inseguro ocorre em decorrência da impossibilidade de mulheres fazerem um aborto com amparo legal. É uma grave questão de saúde pública, já que é a causa de muitas mortes maternas. Se uma mulher não pode ir a uma clínica por falta de dinheiro e não possui a devida assistência para a prática dessa conduta, conseqüentemente irá recorrer a

---

<sup>38</sup> G1 FANTASTICO. **Aborto clandestino**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/12/em-2015-meio-milhao-de-brasileiras-passaram-por-aborto-ilegal.html>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

meios impróprios para sanar seu problema. Ocorre que muitas vezes, os meios pelos quais as gestantes procuram fazer o aborto gera graves consequências para sua saúde e complicações decorrentes do mau procedimento.

Na sociedade brasileira, apesar da legislação restritiva e criminalizadora, a prática clandestina do aborto inseguro ocorre em alta escala, o que coloca em risco a vida de milhares de mulheres, sobretudo nos extratos de renda mais baixos da população, configurando-se, dessa maneira, como a quarta causa de morte materna no Brasil.<sup>39</sup>

Muitas mulheres, de todos os tipos, classes, raças e religião, realizam o aborto. As que possuem condição financeira procuram por clínicas especializadas, contando com mais higiene e cuidados. Já as mais humildes financeiramente, que fazem parte da maior parcela da população brasileira, são praticamente obrigadas a buscar métodos mais perigosos e agressivos, resultando no elevado índice de mortalidade.

As medidas para que se evite uma gestação indesejada no Brasil não são suficientes. Com isso, resulta em vários casos de situações de abortos inseguros, por meio de métodos inseguros, que podem se dar através de medicamentos abortivos, chás e procedimentos de alto risco praticados em clínicas clandestinas, sem especializações, e que por diversas vezes, acabam em complicações graves como, infecções, hemorragias, perfuração do útero, esterilidade e, em muitos casos, a morte, em consequência dessas práticas.<sup>40</sup>

As mulheres recorrem ao aborto quando precisam de soluções para casos extremos. Mas, como dito anteriormente, há uma diferença entre aborto inseguro e aborto clandestino. O aborto clandestino, quando feito de forma mais segura, ocorre em clínicas clandestinas, mas com condições de higiene, por médicos especializados, porém a diferença é que nessas, somente mulheres com boa situação financeira podem utilizar, já que é um procedimento custoso. As chances de ocorrer complicações ou até mesmo uma morte em um aborto inseguro do que um aborto clandestino em clínicas especializadas é muito maior. Portanto, gera-se uma desigualdade social, já que aquela mulher que tem condições

---

<sup>39</sup> ESQUERDA.NET. **Brasil: aborto clandestino é a quinta causa de morte materna.** Disponível em: <<http://www.esquerda.net/artigo/brasil-aborto-clandestino-%C3%A9-quinta-causa-de-morte-materna/29651>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

<sup>40</sup> RODRIGUES, José Henrique. **O abortamento por risco de vida da mãe.** Disponível em <http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2014/08/publica%C3%A7%C3%A3o-aborto-legal-implicacoes-eticas-2002.pdf>

financeiras melhores, têm acesso a clínicas clandestinas, que apesar de não serem legalizadas, garantem um atendimento eficiente. Diferentemente então, das que não possuem meios para fazer um aborto com dignidade colocando a própria vida em risco.<sup>41</sup>

As consequências da criminalização do aborto não são justas, já que são distribuídas desigualmente na sociedade brasileira. É notório o fato de essa desigualdade atingir, prevalentemente, as mulheres muito pobres, jovens e negras. Nota-se ainda que a pobreza apresenta maior vulnerabilidade para mulheres que recorrem ao aborto clandestino inseguro, aquelas que não possuem condições de recorrer a procedimentos mais seguros. Para tais, além da falta de recursos financeiros e informações, apresentam ainda a vulnerabilidade às denúncias, punições, humilhações e abusos quando recorrem aos serviços públicos de saúde com o aborto incompleto.<sup>42</sup>

De acordo com a precisa análise realizada pela juíza Maria Lúcia Karam, a proibição do aborto para as mulheres de classes mais abastadas não significa mais do que um aumento no custo do procedimento cirúrgico que, por sua clandestinidade, tende a se valorizar. Porém, a criminalização do aborto para a mulher pobre implica, de forma direta e clara, a negação do direito à saúde garantido no art. 6º da Constituição da República. Observa-se, sem rodeios, que a criminalização do aborto exhibe seu perverso caráter classista, pois somente as mulheres pobres sentem seus efeitos.<sup>43</sup>

De acordo com a OMS, 20 milhões de abortos inseguros são praticados no mundo. Por aborto inseguro, a Organização entende a interrupção da gravidez praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários ou em ambiente sem condições de higiene. Em países onde o aborto não é crime como Espanha, Holanda e Alemanha, observa-se uma taxa muito baixa de mortalidade e uma queda no número de interrupções, porque passa a existir uma política de planejamento reprodutivo efetiva.<sup>44</sup>

Ou seja, a criminalização do aborto só faz com que as mulheres que não tem condições financeiras de procurarem clínicas especializadas, partam para meios perigosos e que coloquem sua vida em risco, fazendo com que o aborto clandestino inseguro seja um dos

---

<sup>41</sup> Idem

<sup>42</sup> RODRIGUES, José Henrique. **Aborto e Constituição**. *op. cit.*, p. 32.

<sup>43</sup> MAIA, Mônica Bara. *op. cit.*, p. 96.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 102

maiores causadores de mortes maternas no Brasil. A consequências do aborto clandestino são graves e precisam ser sanadas, pois trata-se de uma questão de saúde pública.

### 3.2. O PAPEL DO DIREITO PENAL NO ABORTO

Sabemos que o direito penal deve ser usado como *ultima ratio*, apenas dando legitimidade ao sistema punitivo penal se houver desrespeito ao princípio da intervenção mínima, princípio esse que diz que o direito penal deve se manter fragmentário e subsidiário.

O direito penal é subsidiário pois somente torna legítima a criminalização de determinada conduta quando os demais ramos do direito, para resolver determinado caso, não são suficientes. E também é fragmentário pois, diante de determinada situação, tem que existir lesão ao bem jurídico tutelado.

Portanto, ao momento que não temos esses requisitos para que determinada conduta seja criminosa, ocorrerá inevitavelmente a violação ao princípio da lesividade, tornando assim, o que chamamos de “direito penal simbólico”.<sup>45</sup>

De acordo com Zaffaroni, o sistema penal é simbólico, apenas tendo por função assegurar a hegemonia de um setor social, com efeitos no geral, negativos, sendo melhor a sua eliminação, suprimindo a própria hegemonia social ou substituindo a forma de sustentação por outro sistema menos negativo (mais racional).<sup>46</sup>

O direito penal hoje em dia, vem sendo usado de forma errada e exagerada, punindo condutas simplesmente por serem socialmente contrária ao pensamento das pessoas e não pelo fato de não haver mais outro meio para solucionar o conflito.

Becker diz que,

os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde esse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um 'ofensor'. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação; a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. *op. cit.*, p. 45.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

<sup>47</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. *op. cit.*, p. 55.

O desvio então não é uma qualidade presente na conduta, senão que surge da interação entre a pessoa que comete o ato e aqueles que reagem perante o mesmo. Ou seja, afirma que a criminalidade tem natureza social e acentua o papel constitutivo do controle social na sua construção seletiva.<sup>48</sup>

O sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico. Sendo uma espécie, do gênero controle social, o sistema penal não realiza o processo de criminalização e estigmatização contra os processos gerais de etiquetamento que têm lugar no seio do controle social informal.

O Sistema punitivo, vem se apresentando como um subsistema funcional da produção material e ideológica do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes, mais do que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos. Trata-se, em última instância, da recondução do sistema penal a um sistema seletivo classista e de violência institucional como expressão e reprodução da violência estrutural, isto é, da injustiça social.<sup>49</sup>

Sendo assim, o direito penal que deveria ser usado apenas em último caso, quando não mais restar opções, vem se manifestando em situações que deveriam ser resolvidas em outras esferas. Tem, pois, um papel criminalizador devido ao pensamento social e a repressão que o aborto possui na sociedade, do que ao real fundamento do direito penal. Serve mais para assegurar uma não aceitação em larga escala da sociedade, que considera o aborto crime, devido as mais diversas opiniões, com fundamentos religiosos, médicos e sociais.<sup>50</sup>

Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher. O direito penal não deveria intervir na questão, pois essa, antes de ser tratada no âmbito penal, deveria ser tratada no âmbito social. O aborto quando criminalizado só gera punição aquelas que não podem arcar com procedimentos seguros.

Deve ser tratado como um problema social pois trata-se de uma questão de saúde pública e portando, antes de penalizar, deveríamos pensar em soluções e políticas

---

<sup>48</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ªed., 2007. P. 24.

<sup>49</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. *op. cit.*, p. 45.

<sup>50</sup> BATISTA, Nilo *op. cit.*, p. 50.

públicas, no âmbito social para diminuir o quadro das mortalidades e as consequências decorrentes dele.

De acordo com Vera Andrade,

Nesta esteira, considero que a arena jurídica mais apropriada para a luta é a do Direito Constitucional porque, diferentemente do Direito Penal, que constitui o campo, por excelência, da negatividade, da repressividade e que tem (re)colocado as mulheres na condição de vítimas, o Direito Constitucional constitui um campo de positividade, com o potencial recolocá-las na condição de sujeitos<sup>51</sup>.

O campo penal é, de todas as arenas jurídicas, a mais violenta, a mais onerosa, a menos adequada para a resolver questões como o aborto e portanto, não deveria ser o meio utilizado para tratar da questão, ainda mais criminalizando. Assim como visto, sua criminalização apenas gera prejuízos aquelas mulheres que não podem arcar com um procedimento seguro e eficaz, deixando as mulheres mais pobres a mercê da sorte de não sofrer nenhuma seqüela decorrente de um aborto inseguro.

### 3.3. A DESCRIMINALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO

Visto que a criminalização do aborto, além de ineficaz e inidônea, tem sido a responsável por altos índices de morbidade e mortalidade de mulheres, está mais que certo que a descriminalização do aborto, com sua devida legalização, diminuiria massivamente o número de mortes causadas pelos abortamentos decorrentes de suas complicações, já que assim, as mulheres poderiam ter uma assistência de forma digna e justa, sem comprometer sua saúde.

A questão tem que ser enfrentada, não no sistema criminal, mas, sim, no âmbito das políticas públicas sanitárias e de empoderamento das mulheres, com educação sexual e reprodutiva e acesso pleno e informado aos meios anticonceptivos. É preciso acolher, não reprimir.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Idem

<sup>52</sup> RODRIGUES, José Henrique. *op. cit.*, p. 32.



O aborto não é algo bom, e o papel do Estado deve ser de evitá-lo, mas através de educação sexual e apoio às mulheres que desejarem manter a gravidez, mas que não tenham condições, e não penalizando a conduta.

A Assembleia Geral da ONU já reconheceu que a criminalização do aborto, é impeditivo para a implantação de medidas de proteção dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos afirma, em inúmeros documentos dos quais o Brasil é signatário, que a criminalização do aborto, além de ser ineficaz para a proteção da vida intrauterina, é incompatível com a garantia do direito das mulheres à adequada assistência. Descriminalizar o aborto, portanto, não significa aprovar nem estimular a sua prática, mas, sim, garantir a autonomia, a dignidade, a vida e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.<sup>53</sup>

Sob a ideia da ética civilizatória estabelecida através dos paradigmas do sistema de proteção dos direitos humanos, países que descriminalizaram o aborto, mantendo políticas públicas eficazes de acolhimento e assistência, vem conseguido reduzir as ocorrências de abortos e diminuir drasticamente as taxas de morbidade e mortalidade materna.

Segundo a ONU, “a criminalização do aborto cria e perpetua estigmas, restringe a habilidade das mulheres de fazer uso pleno dos bens, serviços e informações disponíveis sobre a sua saúde sexual e reprodutiva, impede a sua plena participação na sociedade e inibe o acesso das mulheres a serviços de saúde. Leis penais e outras restrições legais desempoderam as mulheres, que podem ser impedidas de tomar providências em prol de sua saúde, a fim de evitar responsabilização penal, além do medo da estigmatização”.<sup>54</sup>

A lei tem a função de prevenir, além de reprimir, mas, sobretudo, de educar. É melhor realizar o aborto de forma segura e com informações acessíveis a todos do que deixar que mulheres morram a todo tempo, por conta da criminalização de um problema que em vez de solucionar, problematiza ainda mais.

A descriminalização deve vir acompanhada de leis e políticas públicas, para que a legalização do aborto seja a melhor alternativa a essa questão grave e triste de saúde

---

<sup>53</sup> ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em < <http://www.onu-brasil.org.br> > Acesso em 18/11/2016.

<sup>54</sup> Idem

pública, por causa das elevadas taxas de mortalidade maternas, decorrentes do aborto, que vem tomando conta da sociedade e, portanto, merece ser solucionada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a visto no presente trabalho, a criminalização do aborto, traz consigo grandes consequências, não só na vida da mulher, através da afronta aos seus direitos como pessoa humana, mas na sociedade como um todo, que passa a ser um problema grave de saúde pública em toda sociedade Brasileira.

É comprovado a enorme mortalidade decorrente dos abortos clandestinos inseguros, por conta da sua criminalização, e esse, é um fato que não podemos simplesmente relevar.

Tratar a criminalização do aborto somente com base em um viés social, religioso ou ético, é fechar os olhos para a realidade que nos cerca. Temos que nos ater aos danos e consequências que isso traz ao país, que são muito maiores do que o simples fato de proibir a conduta por questões morais. A criminalização do aborto acaba penalizando as mulheres que mesmo proibido o fazem.

Não estamos afirmando que a descriminalização diminuiria o número de abortos, mas sim, a diminuição da mortalidade e das sequelas em decorrência da sua criminalização.

Tratar da descriminalização é uma questão de suma importância e merece relevância, pois mulher nenhuma deve ser penalizada por suas escolhas, e carregar consigo um fardo por isso. Não deve também ser obrigada a colocar sua vida em risco, recorrendo a meios perigosos simplesmente pois a sociedade não concorda com algo que somente ela deveria ter a escolha. Toda a vida, não só a vida do feto merece proteção. A vida da mulher é tão importante quanto qualquer outra. E essa também deve ser levada em consideração. É melhor proteger e defender a mulher que se dispõe a abortar, do que fechar os olhos para essa questão tão presente na sociedade.

A criminalização do aborto nunca foi impeditiva para o ato. As mulheres o realizam independentemente das implicações existentes. Portanto, resta ao estado estipular políticas públicas e assistências legais as mulheres que decidem por abortar. Só assim haveria uma diminuição nas mortes maternas por conta das possíveis complicações dos abortos clandestinos.

No mais, não podemos deixar de reafirmar que o direito a autonomia do próprio corpo é um dever legal e que está previsto no nosso ordenamento, sendo assim, deveria caber apenas a mulher, a decisão de prosseguir ou não com a gestação, pois só ela

sabe e sofre as consequências que podem ter uma gestação indesejada. Ninguém deveria afrontar a esfera individual de outrem, assim como preceitua a nossa constituição. O ponderamento deve ser feito e racionalizado, pois não estamos falando apenas sobre a vida de um nascituro, mas sim de uma mulher, com poder de escolha, autonomia e independência.

A descriminalização do aborto deve acontecer, pois vivemos em uma sociedade livre e, portanto, deveríamos respeitar a vontade de cada um, sem interferir nas ideologias e pensamentos de outrem. Não devemos levar em conta apenas a nossa moral, mas ter em mente que um problema grave como o aborto precisa de leis que o regulem para que ele deixe de ser uma questão de saúde pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira De. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral - Volume I**. São Paulo: Saraiva, 7ª Ed. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte especial 2: Dos crimes contra a pessoa**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2 – volume II** 13ª Ed. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luis Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/>> Acesso em: 25.10.2016

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 2ª Edição. Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional**

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 54 DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Julg. 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>> Acesso em: 2 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Aborto e Saúde Pública no Brasil: 20 anos.** Brasília, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 11ªed., 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO, Salo. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira.** In\_\_\_\_\_. (Org.) Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORINI, Norma Kyriakos E Eliana. **Aborto legal: Implicações éticas e religiosas.** Sao Paulo: Católicas, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Estigma; notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Rio de Janeiro: Zahar Editores,1982.

GRECO, Rogério. **Direito Penal e Direito Processual Penal.** Editora Impetus, 9ª Ed, 2015.

INGO, E.; SARLET, A.; WOLFGANG, J. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na constituição federal de 1988.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MAIA, Monica Bara. **Direito de Decidir Múltiplos Olhares sobre o Aborto** – Editora Autentica 1ª Ed. 2008.

MIRABETTE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte especial: volume.2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Safe technical And policy guidance for health systems,** 2003.

OTTO, Clarícia. **O feminismo no Brasil: suas múltiplas faces.** Revista Estudos Feministas- Scielo Estud. av. ISSN: 0104-026X. vol.12 no.2 Florianópolis May/Aug. 2004 Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2004000200015>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial – Volume II.** Revista dos Tribunais 11ª Ed. 2012.

PRIORE, Mary Del. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia**. 1 ed. Sao Paulo: UNESP, 2009.

ROCHA, Maria Isabel Balthar. "A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese". *Revista Brasileira de Estudos de População*, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, José Henrique. **Aborto e Constituição**, Estudio Editores.com, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

VADE MECUM. São Paulo: Saraiva.

ZAFFARONI, Eugenio. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. **Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil**. Cienc. Cult., São Paulo, 2012