

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 813

(Ano IX)

(05/08/2017)

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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



01/08/2017 Kiyoshi Harada

» [Alcance e conteúdo da denúncia espontânea](#)

ARTIGOS

04/08/2017 Priscilla Batista de Albuquerque

» [A responsabilidade civil do Estado e o dever de indenizar o preso que se encontra em situação degradante](#)

04/08/2017 Filipe Reis Caldas

» [A inconstitucionalidade do bônus de eficiência aplicada aos auditores e julgadores fiscais](#)

04/08/2017 Ítalo Silva Dantas

» [O papel exercido pelo Estado no controle do tráfico e da violência urbana](#)

04/08/2017 Nilson Pereira Grossi

» [Características do regime tributário do ISS Fixo das sociedades profissionais](#)

04/08/2017 Leila Rocha Sponton

» [Direito ao desenvolvimento: desenvolvimento econômico, político e social](#)

03/08/2017 Dante Silva Tomaz

» [Organizações Sociais: questões sobre a responsabilidade civil por danos causados ao usuário dos serviços](#)

03/08/2017 Leonardo Silveira Antoun Netto

» [A regulação do serviço de radiodifusão de sons e imagens no Brasil - conflitos entre a técnica e a política](#)

03/08/2017 Vanessa Capistrano Cavalcante

» [Terceirização: advento da Lei 13.429/17 e sua \(in\)aplicabilidade no âmbito da Administração Pública](#)

03/08/2017 Barbara Lins Travassos Sarinho

» [Da capacidade processual das pessoas casadas á luz do Código de Processo Civil de 2015](#)

03/08/2017 Daniel Moreira

» [Reflexos da Reforma trabalhista para micro e pequenas empresas](#)

02/08/2017 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Abate e Maus Tratos aos Animais](#)

02/08/2017 Lorena Araújo de Oliveira

» [A preclusão da arguição de matérias de ordem pública como desdobramento da segurança jurídica](#)

02/08/2017 Ana Luisa Imoleni Miola

» [Multiparentalidade: prevalência de interesses meramente patrimoniais?](#)

02/08/2017 Ana Luísa Leite de Araújo Marques

» [O domicílio eleitoral como condição de elegibilidade segundo a doutrina e a jurisprudência](#)

02/08/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Do instituto da desincompatibilização à luz dos direitos políticos negativos: primeiras reflexões](#)

01/08/2017 Adalberto de Oliveira Cordeiro Júnior

» [O crime de desacato: uma análise da problemática atual acerca da "descriminalização"](#)

01/08/2017 Barbara Marques Silveira

» [Reprodução assistida: a legislação brasileira atual no trato de novos procedimentos biotecnológicos na área de engenharia genética](#)

01/08/2017 Daniela Benevides Essy

» [Da Lei Maria da Penha no combate à violência contra a mulher: até onde vai a sua eficácia?](#)

01/08/2017 Jonatas de Sousa Sanches

» [Direito de Família: existe crise na família brasileira?](#)

31/07/2017 Dante Silva Tomaz

» [A iniciativa popular de propostas de emenda à Constituição e sua adequação](#)

[ao ordenamento jurídico brasileiro](#)

31/07/2017 Nilson Pereira Grossi

» [As Alíquotas do IRPF e o Princípio da Capacidade Contributiva](#)

31/07/2017 André de Carvalho Amorim

» [A utilização do Índice de Efetividade da Gestão Municipal \(IEGM\) como ferramenta de avaliação de políticas públicas](#)

31/07/2017 Nayla Gomes

» [A Laicidade como Acoplamento Estrutural do Direito](#)

MONOGRAFIA

31/07/2017 Ana Carolina Vergueiro Fernandes

» [A colisão de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos](#)

ALCANCE E CONTEÚDO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Essa matéria suscitou diversas manifestações de doutrinadores e dos tribunais, envolvendo diferentes aspectos ao longo do tempo. Neste artigo examinaremos tão somente, quando é possível a aplicação do instituto da denúncia espontânea nos chamados dos tributos de lançamento por homologação. Verifiquei, com surpresa, que está surgindo uma estranha doutrina afirmando que a jurisprudência do STJ orientou-se no sentido de vedar o uso o instituto da denúncia espontânea nos tributos de lançamento por homologação. Ora, isso é o mesmo que revogar por via indireta o art. 138 do CTN, pois quase todos os tributos estão sobre o regime de lançamento por homologação, sendo que o lançamento por declaração resume-se, na prática, ao ITR. Na modalidade de lançamento de ofício, por óbvio, descabe a cogitação de denúncia espontânea. Não há como denunciar voluntariamente um ato praticado pelo fisco.

Antes de examinar o conteúdo e alcance do art. 138 do CTN é preciso conceituar o que seja lançamento por homologação que está previsto no art. 150 do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando

conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º Não influi sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores a homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere ao parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo por ventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Como se verifica do texto transcrito, dentre as atividades do sujeito passivo, objetos de homologação pelo fisco inclui-se o pagamento antecipado do montante do tributo por ele apurado. Incorre em equívoco os que afirmam que o fisco homologa o pagamento. Estando correta a atividade exercida pelo contribuinte (emissão e escrituração de notas-fiscais ou outros meios equivalentes, apuração do montante do tributo devido, comunicação ao fisco por meio de GIA/DCTF, comunicação do pagamento antecipado do valor declarado na GIA/DCTF) o fisco a homologa operando-se simultaneamente a constituição do crédito tributário [1] e sua extinção (§ 1º). Se corretas estiverem as atividades exercidas e informadas pelo contribuinte, mas não for promovido o pagamento antecipado do tributo apurado, cabe ao fisco promover a

inscrição na dívida ativa do débito confessado para fins de cobrança judicial. E se não homologado esse pagamento antecipado porque incorretos ou omissos os demais dados declarados pelo sujeito passivo abre-se a oportunidade para lançamento direto, dentro do prazo decadencial referido no § 4º (§ 2º). Porém, na apuração do saldo eventualmente devido será levado em conta o montante do tributo antecipadamente recolhido, inclusive para aplicação de penalidade ou sua graduação (§3º). Na omissão do fisco durante cinco anos [2], a contar da data da ocorrência do fato gerador, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (§ 4º).

Examinemos agora o instituto da denúncia espontânea prescrito no art. 138 [3]do CTN:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

Como se verifica do texto legal, a denúncia espontânea deve ser acompanhada quando for o caso do pagamento do tributo apurado pelo contribuinte, assim como dos juros de mora ou depósito da importância no valor arbitrado pela autoridade administrativa, sempre que o montante do produto dependa de apuração. Embora a lei não o diga, a correção monetária está incluída no valor do depósito ou do pagamento de tributo devido. Tudo isso deve ser feito antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização *relacionados com a infração*.

Denúncia espontânea “significa ato do contribuinte de levar ao conhecimento do fisco a ocorrência de *determinado fato gerador*, sem cuja informação o tributo não seria exigido, isto é, consiste em uma declaração espontânea de uma situação tipificada, omitida involuntariamente. Às vezes, ela pode resultar de arrependimento do sujeito passivo. Por isso, costuma-se dizer que o benefício da denúncia espontânea funciona como técnica indutora do cumprimento da legislação tributária.” [4]

A regra geral é a de possibilitar o suprimento de uma situação tipificada que deixou de constar involuntariamente na declaração de atividades exercidas pelo sujeito passivo. Mas, excepcionalmente, a denúncia espontânea pode resultar de arrependimento do sujeito passivo. É o caso, por exemplo, de um contribuinte que resolve refazer a escrita fiscal com a inclusão dos valores de notas fiscais intencionalmente omitidos na escrita anterior, resultando na apuração de um novo débito seguido de re-ratificação da GIA anteriormente apresentada, acompanhada da prova de pagamento da diferença apontada.

Não tem aplicação a nosso ver, o instituto da denúncia espontânea relativamente a pagamentos feitos fora do prazo legal nos chamados tributos de lançamento por homologação como reclama alguns estudiosos da matéria, dentre os quais, Pedro Henrique Alves Santana. [5]

Nesse sentido, acertadamente, o STJ editou a Súmula de nº 360 nos seguintes termos:

“O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.”

De fato, como assinalamos a denúncia espontânea, de regra, é um ato de manifestação espontânea do contribuinte para suprir a *omissão involuntária* de uma situação tipificada, ou para correção de erros aritméticos. São os casos, por exemplo, omissão involuntária do valor de uma nota fiscal, de erro aritmético na soma de valores resultando em diferença a maior ou a menor ao fisco ou ao contribuinte.

A denúncia espontânea não pode servir de instrumento de dilatação do prazo legal de pagamento antecipado de tributo apurado e informado pelo sujeito passivo, valendo-se da demora do fisco em promover a inscrição do débito informado na dívida ativa para fins de execução fiscal. Afinal, o pagamento antecipado, como antes esclarecido, integra as atividades exercidas pelo contribuinte. E são essas atividades que são objetos de lançamento por homologação. Após decorrido o prazo legal de pagamento antecipado não pode haver incidência do *caput* do art. 138, porque essa infração – pagamento a destempo – *não configura infração de norma de direito material* referida no citado dispositivo, mas de uma infração de natureza processual que decorre do *descumprimento do prazo legal de pagamento* que não é dado a ninguém ignorar. O prazo de pagamento antecipado no lançamento por homologação consta da legislação tributária da entidade política competente e não é suscetível de discussões ou de interpretações divergentes ao contrário do que pode ocorrer em relação às normas jurídicas definidoras de fatos geradores da obrigação tributária. No caso, pergunta-se, que tipo de infração estaria sendo voluntariamente denunciada? A mora no pagamento antecipado? Não faz menor sentido falar-se em denúncia espontânea para levar ao conhecimento do fisco aquilo que já é do conhecimento dele pelo simples implemento do prazo legal de pagamento antecipado. Como esse prazo de pagamento consta da legislação tributária aplica-se o brocardo *dies interpellat pro homine*. No dia seguinte ao do vencimento do prazo o fisco já pode promover a inscrição do débito declarado na dívida ativa para fins de execução fiscal. Não há, no caso, *denúncia espontânea de infração sem cuja informação o tributo não seria exigido*. Não há nessa pseudo denúncia espontânea nada que contribua para o fisco poder exigir o recolhimento do tributo no montante declarado pelo contribuinte.

Logo, o recolhimento do tributo a destempo no exato valor antes declarado caracteriza ação consciente e calculada do sujeito passivo para resolver o seu problema de fluxo de caixa, ou o desvio de recurso financeiro destinado ao fisco, para sua utilização como capital de giro. A aplicação do art. 138 do CTN nessas condições implicaria quebra do princípio da legalidade e, também, do princípio da isonomia tributária à medida que favorece o contribuinte astuto que arcaria apenas com os juros

moratórios, cujo custo, sem dúvida, é bem menor do que os encargos financeiros decorrentes de uma operação de mútuo bancário.

Por isso prescreve a Súmula 436 do STJ com lapidar clareza:

“A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providencia por parte do fisco.”

Ao promover a entrega da declaração (GIA/DCTF) ao fisco o contribuinte já sabe de antemão o termo final para a entrega da prova de pagamento do tributo no valor declarado.

Assim como a Súmula 360 do Superior Tribunal de Justiça, lida no contexto do CTN, harmoniza-se perfeitamente com o disposto no parágrafo único do art. 138 do CTN, igualmente, a Súmula nº 436 do STJ não deve ser interpretada literalmente, sob pena de implicar supressão do benefício legal da denúncia espontânea.

Essa súmula deve ser interpretada no sentido da possibilidade de denúncia espontânea antes do vencimento do prazo de pagamento antecipado, mediante entrega da re-ratificação da GIA ou da DCTF. Por exemplo, se na soma de valores para apuração do débito tributário constar um zero a mais ou um zero a menos, o que não é impossível de correr na prática, poderá o contribuinte promover a denúncia espontânea para sanar o erro aritmético. Decorrido o prazo legal de pagamento antecipado [6] não mais caberá essa denúncia espontânea, valendo o despacho da autoridade administrativa competente encaminhando o processo para inscrição na dívida ativa, como uma homologação expressa do lançamento. Transcrevamos a ementa do Acórdão proferido no REsp nº 1120295/SP que ensejou a edição da citada Súmula de nº 436:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO

COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO.

INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel.

Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

[...]

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

[...]

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão

executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1120295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010)

Concluindo, a atual jurisprudência do STJ harmoniza-se perfeitamente com os preceitos do Código Tributário Nacional, ao contrário do pronunciamento de alguns dos estudiosos da matéria.

NOTAS:

[1] A constituição do crédito tributário é ato privativo do agente fiscal, conforme prescrição do art. 142 do CTN.

[2] É facultada a fixação de prazo menor pela legislação ordinária de cada ente político tributante.

[3] Importante assinalar que esse artigo cuida apenas da exclusão de responsabilidade tributária. A exclusão de responsabilidade penal ou a extinção da punibilidade é matéria reservada às normas de natureza penal. O § 2º, do art. 9º da Lei nº 10.684/03, por exemplo, extingue a punibilidade mediante pagamento, a qualquer tempo, dos tributos devidos e dos acessórios.

[4] Conf. nosso *CTN Comentado*, coautoria com Marcelo Kiyoshi Harada. 3ª edição. São Paulo: Editora Rideel, 2017, p. 220.

[5] *Denúncia espontânea: evolução ou involução da interpretação do art. 138 do código tributário nacional?*, in Tributario.com. Acesso em 10-7-2017.

[6] A fixação desse prazo depende da legislação tributária de cada ente político componente da Federação Brasileira.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O DEVER DE INDENIZAR O PRESO QUE SE ENCONTRE EM SITUAÇÃO DEGRADANTE

PRISCILLA BATISTA DE ALBUQUERQUE: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade entre Rios do Piauí (FAERPI).

RESUMO: O presente artigo visa analisar a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, bem como suas teorias subjetivas e objetivas. Trará os aspectos mais relevantes das citadas teorias, assim como a responsabilidade civil patrimonial adotada pelo direito brasileiro. Por fim, será exposto o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal quanto ao dever de indenizar o preso que se encontre em situação degradante. *Vale* destacar que a metodologia adotada será o estudo jurisprudencial e doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Conceito. Evolução. Teoria subjetiva. Teoria objetiva. Responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. Do dever de indenizar o preso. Situação degradante. Decisão do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceito e evolução histórica - 3. Teorias subjetivas e objetivas da responsabilidade patrimonial do Estado - 4. Responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro - 5. Do dever de indenizar o preso que se encontre em situação degradante – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo jurídico que objetiva analisar o conceito, a evolução histórica e jurisprudencial da responsabilidade civil do Estado, bem como as diversas teorias existentes ao longo do tempo. Explanará a responsabilidade civil do Estado que impera no direito brasileiro e suas perspectivas.

Nesse sentido será apresentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, decidido em repercussão geral, no que tange o dever de indenizar o preso que se encontre em situação degradante.

A responsabilidade extracontratual ou civil originou-se do direito civil, consistindo na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral. No que diz respeito ao direito público, a responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação que tem a Administração Pública de indenizar os danos patrimoniais e morais que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Para fins didáticos, a explanação será dividida em quatro partes. Na primeira, apresenta-se o conceito e a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado. Na segunda parte, discorre-se sobre as teorias subjetivas e objetivas da responsabilidade patrimonial. Na terceira parte, narra-se sobre a responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. Por fim, na quarta parte se exporá a possibilidade do dever de indenizar o preso que se encontre em situação degradante, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Responsabilidade civil ou extracontratual do Estado é a obrigação legal que impõe ao Poder Público compor os danos causados a terceiros por omissão ou comissão, lícitos ou ilícitos, praticados por seus agentes, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Ela origina-se do descumprimento direto de uma obrigação prevista na lei que surge de qualquer atividade exercida pelo Estado, independente da preexistência de um contrato.

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incube de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. [\[1\]](#)

Para se configurar o dever de indenizar do Estado, regra geral, deverá estar presentes os seguintes elementos: atuação lesiva culposa ou dolosa do agente, dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

A responsabilidade decorrente de atos lícitos encontra fundamento no princípio da igualdade, repartindo-se de forma equânime os ônus advindos dos atos lesivos entre toda a coletividade. Por sua vez, o princípio da legalidade respalda a responsabilidade decorrente de atos ilícitos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 resguarda que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A evolução histórica da responsabilidade passou por algumas fases. A primeira fase é a da irresponsabilidade estatal, também conhecida como regalista. Citada teoria serviu de fundamento no período dos Estados Absolutistas, baseando-se em uma concepção político-teológica, que sustentava a origem divina dos governantes.

Para a teoria da irresponsabilidade do Estado o Rei não errava (“the king can do no wrong”). A superação de tal teoria ocorreu com a jurisprudência francesa em 1873, no famoso Caso Blanco.

Após, veio a fase da responsabilidade subjetiva que têm dois momentos distintos: a teoria do fisco e a teoria da culpa anônima ou administrativa. Logo depois, consolidou-se a responsabilidade objetiva, inaugurando a terceira fase da responsabilidade civil do Estado.

3. TEORIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO

As fases da responsabilidade subjetiva apresentam-se em dois momentos distintos: a teoria do fisco e a teoria da culpa anônima ou administrativa.

A teoria do fisco apoiava a dupla personalidade do Estado. Se o Estado atuasse por meio de atos de império, não se havia de falar em responsabilidade estatal. Por sua vez, quando o Estado atuava por meio de atos de gestão, ele acabava se equiparando aos particulares, havendo, nesse caso, responsabilidade estatal. Contudo, deveria ser demonstrada a culpa ou dolo do agente público causador do dano.

Por sua vez, a teoria da culpa anônima ou administrativa exige culpa ou dolo da Administração Pública, mas dispensa a identificação do agente público, sem perquirir sua culpa subjetiva. Assim, basta a vítima comprovar a falha do serviço.

Segundo a citada teoria, o dever de indenizar do Estado pelo dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a falta do serviço. Assim, a culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas de falta do serviço: serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou com atraso.

A teoria da culpa administrativa, também conhecida como culpa do serviço ou ainda teoria do acidente administrativo, foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisa identificar o agente estatal que lhe causou o dano, é suficiente que prove o mau funcionamento do aparelho público, mesmo sendo impossível apontar o agente responsável. A doutrina atribuiu a esse fato, o nome de culpa anônima ou falta do serviço.^[2]

Nesse sentido, a falta do serviço se dá quando o serviço público é omissivo, não funcionou, funcionou com atraso ou falhas. Em qualquer destes casos, o Estado responde independentemente de qualquer comprovação de culpa do agente público.

Essa evolução doutrinária ainda assim se mostrou ineficiente para proteger o indivíduo perante o Estado, continuando em situação de desvantagem. Assim, como forma de conferir maior benefício e segurança ao prejudicado, surgiu a teoria da responsabilidade objetiva.

Segundo a teoria da responsabilidade objetiva, é desnecessário que o lesado comprove a existência de culpa do serviço ou do agente público para que o Estado seja responsabilizado por danos causados a terceiros. Existem duas teorias para fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

Pela teoria do risco administrativo, caso o Estado cause um dano ao particular, nasce para a Administração Pública o dever de indenizar, independentemente de culpa ou dolo do agente público. Assim, o Estado deve arcar com os riscos de exercer uma atividade potencialmente causadora de danos. O Estado somente se eximiria da obrigação de indenizar caso ficasse demonstrada a existência de alguma excludente, capaz de romper com o nexo de causalidade, tais como, culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior. Vale destacar que o ônus de provas tais excludentes é do Estado.

Esta teoria dispensa a demonstração por parte do administrado da culpa ou dolo (elementos subjetivos), além da identificação do agente ou da falta do serviço. O único ônus incidente sobre o terceiro é a comprovação do dano. Na teoria da responsabilidade objetiva, a ideia de culpa é substituída pelo de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo terceiro. Torna-se irrelevante o fato de o serviço estatal ter funcionado bem, mal ou de forma ineficaz.^[3]

Já para a teoria do risco integral basta a existência do dano e do nexo causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, não se admitindo a possibilidade deste alegar quaisquer excludentes de sua responsabilidade. Vale destacar que nossa jurisprudência e doutrina reconhecem a citada teoria nos casos de danos ambientais.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

A teoria da responsabilidade objetiva somente foi adotada no Brasil com a Constituição de 1946. Segundo ela, o Estado responde pelos lícitos ou ilícitos que gerem danos aos particulares, sem que seja necessária a demonstração dos elementos subjetivos, tais como o dolo e a culpa.

No direito brasileiro, a teoria mais aceita na doutrina e jurisprudência é a teoria da causalidade direta e imediata (artigo 403 do CC/02), não se admitindo que algum indivíduo seja responsabilizado por aquilo que não tenha dado causa.

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.^[4]

A Constituição Federal de 1988 trata da responsabilidade civil do Estado no seu artigo 37, §6º:

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

O citado artigo traz a regra da responsabilização objetiva do Estado com fundamento na teoria do risco administrativo. Ele aplica-se apenas para os casos de responsabilidade que decorrem de condutas comissivas, não alcançando os danos ocasionados por omissão da Administração Pública, que são regulados pela teoria da culpa administrativa.

Nesse sentido, prevalece na jurisprudência que o artigo 37, §6º aplica-se, em regra, para os atos comissivos. Ele se aplica para todas as pessoas jurídicas de direito público (Administração Direta, autarquias e fundações públicas de direito público), para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e para as delegatárias de serviços públicos (concessionárias, permissionárias e autorizadas). Não se inclui, portanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Vale destacar que a responsabilidade do mencionado artigo aplica-se tanto aos usuários quanto aos não usuários de serviço público, conforme já decidido, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 591.974:

“I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido”. (grifou-se)

Nas relações de custódia em que o Estado aparece como garante, a responsabilidade é objetiva, mesmo nas condutas omissivas, como exemplo, a morte de preso detento dentro de estabelecimento prisional. Vejamos:

“A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados” (trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no ARE 662563 AgR, julgado em 20/03/2012).

Ainda nesse sentido, o suicídio do preso, em regra, gera a responsabilidade civil estatal, exceto quando se comprove que o suicídio foi repentino e totalmente imprevisível.

Quanto à responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, prevalece na doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se aplica a teoria da culpa anônima ou administrativa. Trata-se, assim, de

responsabilidade civil subjetiva, bastando o particular que sofreu o dano provar que houve falta na prestação do serviço. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. SUBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. **A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.** 3. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, ficou demonstrado a existência de nexo causal entre a conduta do Estado e o dano, o que caracteriza o ato ilícito, devendo o autor ser indenizado pelos danos suportados. Rever tal posicionamento requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 302.747/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013)

Existem situações fáticas em que o dano é causado a um particular em virtude de uma não atuação do agente público. Nesses casos, analisamos o regramento aplicado à responsabilização do Estado decorrente da omissão dos seus agentes, ou seja, da ausência de conduta do agente, em situações nas quais teria o dever de atuar previsto em lei. A maioria da doutrina entende que a conduta omissiva não está abarcada pelo art. 37, § 6º da CRFB. O não fazer do Estado, a falta de atuação do Estado não geraria responsabilidade objetiva nos moldes do texto

constitucional, que traz implícita, em seus termos, a existência de uma conduta como elemento da responsabilidade pública. A doutrina e jurisprudência dominantes reconhecem que, em casos de omissão, aplica-se a Teoria da responsabilidade subjetiva, onde o elemento subjetivo está condicionando o dever de indenizar. Há divergência doutrinária a respeito, contudo, nesta obra, é o entendimento que prevalece, por assim o ser em provas objetivas de concursos. Então, nas omissões a regra é a aplicação da Teoria Subjetiva.^[5]

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal vem encampando a ideia de que a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva quando se estiver diante de uma omissão específica, ou seja, quando o ente público tinha o dever específico de agir. Por sua vez, quando a omissão for genérica, a responsabilidade na omissão é subjetiva.

Nesse sentido, trecho do voto condutor do citado entendimento:

“Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência – **quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo** – surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa, consoante os seguintes precedentes:

[...]

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público **ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso**, não se

desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima.” (g.n.) (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 30/03/2016, Repercussão geral)

5. DO DEVER DE INDENIZAR O PRESO QUE SE ENCONTRE EM SITUAÇÃO DEGRADANTE

O Supremo Tribunal Federal, em 16.02.2017, decidiu, em sede de repercussão geral, que o preso submetido à situação degradante e à superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais.

A Excelsa Corte fundamentou que considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

O Poder Público é o responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas. Assim, é dever do Estado mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem.

Vale destacar que o dever do Estado de garantir a segurança pessoal, física e psíquica dos detentos é imposto não apenas no ordenamento brasileiro, mas também por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

É sabido que o Poder Público possui o dever de manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico. Se esse dever é descumprido, surge para o Estado a

responsabilidade de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

O Supremo tribunal Federal já reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", tendo uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. Dessa forma, ocorrido o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação. Nesse sentido: STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Informativo 798).

A corte suprema também decidiu que não cabe a aplicação princípio da reserva do possível, ou seja, não cabe a alegação estatal de que os recursos públicos são limitados e as necessidades ilimitadas. Acrescentou ainda que negar a indenização aos detentos pela violação de sua integridade física e moral significaria violar o princípio da jurisdição.

Por fim, depois de muitas divergências, decidiu-se que a indenização ao detento que teve sua integridade violada, deve ser feito em pecúnia e não em abatimento de dias da pena.

6. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado é aquela que consiste na obrigação de reparar os danos patrimoniais e morais causados por atos, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, causados por agentes públicos no exercício da função ou a pretexto de exercê-la.

A doutrina da responsabilidade civil estatal passou por diversas fases, evoluindo da total irresponsabilidade do Estado para as teorias subjetivas, quais sejam: teoria do fisco e teoria da culpa anônima ou administrativa.

Com a Constituição de 1946 inaugurou-se a fase da responsabilidade objetiva, seja na modalidade risco administrativo, seja na do risco integral.

A Constituição Federal de 1988 traz como regra a responsabilização objetiva do Estado com fundamento na teoria do risco administrativo, aplicando-se apenas para os casos de responsabilidade que decorrem de condutas comissivas.

No que tange às condutas omissivas, prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias do Superior Tribunal de Justiça que se aplica a teoria da culpa anônima ou administrativa, tratando-se, portanto, de responsabilidade civil subjetiva.

Vale destacar que o Supremo Tribunal, no que tange às condutas omissivas, faz a diferenciação entre omissão genérica e omissão específica. Quanto se estiver diante desta omissão, a responsabilidade civil será objetiva, já quando estiver presente aquela omissão a responsabilidade é subjetiva.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, decidiu que o preso submetido à situação degradante e a superlotação na prisão tem direito à indenização do Estado por danos morais, tendo em vista que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico.

Assim, é obrigação do Estado ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento já que ele é o responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22^oed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado. In *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da e NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 2ª Edição, Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 3. Teoria das obrigações Contratuais e Extracontratuais. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 21ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**, 5ª Edição: Saraiva, 2010.

Matheus Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª Edição. Editora JusPodivm, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

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

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo, 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007.
RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. v. 4. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOTAS:

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Curso de direito administrativo”. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

[3] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo, 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007.

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013

[5] Matheus Carvalho. **Manual de Direito Administrativo. 2ª Edição.** Editora JusPodivm, 2015.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO BÔNUS DE EFICIÊNCIA APLICADA AOS AUDITORES E JULGADORES FISCAIS

FILIPE REIS CALDAS: Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Marista. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco - FACESF.

RESUMO: Esse artigo pretende abordar e discutir a questão do bônus de eficiência estipulado em prol dos auditores e julgadores fiscais pela manutenção de infrações em benefício da Fazenda com o confronto do princípio da imparcialidade, gerando automaticamente benefícios financeiros para os respectivos agentes.

PALAVRAS-CHAVES: Direito-Tributário. Princípio da Imparcialidade. Bônus de eficiência. Multas Tributárias. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article intends to discuss the efficiency bonus stipulated in favor of tax auditors and judges for the maintenance of infractions for the benefit of the Treasury with the confrontation of the principle of impartiality, automatically generating financial benefits for the respective agents.

KEY-WORDS: Tax law. Principle of Impartiality. Efficiency bonuses. Tax fines. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: Introdução 1. A Lei Complementar 362/2017 e as alterações na LC 107/2008 2. O Princípio da Impessoalidade e seu flagrante descumprimento 3. Da ofensa ao Princípio da Imparcialidade eivando de vícios o julgamento administrativo 4. Da Repercussão Geral já conhecida pelo STF e os respectivos fundamentos 5. Considerações finais 6. Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Vive-se em tempos de profunda recessão econômica devida a vários fatores endógenos e exógenos, podendo se destacar a própria crise política que afeta consideravelmente o sensível mercado, causando-lhe

instabilidade e inconstâncias na moeda, surgindo assim com mais força o fenômeno inflacionário e seus malefícios.

Nesse momento de crise, só existem duas saídas: i) adquirir mais receitas do que as despesas; ou ii) cortar os gastos desnecessários.

Tendo em vista a “sede arrecadatória do Estado”, o governo adotou a opção nº I, majorando a carga tributária, suspendendo várias isenções anteriormente concedidas com prazos indeterminados, sempre visando o aumento da sua arrecadação, inclusive, estudando propostas de instituição de novos tributos, que na conjectura atual do País, impactarão ainda mais a “pesada” carga tributária suportada pelos brasileiros.

Adotando a opção nº II, várias empresas vêm objetivando a redução dos gastos mensais, fazendo com que o índice de desemprego no País suba ferozmente: de 9% em setembro/novembro de 2015 para 11% em 2016, de acordo com dados publicados pelo IBGE.

Com o desemprego em massa e a impactante carga tributária imposta, os pedidos de falência registraram alta de 36% no acumulado do 1º bimestre em comparação ao mesmo período do ano anterior, segundo dados da Boa Vista SCPC (Serviço Central de Proteção ao Crédito), com abrangência nacional.

Em fevereiro de 2016, o número de pedidos de falências aumentou de 30,5% na comparação mensal e 76,3% em comparação a fevereiro de 2015.

Conforme dados do IBGE e do Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, 50% das empresas se tornam inativas após os 2 primeiros anos de criação, tendo em vista o custo, a burocracia e outros entraves para o crescimento. Do percentual restante, segundo a média de sobrevivência empresarial no Brasil, existe a porcentagem das que estarão fadadas ao prazo de validade de aproximadamente 30 anos, sendo pouquíssimas as que conseguem ir além, sendo essa a realidade empresarial no Brasil.

Tendo por base tais informações e sabendo o ente público detentor da competência tributária possui a faculdade de sua utilização, podendo até mesmo realizar a remissão total, a concessão de parcelamentos tributários ganha importância ímpar pela esperança de arrecadação e dos contribuintes que almejem quitar suas dívidas com certos “benefícios” como a redução de juros e multa.

Dentre tais parcelamentos, destaca-se o estipulado pela Lei Complementar nº 362/2017, denominado de Programa Especial de Recuperação de Créditos Tributários – PERC, instituído pelo Governo de Pernambuco.

O art. 10 da LC nº 362/2017, objeto do referido estudo, incluiu o art. 50-B à Lei Complementar nº 107/2008, instituindo o bônus de eficiência dos Auditores e Julgadores do SEFAZ/PE.

O tema ganha importância quando se contextualiza com os acontecimentos políticos e sociais vigentes no País, com a crise política e a consequente perda da credibilidade das instituições, envolvidas muitas vezes com a corrupção, desvio de dinheiro público e consequentemente fator de injustiça, gerando a ineficácia normativa social e o sentimento de revolta.

Analisar-se-á a questão da legalidade e constitucionalidade das respectivas leis em face dos dispositivos e princípios fundamentais versados no ordenamento jurídico em busca da extensão e consequência dos efeitos do bônus de eficiência quanto a imparcialidade dos julgados e dos respectivos agentes envolvidos.

A pesquisa será feita no modelo teórico, com base na doutrina, em reportagens, contando com a jurisprudência dos tribunais superiores a respeito do tema.

I - A LEI COMPLEMENTAR 362/2017 E AS ALTERAÇÕES NA LC 107/2008

A LC nº 362/2017 apresenta dois objetivos, primeiramente, estipular as condições para o ingresso no Programa Especial de Recuperação de Créditos Tributários – PERC, que dispõe sobre a redução dos valores de multas e juros relativos a débitos do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, mediante o pagamento integral à vista ou parcelado.

Segundamente, estipular alterações contidas na Lei Complementar nº 107/2008, com o disposto no art. 10, *in verbis*:

Art. 10. A Lei Complementar nº 107, de 14 de abril de 2008, passa avigorar com as seguintes modificações:

“Art. 44 ...

§2º ...

III ...

c) do bimestre de março e abril de 2016 ao bimestre de maio e junho de 2017, a primeira a 16% (dezesesseis por cento) e a segunda a 30% (trinta por cento) de vencimento-base, não podendo a sua percepção, independentemente do alcance da extrapolação de metas, ultrapassar 36% (trinta e seis por cento) do vencimento-base; (NR)

d) do bimestre de julho e agosto de 2017 ao bimestre de setembro e outubro de 2017, a primeira a 28% (vinte e oito por cento) e a segunda a 42% (quarenta e dois por cento) do vencimento-base, não podendo a sua percepção, independentemente do alcance da extrapolação de metas, ultrapassar 48% (quarenta e oito por cento) do vencimento-base; e (AC).

e) a partir do bimestre de novembro e dezembro de 2017, a primeira a 36% (trinta e seis por cento) e a

segunda a 50% (cinquenta por cento) do vencimento-base, não podendo a sua percepção, independentemente do alcance da extrapolação de metas, ultrapassar 56% (cinquenta e seis por cento) do vencimento-base; e (AC)

.....

Art. 50-B. Fica concedida, ao AFTE e ao JATTE, Indenização por Eficiência na Limitação de Campo – IELC, correspondendo ao valor da participação do ingresso de receitas provenientes de multas, de que trata o inciso III do art. 41, que, do somatório das parcelas de remuneração previstas nos arts. 41 a 47, exceder o limite do §6º do art. 97, não podendo extrapolar o valor do art. 56, parte final, ambos da Constituição do Estado de Pernambuco, observando-se as seguintes condições: (AC)

I – os valores referidos neste artigo serão distribuídos entre os seguintes beneficiários, independentemente da respectiva referência:

- a) Titulares de cargos do GOATE, desde que em efetivo exercício na Secretaria da Fazenda, ou nas hipóteses previstas no inciso II do art. 43;***
- b) Aposentados e pensionistas de cargos do GOATE***

II – a IELC será paga, a partir de 1º de janeiro de 2017, em parcelas mensais consecutivas, relativas aos valores identificados no mês imediatamente anterior à sua percepção;

III – fica autorizado o pagamento adicional de 1/3 (um terço) do valor da IELC, quando da concessão do abono de férias; e

IV – a IELC será percebida, adicionalmente, quando do pagamento da gratificação natalina, no mesmo valor e sem prejuízo da parcela ordinária do mês de referência.

Parágrafo Único. Para efeito do cálculo da IELC, o somatório de seus respectivos valores com a parcela de que trata o inciso III do art. 41 não pode ultrapassar o percentual estabelecido no art. 46.

...”

Para melhor elucidação do tema é mister tecer alguns comentários sobre a Lei Complementar nº 107/2008 que estipulou um capítulo específico sobre os vencimentos, vantagens e indenizações que deverão compor as remunerações dos Auditores Fiscais do Tesouro Estadual – AFTE e Julgadores Administrativos Tributários do Tesouro Estadual – JATTE, cargos esses que compõe o Grupo Ocupacional da Administração Tributária do Estado de Pernambuco – GOATE, nos seguintes termos:

CAPÍTULO V

VENCIMENTOS, VANTAGENS E INDENIZAÇÕES

Seção I

Vencimentos

Art. 41. Compõem os vencimentos dos titulares dos cargos do GOATE as seguintes parcelas:

I - vencimento-base, cujos valores são os constantes do Anexo II, aos quais se incorporará o valor da parcela mencionada no art. 7º, inciso I, da Lei nº 11.333, de 3 de abril de 1996, e alterações;

II - Gratificação por Resultados do GOATE - GRG;

III - participação no ingresso de receita proveniente de multas relativas a impostos estaduais.

(Vide o art. 9º da Lei Complementar nº 333, de 14 de setembro de 2016 - relativamente às multas tributárias estaduais reduzidas em razão dos benefícios constantes no Programa Especial de Recuperação de Créditos Tributários - PERC, a parcela estabelecida no inciso III do art. 41 acima redigido fica substituída pela Indenização por Limitação de Campo - ILC, calculada na forma do art. 46 da Lei Complementar nº 107, de 2008.)

§ 1º O vencimento-base constitui a parte fixa da estrutura remuneratória dos cargos do GOATE.

§ 2º A Gratificação por Resultados do GOATE - GRG e a participação no ingresso de receita proveniente de multas constituem a parte variável da estrutura remuneratória dos cargos do GOATE.

A forma de cálculo do bônus de eficiência pelo ingresso de receitas provenientes das multas tributárias é definida no art. 46 da LC nº 107/2008 nos seguintes parâmetros:

Subseção II

Participação no ingresso de receita proveniente de multas

Art. 46. A participação no ingresso de receita proveniente de multas relativas a impostos estaduais corresponderá a 30% (trinta por cento) do total dessa receita, recolhido mensalmente ao Estado, até 31 de dezembro de 2015, e a 40% (quarenta por cento), a partir de 1º de janeiro de 2016. (Redação

alterada pelo art. 1º da [Lei Complementar nº 325, de 23 de maio de 2016.](#))

(Vide o art. 2º [Lei Complementar nº 325, de 23 de maio de 2016](#) - efeitos retroativos a 1º de março de 2016.)

§ 1º O percentual referido neste artigo será distribuído igualmente entre os seguintes beneficiários, independentemente da respectiva referência, respeitado, de forma individual, o limite de remuneração aplicável aos cargos do GOATE:

I - titulares de cargos do GOATE, desde que em efetivo exercício na Secretaria da Fazenda, ou nas hipóteses previstas no art. 43, inciso II;

II - aposentados e pensionistas de cargos do GOATE.

§ 2º Os valores de que trata o § 1º integrarão a base para o cálculo da gratificação natalina e do abono de férias.

Pela simples leitura dos artigos colacionados, pode-se inferir que os Auditores e os Julgadores Fiscais receberão um adicional pela manutenção das multas tributárias lavradas contra os contribuintes, ganhando um bônus de eficiência pelo resultado positivo da arrecadação em prol do Estado, percentual esse que, inclusive, terá reflexos na base de cálculo da gratificação natalina (13º salário) e abono de férias dos referidos agentes públicos.

Em outras palavras, os membros do GOATE receberão uma participação denominada de “Indenização por Eficiência na Limitação de Campo – IELC”, que corresponde ao valor da participação do ingresso de receitas provenientes das multas tributárias.

Assim, tal adicional no patamar de até 40% (quarenta por cento) será pago, independentemente da remuneração-base e da gratificação

natalina, calculado em parcelas mensais consecutivas pelos autos de infrações autuados e mantidos no âmbito administrativo fiscal de Pernambuco.

Segundo o disposto no art. 10 da Lei Complementar nº 362/2017 que estipulou o art. 50-B da Lei Complementar nº 107/2008, o bônus de eficiência ou IELC está limitado pelos art. 56 e art. 97, §6º, ambos da Constituição Estadual de Pernambuco.

Tais artigos se encarregaram de fixar os limites da remuneração, subsídios, proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória, abrangendo os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado, o subsídio mensal dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal, não podendo assim, a qualquer título, a remuneração dos Auditores e Julgadores Fiscais somados com as respectivas gratificações e indenizações, ultrapassar o teto legal imposto pela Constituição Estadual.

Para uma análise da legalidade e constitucionalidade do tema, far-se-á um estudo do princípio da impessoalidade e seu alcance para os agentes públicos.

II – O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E SEU FLAGRANTE DESCUMPRIMENTO

A Constituição Federal em seu art. 37 estipulou as disposições gerais que devem reger a Administração Pública, devendo obediência, dentre outros, ao princípio da impessoalidade:

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

A Constituição do Estado do Pernambuco, seguindo orientação do texto constitucional também disciplinou as disposições gerais que devem ser seguidas pela Administração Pública, dispondo expressamente sobre o princípio da impessoalidade em seu art. 97:

Art. 97. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos relacionados nos arts. 37 e 38 da Constituição da República Federativa do Brasil e dos seguintes: (Redação alterada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1999.)

A Lei Complementar nº 107/2008, que institui a Lei Orgânica da Administração Tributária no Estado de Pernambuco e disciplinou as respectivas carreiras, também achou válida prever literalmente o princípio da impessoalidade:

Art. 3º A Administração Tributária reger-se-á pelos princípios consubstanciados na Constituição da República e na Constituição do Estado, especialmente os da legalidade, supremacia do interesse público, impessoalidade, eficácia, eficiência, preservação de sigilo, moralidade, probidade, motivação, razoabilidade, publicidade, unidade e justiça fiscal.

Exigir impessoalidade da Administração Pública tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração.

No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Nesse sentido é o que leciona Daiane Garcias Barreto:

“Objetiva coibir a prática de atos que visem a atingir fins pessoais, impondo, assim, a observância das finalidades públicas. O princípio da impessoalidade veda portanto, atos e decisões administrativas motivadas por represálias, favorecimentos, vínculos de amizade, nepotismo, dentre outros sentimentos pessoais desvinculados dos fins coletivos.

Quando a Fazenda Pública estiver em juízo, não gozará de seus privilégios e condições especiais como a de superior hierárquico, estando ambas as partes em igualdade de condição (contribuinte/Fisco), não havendo o que se falar de tratamento mais benéfico, com o conseqüente prejuízo do contribuinte com a permanência dos autos de infrações lavrados pelas autoridades fiscais e mantidos pelos julgadores administrativos visando favorecimentos pessoais como o bônus de eficiência (IELC), sendo flagrantemente ilegal e inconstitucional tal previsão.

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva que:

Os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta vontade estatal.

(...)

As realizações governamentais não são do funcionamento ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produziria. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no §1º do art. 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores

públicos em publicidades de atos, programa, obras, serviços e campanhas de órgãos públicos.

Como se pode perceber, o sentido empregado nesse trabalho a respeito do princípio da impessoalidade seria o de que os atos administrativos devem ser praticados com a finalidade essencialmente pública, não podendo os agentes prejudicarem ou beneficiarem pessoas determinadas, mas oportunizarem as mesmas condições e tratamentos respaldados no princípio da igualdade das partes.

A esfera administrativa objeto de impugnações de lançamentos fiscais pelos contribuintes visa uma reanálise de mérito, um verdadeiro controle de legalidade dos atos da Administração que objetivam a excelência do lançamento fiscal realizado, não tendo a Fazenda suas prerrogativas especiais, pelo contrário, o próprio CTN em seu art. 112 estipulou que a lei tributária que define infrações ou lhe comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida, ou seja, “*in dubio, pro contribuinte*”, ou seja, se alguém merece ser beneficiado em caso de dúvida, esse alguém é sem dúvidas o contribuinte.

Nesse controle de legalidade, os agentes envolvidos na função de julgadores, não podem agir como “patrocinadores ou procuradores da Fazenda” em busca de favorecimentos pessoais como os presentes adicionais (IELC).

O incremento das remunerações além dos vencimentos-base, acaba por macular a busca do interesse público que deve ser sempre perseguida. A estipulação de uma bonificação em prol da manutenção dos julgados em prejuízo dos contribuintes, acaba por estimular um favorecimento pessoal do agente público quando a Fazenda Pública for beneficiada.

Como se pode perceber, quando se tratar de julgamentos administrativos de lançamentos fiscais anteriormente realizados, o interesse público não se satisfaz com o mero ganho de causa da Fazenda Pública, mas sim quando se oportuniza as partes a igualdade de

tratamento, o direito de ampla defesa, o devido processo legal, assim como a garantia de um julgamento imparcial com base no ordenamento jurídico e no conjunto probatório anexado aos autos.

A não observância desses requisitos implica na nítida ofensa do princípio da impessoalidade, previsto no texto da Carta Magna, na Constituição Estadual de Pernambuco e na própria Lei Complementar 107/2008.

Como se sabe, a Lei não é feita de palavras “mortas, frias ou sem sentido”, tendo todas elas função essencial na construção da interpretação pelo intérprete. Percebe-se que o legislador não teria o árduo trabalho de estipular “gramaticalmente” o princípio da impessoalidade que deve reger as disposições gerais da Administração Pública na Constituição Federal, na Constituição Estadual e na LC nº 107/2008, se o mesmo não fosse essencial e basilar para própria segurança e harmonia do sistema.

Tendo importância ímpar, o princípio da impessoalidade visa assegurar assim a segurança jurídica, colocando em primeiro lugar o interesse público da população, garantindo a igualdade e impedindo qualquer tipo de parcialidade ou atuação arbitrária praticada pelos agentes públicos, principalmente, dos julgadores.

Ademais, o art. 21 da LC nº 107/2008 assim dispõe sobre as vedações aos membros do GOATE, Auditores e Julgadores Fiscais:

*Art. 21. Além de outras vedações previstas em lei, **aos titulares de cargos do GOATE é vedado:***

(...)

*XI - **receber vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições, bem como presentes em valor superior àquele estabelecido em ato normativo específico;***

O IELC é uma nítida vantagem pessoal, recebida pelos agentes públicos em razão de sua atribuição, porém, em vez de beneficiar o particular, contribuinte, beneficia a Fazenda. Como já se afirmou, o

interesse público não se faz presente com o mero ganho de causa do Estado, mas sim quando se efetiva os princípios fundamentais para um julgamento respaldado nos princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, moralidade, pessoalidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros), garantindo-se assim o controle de legalidade dos lançamentos de forma íntegra, moral, ética e legal.

III – DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE EVANDO DE VÍCIOS O JULGAMENTO ADMINISTRATIVO

O bônus de eficiência não é uma previsão restrita da esfera administrativa fiscal estadual, tendo também previsões na esfera federal pela Medida Provisória nº 765/2016, que assim dispõe:

Art. 5º. Ficam instituídos o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil

A revista Consultor Jurídico – CONJUR elaborou reportagem em 12/03/2017 sobre o tema que merece ser compartilhada para enriquecimento da pesquisa e posterior feita de comentários:

*O servidor público que tiver interesse, direto ou indireto, na matéria tratada no processo administrativo fica impedido de atuar nele. Com base nessa regra, determinada pela Lei 9.784/1999, **um auditor fiscal que atua na alfândega do Aeroporto de Viracopos (Campinas-SP) disse não ter imparcialidade para elaborar parecer analisando auto de infração de perdimento de mercadorias devido ao seu interesse em receber “bônus de eficiência”.***

O benefício foi criado em dezembro de 2016 pela Medida Provisória 765. Foi a **saída encontrada pelo governo para aumentar a remuneração de auditores fiscais sem conceder-lhes aumento salarial, que precisa de aprovação de lei**. De acordo com a MP, o dinheiro para pagar o **bônus virá de um fundo composto das multas que forem aplicadas a contribuintes em autuações fiscais**.

Mas o benefício é polêmico. **Para advogados e especialistas em tributação, o bônus cria um incentivo para que os auditores apliquem mais multas e as qualifiquem durante as autuações**. E acreditam ser pior o fato de o incentivo ser pago também aos auditores que atuam como membros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda (Carf) e nas delegacias de julgamento da Receita (DRJs). Entendem que **o mecanismo estimula julgadores a concordar com o Fisco, violando seu dever de imparcialidade e criando situações de impedimento**.

A Comissão de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB avaliou que o “bônus de eficiência” pago a auditores fiscais é **inconstitucional**. De acordo com parecer do tributarista Igor Mauler Santiago, a verba viola o **princípio constitucional da moralidade, além de afrontar a vedação constitucional da destinação de tributos a fins privados**. O documento foi enviado ao conselho, que discutirá o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade contra o benefício.

Por essa interferência nos votos dos conselheiros, a Justiça Federal vem tirando processos do Carf de pauta. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal. A corte reconheceu a repercussão geral num recurso

que discute se a administração fazendária pode pagar bônus a auditores fiscais conforme as multas aplicadas. Portanto, o tribunal vai julgar o recurso, que questiona uma versão estadual do “bônus de eficiência” pago a auditores da Receita Federal conforme as multas que apliquem a contribuintes autuados.

(...)

Como muito bem salientado, o “mecanismo estimula julgadores a concordar com o Fisco, violando seu dever de imparcialidade e criando situações de impedimento.”

O princípio da Imparcialidade é um pressuposto de validade do processo, estando o juiz acima e equidistante das partes, podendo assim o magistrado exercer sua função jurisdicional. A garantia da imparcialidade possui, inclusive, respaldo na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça. Imparcial é o magistrado que não tenha interesse no objeto do processo, nem queira favorecer uma das partes, incumbindo-lhe o dever de conduzir o processo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tenha razão.

A própria Constituição Federal em seu art. 95 já estipulou os requisitos mínimos assecuratórios para se atingir a necessária imparcialidade pelos magistrados: i) vitaliciedade; ii) inamovibilidade e iii) irredutibilidade de subsídios.

O art. 139 do novo Código de Processo Civil assim estipula:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

(...)

Como se sabe, o Novo CPC 2015 é plenamente aplicável aos processos administrativos, como bem estipula o seu art. 15:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Ou seja, a garantia da imparcialidade é mais que um direito, é dever do Estado para integridade e validade do julgamento, assim como uma garantia assegurada por cláusula pétrea por ser um direito individual (art. 60, §4º, IV, da CF).

A própria Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, preocupada em evitar conflitos de interesses e ofender o princípio da imparcialidade, impediu o exercício da advocacia para os membros do CARF indicados pelos contribuintes, devendo o Fisco fazer o mesmo em prol da segurança jurídica e máxima efetivação dos preceitos fundamentais.

Assim, não há como se efetivar o princípio da imparcialidade quando os julgadores possuem nítido interesse no resultado do julgamento, recebendo “bônus de eficiência” pelas multas tributárias mantidas em desfavor dos contribuintes.

IV – DA REPERCUSSÃO GERAL JÁ CONHECIDA PELO STF E OS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS

O Pretório Excelso já conheceu a Repercussão Geral do RE 835.291 e irá julgar a questão da constitucionalidade da receita arrecada com multas tributárias para o pagamento de adicional de produtividade (bônus de eficiência) a servidores públicos da carreira fiscal que trata de uma lei de Rondônia sobre o assunto.

O respectivo Recurso Extraordinário foi interposto pelo Ministério Público de Rondônia contra decisão do TJRO que julgou improcedente a ADIn contra dispositivos da Lei estadual 1.052/2002 e do Decreto 9.953/2002 que trata sobre o adicional de produtividade fiscal.

O TJRO considerou que a utilização da multa para fins de pagamento de adicional de produtividade fiscal não fere o princípio constitucional de vedação de vinculação de receitas, uma vez que tal dispositivo se restringe aos impostos. Apontou que, tendo em vista não possuir a mesma natureza jurídica dos impostos, a multa não pode a ele ser equiparada, dentre os fundamentos, destacasse:

Segundo, pelo descabimento da afetação da receita de impostos – as multas são acessórios que seguem a mesma sorte do principal – a gastos específicos (CF, art. 167, IV). Terceiro, pela vedação constitucional da vinculação de receitas à remuneração dos servidores (CF, artigo 37, XIII), que levou o STF a invalidar gratificação estadual de produtividade atrelada à arrecadação de tributos e multas (Pleno, ADI 650-MC/MT, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 22.05.92). Quarto, e principalmente, por ofensa à moralidade e à impessoalidade da Administração (CF, art. 37), corolários diretos do princípio republicano.

Como se pode perceber no presente caso em Pernambuco, o art. 167, IV, da CF, expressamente prevê a proibição da vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, salvo nas hipóteses de repartição constitucional de receitas, tendo em vista que a multa é um acessório, e todo acessório segue a sorte do principal, também estaria acobertada pela vedação legal de vinculação de receitas de impostos.

O percentual de 40% para fins de IELC viola flagrantemente os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

No RE 835.291, já existe parecer da Procuradoria Geral da República pelo provimento do recurso (PARECER Nº 19711 – OBF-PGR – Ministério Público Federal), considerando manifestamente inconstitucional o pagamento do bônus de eficiência com participação no ingresso de receita proveniente de multas relativas a impostos.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou fazer uma análise da legalidade e constitucionalidade do art. 10º da Lei Complementar nº 362/2017, que fez alterações e incluiu o art. 50-B à Lei Complementar nº 107/2008 instituindo o bônus de eficiência para os Auditores e Julgadores do âmbito administrativo fiscal do SEFAZ/PE.

Através do estudo detalhado das respectivas Leis, concluiu-se que os Auditores e Julgadores Fiscais recebem um adicional pela

manutenção das multas tributárias lavradas contra os contribuintes, tendo reflexos, inclusive, na base de cálculo da gratificação natalina (13º salário) e abono salarial.

Procurou-se confrontar o bônus de eficiência com o princípio da impessoalidade, princípio essencial que rege toda a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, inferindo-se que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear os comportamentos dos agentes públicos, vedando qualquer decisão administrativa fundada em represálias, favorecimentos, vínculos de amizade, dentre outros sentimentos pessoais desvinculados dos fins coletivos.

Não possuindo a Fazenda Pública condição especial que a torne superior à parte oposta em juízo, pelo contrário, estando em equiparidade de condições, não haveria o que se falar de tratamento benéfico com a manutenção dos autos de infrações lavrados em desfavor dos contribuintes, sendo o IELC benefício concedido em prol dos julgadores quando a decisão beneficiar o Fisco, o que macula todo o julgamento de vício insanável, devendo-se anular pela ilegalidade e inconstitucionalidade das previsões que ofendem a própria garantia de imparcialidade do julgador.

Como já se afirmou, o interesse público não se faz presente com o mero ganho de causa do Estado, mas sim quando se efetiva os princípios fundamentais para um julgamento respaldado nos princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, moralidade, pessoalidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros), garantindo-se assim o controle de legalidade dos lançamentos de forma íntegra, moral, ética e legal.

Ou seja, a garantia da imparcialidade é mais que um direito, é dever do Estado para integridade e validade do julgamento, assim como uma garantia assegurada por cláusula pétrea por ser um direito individual (art. 60, §4º, IV, da CF).

Assim, não há como se efetivar o princípio da imparcialidade quando os julgadores possuem nítido interesse no resultado do julgamento, recebendo “bônus de eficiência” pelas multas tributárias mantidas em desfavor dos contribuintes.

Conclui-se, portanto pela ilegalidade do art. 10 da Lei Complementar 362/2017 que institui o art. 50-B na Lei Complementar nº 107/2008 cujo objeto é flagrantemente inconstitucional.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

1. Disponível em:
<<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=2&numero=107&complemento=0&ano=2008&tipo=&url=>> Acessado em 16/07/2017.
2. Disponível em:
<<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=12&numero=1989&complemento=0&ano=1989&tipo=&url=>> Acessado em 16/07/2017.
3. Disponível em:
<<https://deyvsonhumberto.jusbrasil.com.br/artigos/324050024/o-principio-da-impessoalidade-sobre-a-administracao-publica>> Acessado em 16/07/2017
4. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1718/Principio-da-impessoalidade-Direito-Administrativo>> Acessado em 16/07/2017
5. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43717/a-importancia-do-principio-da-impessoalidade-na-administracao-publica>> Acessado em 16/07/2017
6. Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_Impessoalidade>
Acessado em 16/07/2017
7. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-14/sindicato-fiscais-bonus-eficiencia-nao-afeta-isencao>> Acessado em 16/07/2017
8. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-12/devido-bonus-auditor-declara-impedido-elaborar-parecer>> Acessado em 16/07/2017
9. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-27/bonus-eficiencia-audidores-inconstitucional-oab>> Acessado em 16/07/2017
10. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-03/stf-julgara-recurso-pagamento-bonus-audidores-fiscais>> Acessado em 16/07/2017
11. Disponível em:
<<http://blogs.correiobrasiliense.com.br/servidor/parecer-da-oabnacional->

[sobre-o-bonus-de-eficiencia-para-servidores-da-receita-federal/](#)> Acessado em 16/07/2017

12. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337547>> Acessado em 16/07/2017

13. Disponível em:
<<https://simonefigueiredoab.jusbrasil.com.br/artigos/112230058/poderes-do-juiz-e-principio-da-imparcialidade>> Acessado em 16/07/2017

14. Disponível em:
<<https://meportella.jusbrasil.com.br/artigos/174191723/imparcialidade-do-juiz>> Acessado em 16/07/2017

15. Disponível em:
<<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/ponto-e-contraponto/865-direito-processual-civil-m-principio-da-imparcialidade-do-juiz>> Acessado em 16/07/2017

O PAPEL EXERCIDO PELO ESTADO NO CONTROLE DO TRÁFICO E DA VIOLÊNCIA URBANA

ÍTALO SILVA DANTAS: Advogado. Bacharel em Direito. Faculdade 7 de Setembro.

RESUMO: A (i)legitimidade do poder público para combater o tráfico de drogas e violência urbana é tema de constante debate nos diversos meios da sociedade, notadamente no período atualmente vivenciado no país. A partir disso e das entrevistas colhidas e apresentadas no documentário “Notícias de uma guerra particular”, o presente trabalho busca trazer à lume argumentos favoráveis e desfavoráveis, com base no ordenamento jurídico, bem como na doutrina sociológica correlata.

Palavras-chave: Papel do Estado. Sociologia Jurídica. Criminologia. Teoria da Legitimidade. Teoria Conflitiva.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo toma por base o documentário “Notícias de uma guerra particular”, que foi produzido em 1999 pelo cineasta João Moreira Salles e pela produtora Kátia Lund, o qual busca estabelecer um vínculo entre as concepções dos moradores, traficantes e policiais atuantes na favela Santa Maria, a partir de personagens com uma rotina ligada diretamente ao tráfico de drogas no Rio de Janeiro.

Tomando como ponto de partida os temas abordados no documentário em tela, que despertam polêmicas sobre a legitimidade do poder de controle social do Estado, a marginalização das classes baixas, a seletividade na operacionalização do sistema penal e entre outros, busca-se analisar o papel do Estado no controle do tráfico, a partir de uma análise jurídica e sociológica.

Por fim, tem-se o intuito de analisar, com base nas doutrinas e teorias abordadas pela Sociologia do Direito e Criminologia Crítica, as perspectivas dos atores sociais que se encontram no contexto da violência

urbana frente ao papel exercido pelo Estado, notadamente no que diz respeito à sua legitimidade.

2 AS PERSPECTIVAS DA ATUAÇÃO ESTATAL EM FACE DA VIOLÊNCIA URBANA

2.1 Legitimidade do poder de controle social do Estado frente à violência urbana.

Necessária se faz a análise, primeiramente, de alguns conceitos básicos para então entrar no debate acerca da legitimidade ou ilegitimidade do poder de controle social que a polícia exerce no combate à violência urbana.

O poder pode ser exercido sobre coisas ou pessoas, e, quando se trata de pessoas, pressupõe-se, no mínimo, uma relação de hierarquia, sendo que quem exerce o poder possui algum critério de superioridade (força, dinheiro, conhecimento, carisma etc.) frente ao destinatário do poder.

Pesquisadores analisam o poder baseados na Teoria de Legitimidade de Max Weber, o qual entendeu que a relação mandante/mandado estaria justificada em hábitos de obediência dos destinatários do poder, fundamentado em fatores materiais e, primordialmente, na legitimidade de exercê-la. No seu estudo, houve a classificação do poder (domínio) em três tipos: o poder tradicional, o poder carismático e poder legal^[1]; sendo neste último que se encontra o ponto de partida do objeto de investigação do presente estudo.

O poder legal é caracterizado por ter como fonte a lei, a qual legitima (e limita) os sujeitos que detém o poder e rege os que são destinatários dele^[2]. Trata-se de um aspecto objetivo utilizado para caracterizar a legitimidade.

No entanto, alguns doutrinadores não se contentam apenas com o referido parâmetro. Para eles a legitimidade traduz-se também através de um sentimento expresso da comunidade de que determinada conduta é

justa. Assim, é a sensação de reconhecimento por parte da sociedade que irá legitimar o poder, conforme afirma BOBBIO no trecho abaixo transcrito:

[...] decorrente do sentimento expresso por uma comunidade de que determinada conduta é justa, correta. Daí dizer-se que esta implica sempre *reconhecimento*. Assim, a legitimidade pode ser definida como um amplo consenso, no seio da sociedade, de que uma autoridade adquire e exerce o poder de modo adequado[3].

Deste modo, percebe-se, nos termos defendidos acima, que a legitimidade não vem apenas da lei, mas também do consenso (aceitação) da sociedade.

[...] podemos definir Legitimidade como sendo atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser nos casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão.[4]

Neste sentido, pode-se abrir um parêntese a respeito do vínculo existente entre Estado, democracia e vontade popular, no qual é perceptível a escolha voluntária (sem presença de coerção ou coação), por interesses comuns, do povo em construir e ser obediente a um ordenamento jurídico, ou seja, de cada cidadão ter a livre escolha de se submeter a regras limitadoras.

Aplicando ao estudo em questão, pode-se constatar que, no Brasil, o Estado detém o poder de aplicar regras coercitivas, bem como cobrar dos cidadãos obediência a elas, e, neste contexto, a atuação da polícia se

faz necessária, como uma instituição que vem fiscalizar ou punir para que seja mantida a ordem pública.

No momento em que a polícia estiver diante de resistência ao cumprimento de ordens legalmente previstas, se encontra legitimada a exercer a violência (força e coação)^[5]. Contudo, até que ponto estaria o Estado legitimado a exercer essa violência, tendo em vista as características peculiares da polícia brasileira?

Pode-se considerar legítimo o papel da polícia visto sob dois pontos centrais: a) para manutenção da ordem pública – controle da violência urbana e controle social e; b) poder proveniente do Estado.

No que diz respeito à manutenção da ordem pública, prevê a Constituição Federal de 1988 no seu art. 144:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.^[6]

A polícia foi a instituição escolhida como competente para atuar na preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, representando o Estado. Deste modo, de acordo a classificação de Max Weber^[7], é considerada legítima a atuação da polícia no combate ao tráfico de drogas para controlar a violência urbana, visto

que a mesma desempenha seu papel baseada em ordens estabelecidas racionalmente (lei), e, que quem as exerce possui competência constituída para tanto.

Reconhece-se o domínio legal pelas seguintes características: todo direito, seja ele estabelecido por convenção ou por outorga, vale em virtude de um procedimento racional por finalidade ou por valor, ou pelos dois ao mesmo tempo. O conjunto das regras de direito constitui um mundo abstrato de prescrições técnicas ou de normas; a justiça consiste na aplicação das regras gerais aos casos particulares, enquanto a administração tem por objetivo proteger os interesses nos limites da regra de direito, graças a órgãos instituídos para tal fim.^[8]

Por este ponto de vista legalista tem-se uma interpretação restritiva, visto que se parte do pressuposto de que toda violência emanada do Estado deveria ser considerada legítima. Contudo, Porto^[9] acredita em outra versão, a qual deve ser levada em consideração a existência de consensos ou legalidades diferentes, com valores e éticas diferentes, onde o que pode ser definido como violência legítima ou ilegítima dependerá de uma análise empírica.

[...] a autonomia entre diferentes esferas ou ordens de vida implica o fato de cada uma delas ter sua legalidade própria, e ser regida por éticas ou valores que lhe são particulares. Dessa perspectiva, o legítimo e o ilegítimo em política – esfera em que se situa o monopólio da força física – apenas de constituem como tal segundo a legalidade própria a esta esfera, podendo, de acordo com o contexto (daí a ideia weberiana de singularidade histórica) e/ou momento histórico conviver ou competir com ordens de valores distintos (legalidade própria) prevaletentes em

outras esferas ou dimensões do social, tais como a econômica, a religiosa, a ética e a estética. A adaptação ou a tensão entre essas diferentes ordens de legalidade é algo que somente a análise empírica em sua concretude pode proporcionar.^[10]

Desse modo, em relação ao quanto retratado no documentário anteriormente citado, a atuação da polícia no combate ao tráfico de drogas e à violência urbana pode ser tanto considerada como legítima, pelo ponto de vista de quem não está ligado diretamente ao tráfico de drogas, mas que sofre com a violência urbana que aquele gera, como também pode ser considerada a ilegítima aos olhos dos moradores e dos traficantes, ao momento que ambos personagens vivenciam uma dimensão social distinta daquela de quem não mora no morro.

Neste mesmo contexto, Sabadell^[11] entende que:

Dependendo do período histórico, estas formas de poder gozam de um determinado grau de aceitação pela população, isto é, de legitimidade: não se exercem através do recurso à violência, mas em geral, através do consenso da maioria da população, que reconhece o poder como legítimo

No que tange à legitimidade de poder do controle social realizado pelo Estado, cabe mencionar que este pode ser definido como meio do qual o aparelho estatal utiliza para impor ao cidadão um modelo de comportamento a ser seguido com base nos valores sociais com o intuito de garantir a convivência em sociedade.

O termo “controle social” possui na sociologia um significado muito amplo, eis que indica todo o processo de socialização que orienta o indivíduo, integrando-o aos valores e aos padrões de comportamento social. Por esta

razão, o controle social está intimamente relacionado com os conceitos de “poder” e de “dominação política”, que criam determinada ordem social e integram os indivíduos nela.^[12]

O controle social é um dos principais pontos abordados no documentário, principalmente na fala de uma autoridade policial que afirma:

“[...] a polícia é corrupta, é uma instituição que foi criada para ser violenta e corrupta [...] Eu faço política de repressão [...] Como você mantém 2 milhões de habitantes sob controle? Ganhando R\$ 112,00? Quando ganham! Como você mantém todos esses excluídos sobre controle? Com repressão!”

Constata-se um controle social externo, o qual é realizado sobre indivíduos por meio de outros com o intuito de restabelecer a ordem. “Isso tudo acontece, sobretudo, quando falha o controle interno e o indivíduo transgredir normas. O controle externo é, na maior parte dos casos, repressivo: manifesta-se por meio de aplicações de sanções”^[13].

Nessa perspectiva, insta destacar o poder disciplinar de Foucault^[14], o qual defendia em seu estudo a criação de um “modelo social humano”, no qual deveria ser seguido pelos cidadãos: “Forma-se então um política de coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos”.

2.2 Ilegitimidade do poder de controle social do Estado frente à violência urbana que o tráfico de drogas gera

Expostos os argumentos capazes de fundamentar acerca da legitimidade do poder de controle do Estado no combate, neste ponto passe-se a expor as concepções divergentes.

Anteriormente, afirmou-se que o poder se legitima pelo consenso popular, por ordens previamente estabelecidas, e, em alguns fundamentos, apenas por ter como fonte o Estado. Contudo, com base na Teoria Conflitiva, poder-se-ia pontuar que “os detentores do poder direcionam o processo de legislação e de aplicação do direito”, onde a concentração do poder se fundamenta na economia e política. [15]

Deste modo, como se constatou no documentário, principalmente na fala de umas das autoridades policiais, que o direito penal é seletivo, sendo aplicado apenas para classes mais carentes.

As regras sociais não exprimem uma “vontade geral” ou interesses comuns de todos os cidadãos. Em outras palavras, os adeptos da teoria conflitiva não aceitam a ideia de que é possível realizar um controle social democrático e em favor da sociedade como um todo, tal como sustentam os liberais. [...] as teorias do conflito partem da existência de grupos sociais desiguais com interesses divergentes e consideram o controle social institucionalizado como meio de garantia das relações de poder. Tais relações são sempre assimétricas. [16]

Neste sentido, pode-se remeter aos ensinamentos de Andrade [17], a qual é uma das maiores autoras de Criminologia crítica, quando trata sobre a lógica da seletividade como lógica estrutural de operacionalização do sistema penal e sua relação funcional com dominação classista.

A revelação da lógica da seletividade como lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, a qual representa a fundamentação científica de uma evidência empírica visibilizada pela clientela da prisão: a da “regularidade” a que obedecem a criminalização e o etiquetamento dos estratos sociais mais pobres de sociedade. Evidência,

por sua vez, há muito vocalizada pelo sendo comum no popular adágio de que “a prisão é para os três pés: preto, pobre e prostituta”.^[18]

Esta seletividade do sistema penal se daria por dois fundamentos: a) a falta de capacidade do sistema penal operar em toda extensão da sociedade e; b) a impunidade e a criminalização se orientam pela seleção desigual de indivíduos de acordo com o *status* social e não pela incriminação da conduta em si^[19].

Conforme Sabadell^[20] afirma que “o controle social é carente de legitimidade porque está a serviço dos grupos de poder que, por meio da criação e da aplicação das normas de controle, asseguram seus interesses.” Deste modo, pode-se perceber que o sistema penal, por ser seletivo e marginalizar minorias, torna-se ilegítimo ao realizar o controle social no combate ao tráfico de drogas.

O poder de controle social também torna-se sem legitimidade quando percebe-se a resistência, ou seja, a não obediência a lei, fato que é perceptível no documentário no momento em que se comenta sobre o Partido do Comando Vermelho (PCV) e sua finalidade nas favelas. Ademais, para haver controle diante desta resistência, a polícia, necessariamente, utilizaria de força, o que para Bobbio torna poder ilegítimo^[21].

Diante do exposto, buscou-se fundamentar as decisões possíveis do caseapresentado apresentando as teorias e concepções de sociólogos e autores da criminologia crítica.

3 CONCLUSÃO

Nada obstante os argumentos elencados no sentido da ilegitimidade estatal para desenvolver a tarefa em comento, entende-se que deve ser considerado legítimo o poder estatal no combate ao tráfico de drogas tendo em vista que a violência exercida possui uma finalidade, a qual é o controle social, a manutenção da ordem pública e o controle (e combate) da violência urbana decorrente deste tipo de tráfico.

Ademais, antes mesmo de ser aplicada a sanção ou a limitação de um direito, aquele cidadão conhece as regras e tem ciência de que não pode desrespeitá-las, assim, a violência legítima é exercida diante da desobediência ou quando o indivíduo excede em relação ao modelo considerado fora dos limites, como por exemplo, cometer um crime.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13 ed. Vol 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 13 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 32 ed. Petrópoles: Vozes, 1987.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PORTO, Maria Stela Grossi. **Análise weberiana da violência**. In: Política, ciência e cultura em Max Weber. Org.: Maria Francisca Pinheiro Coelho, Lourdes Bandeira, Marilde Loiola de Menezes. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

NOTAS:

[1] BOBBIO, MATTEUCI, PASQUINO, p. 940, 2007.

[2] BOBBIO, MATTEUCI, PASQUINO, p. 940, 2007.

[3] SABADELL, p. 113, 2005.

[4] BOBBIO, MATTEUCI, PASQUINO, p. 675, 2007.

[5] SABADELL, p. 113/114, 2005.

- [6] Constituição da República Federativa do Brasil.
- [7] FREUND. p. 167, 2000.
- [8] FREUND. P. 167, 2000.
- [9] P. 324, 2000.
- [10] P. 324/325, 2000.
- [11] P. 143., 2005.
- [12] SABADELL, p. 135, 2005.
- [13] SABADELL, P. 138, 2005.
- [14] P. 119, 1997.
- [15] SABADELL, P. 139, 2005.
- [16] SABADELL, p. 139, 140.
- [17] P. 49, 2003.
- [18] ANDRADE, P. 49/50, 2003.
- [19] ANDRADE, P. 51, 2003.
- [20] P. 157, 1986.
- [21] P. 87, 1986.

CARACTERÍSTICAS DO REGIME TRIBUTÁRIO DO ISS FIXO DAS SOCIEDADES PROFISSIONAIS

NILSON PEREIRA GROSSI: Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - Uniderp e graduando em Ciências Contábeis pela Universidade de Franca. Auditor Fiscal da Receita Municipal em Uberaba/MG e membro do Conselho Municipal de Contribuintes.

INTRODUÇÃO

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência municipal, pode ser cobrado de diversas formas, dentre as quais consta o benefício denominado “ISS FIXO”, previsto nos §§1º e 3º, Decreto-Lei 406/68, que pode ser concedido às sociedades profissionais.

Trata-se o foco do presente estudo do exame do benefício tributário concedido às sociedades uniprofissionais de recolher o ISSQN através de valores fixos, bem como o caráter empresarial que supostas sociedades uniprofissionais podem encartar.

REQUISITOS DO ISS FIXO NO DECRETO-LEI 406/68

Ao analisar as peculiaridades da tributação das sociedades profissionais em comparação às demais espécies societárias, verifica-se que aquelas possuem tratamento diferenciado em relação à incidência do ISSQN.

Para que o ISSQN seja cobrado de forma fixa, é necessário que a sociedade não tenha caráter empresarial, formada por profissionais e que os sócios respondam pessoalmente por suas atividades, conforme previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, Decreto-Lei 406/68:

Art 9º. A base de cálculo do impôsto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio

contribuinte, o impôsto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

No mesmo sentido, o judiciário consolidou o entendimento de que “as sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISSQN, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial” [1].

Interpretando os dispositivos citados, depreende-se que são requisitos para a caracterização das sociedades profissionais: 1) a habilitação profissional dos sócios; 2) o trabalho pessoal dos sócios, exigindo que esses profissionais assumam responsabilidade pessoal pelos serviços prestados; 3) que o objeto societário seja o de prestação de serviços previstos no art. 9º, § 3º, Decreto-Lei 406/68.

No tocante ao primeiro e terceiro requisitos, os sócios podem comprovar esse requisito através do contrato social, registros em órgãos de classe, além de outros meios que demonstrem o exercício de atividade passível de enquadramento no regime, isto é, prestação dos serviços previstos no §3º do art. 9º, Decreto-Lei 406/68.

Em relação ao segundo requisito, a prestação dos serviços sob a forma de trabalho pessoal exige a prestação dos serviços em nome dos próprios sócios.

Já a responsabilidade pessoal significa que a pessoa jurídica não será responsabilizada diretamente pela conduta técnica de sócio. Se este cometer ato técnico que gere prejuízo patrimonial ou moral a terceiros, no exercício de sua profissão, o sujeito passivo da relação jurídica sancionatória será ele e não a sociedade, ou seja, o patrimônio do sócio que será diretamente atingido nos casos de indenização a terceiros e não o da sociedade (CARVALHO, Cristiano e MACHADO, Rafael Bicca, 2004).

Para a melhor compreensão desses requisitos vale demonstrar através de um exemplo ilustrativo.

Profissionais da medicina, regularmente registrados nos respectivos conselhos de classe, se reúnem e constituem a Médicos S/S, sociedade simples que presta serviços de radiologia para a Clínica X, sociedade empresária prestadora de serviços de radiologia para seus pacientes. A sociedade Médicos S/S é estabelecida dentro da Clínica X e utiliza toda sua estrutura administrativa e operacional para a execução das atividades. A sociedade Médicos S/S solicita e tem o deferimento da administração tributária do seu município para recolher o ISSQN na modalidade ISS FIXO.

Entretanto, sendo a Clínica X, prestadora de serviços de radiologia, a única tomadora de serviços da sociedade Médicos S/S, também prestadora de serviços de radiologia, é notória a descaracterização da execução de trabalho pessoal e responsabilização direta dos sócios da Médicos S/S.

Vale verificar também a forma como a sociedade Médicos S/S se apresenta ao mercado. Esta não possui tomadores diretos dos seus serviços, pois trabalha única e exclusivamente para a Clínica X. Os pacientes procuram pela clínica e não pelo trabalho pessoal dos sócios da Médicos S/S, uma vez que é o único nome apresentado ao mercado.

Sendo assim, no caso de um sócio da sociedade Médicos S/S cometer ato técnico que gere prejuízo a terceiros, é o patrimônio da Clínica X que será diretamente atingido nos casos de indenização e não dos profissionais.

Desse modo, a prestação de serviços pela sociedade Médicos S/S é impessoalizada, pois os serviços são oferecidos ao mercado por organização empresarial diversa, sendo a sociedade de médicos uma mera terceirizada ocultada dentro das instalações da Clínica X.

Sendo assim, apesar do revestimento formal de uma sociedade simples pura, os sócios da Médicos S/S não exercem trabalho pessoal, o que confere caráter empresarial às atividades dessa sociedade, impedindo a concessão da tributação especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise quanto ao enquadramento tributário das sociedades profissionais deve ser feita de forma criteriosa e, quando não for possível a obtenção das evidências com base nas características contratuais, a administração tributária municipal deve exercer procedimentos investigatórios, incluindo as diligências nos estabelecimentos nos quais os serviços sejam prestados a fim de buscar verdade real dos fatos e coibir injustiças fiscais na arrecadação do imposto municipal.

O enquadramento ilegal no regime de recolhimento especial das sociedades profissionais viola o princípio constitucional da isonomia tributária, uma vez as sociedades empresárias prestadoras de serviços previstos no art. 9º, § 3º, Decreto-Lei 406/68 encontrar-se-ão em ampla desvantagem tributária em relação às sociedades de profissionais irregulares.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO, Cristiano e MACHADO, Rafael Bicca. **ISS e as sociedades uniprofissionais**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, nº 55, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Ed. Malheiros.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOTAS

[1] EREsp 866.286/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 29/09/2010, DJe 20/10/2010

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, POLÍTICO E SOCIAL

LEILA ROCHA SPONTON: Defensora Pública.
Mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

RESUMO: O Direito ao desenvolvimento deve ser analisado não somente como o direito do Estado em produzir cada vez mais. O desenvolvimento, mais do que uma aspiração individual, deve ser compreendida como um direito de todos, a ser praticado por e para todos. Ao longo dos anos, percebemos que o desenvolvimento não se dá de forma completa se pensada somente no critério econômico, mas também no aspecto político e social, que devem atuar de forma conjunta e harmônica.

Palavras chave: desenvolvimento econômico, desenvolvimento político, desenvolvimento social, interdependência, subdesenvolvimento, democracia, igualdade, saúde, educação, mínimo existencial.

Sumário: 1. Introdução 2. Desenvolvimento econômico... 2.2: Subdesenvolvimento 2.3 A superação do subdesenvolvimento para se chegar ao desenvolvimento econômico, segundo Celso Furtado . 3. Desenvolvimento político 3.1: Conceito . 3.2: Democracia . 3.3: Igualdade entre os gêneros . 3.4: Participação popular . 3.5: Autodeterminação dos povos . 3.6: Cooperação e solidariedade internacionais . 4. Desenvolvimento social . 4.1: Conceito . 4.2: Garantia do mínimo existencial . 4.3: Saúde . 4.4: Educação . 5. Conclusão . 6. Bibliografia .

1. INTRODUÇÃO

A Assembleia Geral das Nações Unidas, na Declaração do Direito ao Desenvolvimento, reconheceu o **desenvolvimento** como “**um processo global econômico, social, cultural e político, que visa a melhora constante do bem estar de toda a população e de todos os indivíduos**”^[1]. Manifestou sua preocupação com a existência de graves obstáculos ao desenvolvimento.

Traz a Declaração aos Estados a grande responsabilidade em implementar condições para o desenvolvimento. No art. 3º dessa declaração há expressamente esta recomendação, ao afirmar que “Os Estados têm o dever primário da criação e condições nacionais e internacionais favoráveis para a realização ao direito ao desenvolvimento”, bem como “têm o dever de cooperarem uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados devem exercer seus direitos e cumprir com seus deveres de tal forma a promover uma nova ordem econômica internacional baseada na igualdade de soberania, interdependência, interesses mútuos e cooperação entre os Estados”.^[2]

Em 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena surge com uma abrangente análise global do sistema internacional de direitos humanos e dos mecanismos de proteção desses direitos e ainda *consagrando a universalidade* como característica marcante do regime jurídico internacional dos direitos humanos. ^[3]

É uma Declaração a enunciar que todos os direitos humanos são *universais, indivisíveis e inter-relacionados*, devendo a comunidade internacional considerá-los, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e em igual ênfase (item 5).

Importante destacar-se nessa Declaração o item 8:

“A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos do homem e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente.”

Afirma André de Carvalho Ramos que “neste sentido, países menos desenvolvidos empenhados no processo de democratização e de reformas econômicas devem ser apoiados pela comunidade internacional, para que alcancem sucesso na sua transição para a democracia e o desenvolvimento econômico”^[4].

Com base nesses ensinamentos que se baseará o presente trabalho: o desenvolvimento econômico, e explicando a relação entre

desenvolvimento e subdesenvolvimento; o desenvolvimento social, baseado nas mudanças das estruturas sociais subdesenvolvidas, de modo a garantir um mínimo existencial, em versão mais adequada à proposta dos direitos humanos, e o desenvolvimento político, usando, como o seu viés mais importante, a democracia. Reiterando sempre que, por questão didática essas formas de desenvolvimento serão analisadas separadamente, mas imprescindível lembrar que essas formas de desenvolvimento devem ser vistas de modo global, interdependentes e inter-relacionadas.

2. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

2.1: CONCEITO

Para Luis Carlos Bresser-Pereira, “o **desenvolvimento econômico** é assim um fenômeno histórico, de um lado relacionado com o surgimento das nações e a formação dos estados nacionais ou estados nação, e, de outro, com a acumulação de capital e a incorporação de progresso técnico ao trabalho e ao próprio capital, que ocorrem sob a coordenação das instituições e principalmente de mercados relativamente competitivos. O desenvolvimento é, portanto, um fenômeno relacionado com o surgimento das duas instituições fundamentais do novo sistema capitalista: o estado e os mercados.”^[5]

Carla Rister afirma que “o desenvolvimento, em sentido lato, estaria intimamente ligado ao progresso e à paz, consistindo num dos direitos fundamentais do homem”^[6].

Celso Furtado traz dois sentidos à ideia de desenvolvimento: o avanço do sistema, como sendo “soma entre a acumulação e a técnica” e o grau de satisfação das necessidades humanas. No primeiro caso trata-se da evolução de um sistema social de produção à medida que este, mediante a acumulação e progresso das técnicas, torna-se mais eficaz,

ou seja, eleva a produtividade do conjunto de sua força de trabalho. No segundo caso, quando se trata de necessidades humanas elementares, como vestuário, alimentação, habitação. O aumento da expectativa de

vida, de certa forma, significa melhora nessas necessidades elementares.^[7]

Para que ocorra o verdadeiro desenvolvimento econômico, faz-se necessária a existência de um sistema de valores em que a pessoa humana seja a centralidade e o objetivo do *modus operandi* do desenvolvimento; conseqüentemente, há o enfraquecimento da visão predatória do desenvolvimento, visto que a questão da pobreza e os baixos níveis de vida não podem ser resolvidos com acumulação de riquezas.

Com base neste raciocínio, ficaremos com a visão de Louis-Joseph Lebrét, que define o desenvolvimento a “passagem pelo conjunto de sub-populações que integram um povo, de um nível de vida menos humano para um nível de vida mais humano, ao custo de trabalho e capital menos elevado possível, no ritmo mais rápido possível.”^[8]

2.2: SUBDESENVOLVIMENTO

É um produto das estruturas de dominação. Um processo histórico autônomo, e não uma etapa para que tenham, necessariamente, que passar todos os países para se chegar ao desenvolvimento. Logo, o subdesenvolvimento não é uma etapa obrigatória no

processo de formação das economias capitalistas, constituindo, na realidade, uma deformação^[9].

Nas palavras de Carla Abrantkoski Rister, seria o processo de crescimento, que pode abranger a modernização dos padrões de consumo e mesmo a expansão do comércio exterior, mas sem que as estruturas sociais sejam modificadas^[10].

O termo subdesenvolvimento, surgindo quase que concomitantemente ao desenvolvimento, surgiria também como referência aos países não industrializados ao final da II Guerra Mundial, às antigas colônias europeias, diferenciando-se dos países desenvolvidos e dos países socialistas.

No subdesenvolvimento, os recursos são empregados de modo a reproduzir desigualdades, sem transformação qualitativa das estruturas sociais. [11]

Celso Furtado caracteriza o processo de subdesenvolvimento como:

“(...) um desequilíbrio na assimilação dos avanços tecnológicos produzidos pelo capitalismo industrial a favor das inovações que incidem diretamente sobre o estilo de vida. Essa proclividade à absorção de inovações nos padrões de consumo tem como contrapartida atraso na adoção de métodos produtivos mais eficazes. É que os dois processos de penetração de novas técnicas se apoiam no mesmo vetor que é a acumulação. Nas economias desenvolvidas existe um paralelismo entre a acumulação nas forças produtivas e diretamente nos objetos de consumo. O crescimento de uma requer o avanço de outra. A raiz do subdesenvolvimento reside na

desarticulação entre esses dois processos causada pela modernização.”[12] (pág. 8)

2.3: A SUPERAÇÃO DO SUBDESENVOLVIMENTO PARA SE CHEGAR AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Para Celso Furtado, a busca pela superação do atraso econômico e a promoção do desenvolvimento parte, a princípio, da concepção de que o subdesenvolvimento é uma conformação estrutural produzida pela forma como se difundiu o progresso tecnológico no plano internacional. A sua superação não se daria somente “ao impulso das simples forças do mercado, exigindo um projeto político apoiado na mobilização de recursos sociais”[13].

Logo, o Estado surge como um importante instrumento para a superação do subdesenvolvimento. É importante o Estado atuar como responsável pela coordenação e condução de políticas de planejamento que viabilizem a promoção do desenvolvimento.

Avançar dessa forma significa representar um movimento rumo a modificações estruturais, cujo significado certamente se traduziria na remoção dos obstáculos ao desenvolvimento econômico e social. As ações do Estado estariam, portanto, voltadas para a necessidade do conjunto da população, e não somente para reprodução de padrões de consumo de uma minoria abastada, como ocorre num processo de modernização.

Por fim, necessário esclarecer que não está aqui se defendendo uma atuação absoluta do Estado. Não se defende a coibição do empresariado. Ao contrário: são necessárias ações para que a atividade empresarial se fortaleça. Porém, bons resultados somente poderão ser alcançados se o Estado agir de forma planejada, sem improvisação.

3. DESENVOLVIMENTO POLÍTICO

3.1: CONCEITO

Desenvolvimento político pode ser entendido como o processo histórico de conquista por parte da sociedade, da capacidade coletiva organizada de estatuir projeto próprio, em termos de cidadania, associativismo, consolidação democrática e serviço público. Não é o Estado que funda a cidadania. O Estado deve ser resultado dela e estar a seu serviço.

Para se tratar de desenvolvimento político, o presente trabalho basear-se-á em sua expressão mais importante: a democracia. Entende-se que não há que se falar em desenvolvimento sem que o povo tenha a livre possibilidade de escolher seus governantes, através de formas democráticas de votação, numa sociedade livre e igualitária.

O elo da democracia com a legitimidade política é relativamente recente. A maioria das constituições políticas baseadas no Estado, ao longo da história, firmou-se na autoridade “de cima para baixo”, com uma dádiva divina, ordem natural, ou tradição legitimando o poder daqueles com virtude superior. Na metade do século XX, porém, muitos regimes apelaram, em lugar disso, à autorização “de baixo para cima”, através do povo, principalmente nos países subdesenvolvidos do pós guerra.

No plano internacional, recebeu endosso poderoso nos documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Internacional dos Direitos Humanos de 1966.

Todos têm o direito de participar do governo de seu país, diretamente ou através de representantes livremente escolhidos. A vontade do povo deverá ser a base da autoridade do governo; essa vontade deverá ser expressa em eleições periódicas e genuínas que deverão ocorrer pelo sufrágio universal e igualitário e realizadas pelo voto secreto ou por procedimentos equivalentes de voto livre.

A democracia é um mecanismo para controlar o desgoverno economicamente predatório que precede qualquer chance real de desenvolvimento. Ao prover responsabilidade, transparência, ampla participação, e um fluxo de livre informação, os direitos humanos e a democracia podem ajudar a assegurar que o crescimento econômico seja canalizado para o desenvolvimento nacional ao invés do enriquecimento privado.

É claro que vários são os mecanismos para conseguirmos o desenvolvimento político. Não há que se falar em desenvolvimento político sem falarmos de democracia, igualdade, autodeterminação dos povos, participação popular, cooperação e solidariedade internacionais. Vários outros pontos poderiam ser destacados, mas explicitaremos os citados.

a. DEMOCRACIA

O sistema democrático, na tradição clássica, era caracterizado pela dimensão puramente política, ou institucional, do jogo político, em sistemas nacionais que, seja pelo exercício do voto censitário, seja por diferentes mecanismos de restrição das franquias democráticas, tendiam a excluir uma grande maioria da população não só dos instrumentos de representação mas igualmente dos mecanismos de decisão. A democratização social e política, em escala mundial, ocorrida no decurso do século XX, em especial a vaga de redemocratização registrada na América Latina em suas duas últimas décadas, trouxeram, como complemento das instâncias puramente políticas de governabilidade, a

necessidade de serem implementadas políticas setoriais e globais de solidariedade e de justiça social.

Com efeito, a grande fronteira ainda a ser conquistada no mundo moderno é a das barreiras internas à inclusão social, que constituem a mesmo tempo a fonte principal e a alavanca política das demais barreiras e divergências existentes no sistema internacional.

As liberdades civis e liberdade de expressão podem levar a um sistema mais transparente e melhor administrado e a um desenvolvimento econômico mais participativo e robusto. Além de eleições limpas, livres e justas e sistemas políticos multipartidários mais eficazes, imprensa livre e outros meios de comunicação fortes são igualmente importantes.

Conforme ensinamento de Amartya Sen, “é preciso ver a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma análise diferente, que aborde a *prática* da democracia e direitos políticos”^[14].

Sobre a democracia, ainda, importante salientar outro aspecto trazido por Amartya: o papel da oposição. Segundo ele, o papel da oposição em verdade é uma força importante tanto em sociedades democráticas como em sociedades não-democráticas. É importante o papel fiscalizatório da oposição, e de cobranças. Uma oposição forte resulta em um governo forte.

“Em uma democracia, o povo tende a conseguir o que exige e, de um modo mais crucial, normalmente não consegue o que não exige.”

b. IGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

Por quê a igualdade de gênero é importante para o desenvolvimento?

De acordo com o Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2012, elaborado pelo Banco Mundial, há dois motivos essenciais: **Primeiro**, a igualdade de gênero tem importância intrínseca porque a capacidade de viver a vida que se deseja e ser poupado da privação absoluta é um direito humano básico e deve ser igual para todos, seja a pessoa homem ou mulher. **Segundo**, a igualdade de gênero tem importância instrumental porque uma maior igualdade de gênero contribui para a eficiência econômica e a obtenção de outros resultados essenciais de desenvolvimento.^[15] Portanto, assim como desenvolvimento significa

menos pobreza de renda ou um melhor acesso à justiça, ele também deve significar menos hiatos no bem-estar entre homens e mulheres.

A igualdade de gênero representa uma economia inteligente: ela pode aumentar a eficiência econômica e melhorar outros resultados de desenvolvimento de três maneiras. Primeiro, removendo barreiras que impedem as mulheres de ter o mesmo acesso que os

homens têm à educação, oportunidades econômicas e insumos produtivos que podem gerar enormes ganhos de produtividade — ganhos essenciais em um mundo mais competitivo e globalizado. Segundo, melhorar a condição absoluta e relativa das mulheres introduz muitos outros resultados de desenvolvimento, inclusive para seus filhos. Terceiro, o nivelamento das condições de competitividade — onde mulheres e homens têm chances iguais para se tornar social e politicamente ativos, tomar decisões e formular políticas — provavelmente gerará no decorrer do tempo instituições e escolhas de políticas mais representativas e mais inclusivas, levando assim a um melhor caminho de desenvolvimento.

Quando as mulheres exercem maior controle sobre os recursos dos domicílios ocorrem mais investimentos no capital humano de crianças, com efeitos positivos dinâmicos sobre o crescimento econômico.

É comprovado que maior renda entre mulheres significa, também maior gasto com crianças, com sua educação, com consequências óbvias para o desenvolvimento. É, portanto, investimento na própria mulher, em gerações futuras e no desenvolvimento de uma nação.

A maior renda de mulheres gera, mais saúde para elas e, por consequência, para seus filhos. Maior escolaridade, que também refletirá em escolaridade para as crianças.

c. PARTICIPAÇÃO POPULAR

Enquanto em um contexto autoritário, observa-se a redução da participação e o aumento de mecanismos de controle, em regime democrático, o processo se inverte. No caso atual do Brasil, a Constituição de 1988 assegura juridicamente a participação e o controle social como mecanismos de democratização dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, o termo controle social está intrinsecamente articulado a democracia representativa, que assegura mecanismos de participação da população na formulação, deliberação e fiscalização das políticas públicas.

No Capítulo VII da Carta da Organização dos Estados Americanos, assim está escrito:

Art. 34: *Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição eqüitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral.*(grifos nossos)[16]

Na área da infância e juventude, por exemplo, podemos citar como formas de participação popular os Conselhos Tutelares, responsáveis, entre outras funções, em atuar na proposta orçamentária dos municípios na área da infância; Os Conselhos de Direitos, compostos por membros da sociedade civil e dos Estados, em que suas Resoluções possuem caráter cogente é um exemplo de participação popular nas políticas públicas na área da infância.

d. AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

É o direito de cada povo dispor de seu destino.

Compreendidos doutrinariamente como os direitos de terceira dimensão.

Assim prevê a Declaração e Programa de Ação de Viena:

1. *Todos os povos têm direito à **autodeterminação**. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.*

O direito à autodeterminação dos povos, consagrado logo na abertura da Declaração, diz respeito, em primeiro lugar, à independência dos povos coloniais. Refere-

se, também, em segundo lugar, à soberania de cada Estado independente sobre as riquezas e recursos naturais que se encontram em seu território[17].

A autodeterminação, surgiu, em princípio, em contraposição à dominação europeia, principalmente em relação às colônias africanas, vez que impunham seu imperialismo, usurpando recursos naturais de suas colônias bem como impedindo o desenvolvimento de seu povo, atuando, inclusive em desrespeito à cultura e costumes locais.

Por fim, o professor Balera nos recorda que: “a autodeterminação, verdadeiro polo motor da igualdade – porque direito inalienável do povo –

não é tanto dado formal a ser reconhecido, mas antes o vetor permanente e vivo que atualiza certos comportamentos dos Estados, cujo desenvolvimento se impõe como objetivo, comportamentos que concretizam a fim de conquistarem, sempre mais, melhores posições nos distintos ambientes nos quais são chamados a atuar”.[\[18\]](#)

Conforme explicação de Wagner Balera, a autodeterminação não é apenas mais um tópico no catálogo de princípios que regem o direito internacional. Trata-se, mais propriamente, de direito humano dos povos, que podem repelir a injusta violação dessa prerrogativa.[\[19\]](#)

e. COOPERAÇÃO E SOLIDARIEDADE INTERNACIONAIS

Na encíclica *populorum progressio*, há a previsão da necessidade de solidariedade e fraternidade entre os povos:

44. As suas obrigações enraízam-se na fraternidade humana e sobrenatural, apresentando-se sob um tríplice aspecto: o do dever de solidariedade, ou seja, o auxílio que as nações ricas devem prestar aos países em via de desenvolvimento; o do dever de

justiça social, isto é, a retificação das relações comerciais defeituosas, entre povos fortes e povos fracos; o do dever de caridade universal, quer dizer, a promoção, para todos, de um mundo mais humano e onde todos tenham qualquer coisa a dar e a receber, sem que o progresso de uns seja obstáculo ao desenvolvimento dos outros.[\[20\]](#)

Na encíclica *Laudato Si*, o Papa Francisco reitera a necessidade de cooperação entre os povos:

52. É necessário que os países desenvolvidos contribuam para resolver esta dívida, limitando significativamente o consumo de energia não renovável e fornecendo recursos aos países mais necessitados para promover políticas e programas de desenvolvimento sustentável. As regiões e os países mais pobres têm menos possibilidade de adotar novos modelos de redução do impacto ambiental, porque não têm a preparação para desenvolver os processos necessários nem podem cobrir os seus custos.[\[21\]](#)

A necessidade de cooperação de países mais desenvolvidos para os menos desenvolvidos, mais notadamente os “países não-alinhados” é algo absolutamente atual, mesmo após várias Declarações fazerem esta afirmação.

A política de ajuda ao desenvolvimento não deve ser encarada como um ato de caridade dos mais ricos para com os mais pobres, mas como uma necessidade ditada por critérios de elementar justiça, já que o desenvolvimento é um direito humano e deve ser promovido como tal à escala mundial.

O auxílio ao desenvolvimento deve ser analisado cada vez menos como uma despesa e mais um **investimento no futuro**. A persistência das desigualdades, da pobreza

e dos conflitos geram fenômenos de insegurança, fluxos migratórios, constituição de redes criminosas transnacionais e outros, que facilmente nos afetam. A interdependência crescente demonstra-nos que os problemas econômicos ou de segurança são também problemas de desenvolvimento, exigindo um esforço de procura de soluções globais.

Nesse sentido, **a ajuda realmente eficaz é aquela que promove uma redução da dependência da ajuda**, uma vez que o objetivo final é exatamente o país deixar de precisar desse apoio.

4. DESENVOLVIMENTO SOCIAL

4.1 CONCEITO

Basicamente, o desenvolvimento social pode ser entendido como um processo de melhora da qualidade de vida dentro de uma sociedade. Considera-se que um país possui alta qualidade de vida quando seus habitantes, dentro de um cenário de paz, liberdade, justiça, democracia, tolerância, equidade, igualdade e solidariedade, têm amplas e recorrentes possibilidades de satisfação de suas necessidades e também podem empregar suas potencialidades e conhecimentos com vistas a conseguir melhoria futura em suas vidas e da sociedade em que vive.

Não há que se falar em desenvolvimento social sem atuação efetiva do Estado, de modo a garantir direitos básicos da população, com vistas ao seu desenvolvimento, tais como educação, moradia, saúde, alimentação.

Entre as formas de desenvolvimento aqui estudadas, esta é a que mais necessita da atuação contundente do Estado para sua efetivação. Não à toa, Convenções, Declarações internacionais e Constituições conferem aos Estados a responsabilidade por garantir os meios para efetivar o desenvolvimento.

Logo, um Estado comprometido com saúde, alimentação, educação, moradia, emprego, que destina parcela da renda para sua efetivação tem grande possibilidade de levar a sua população ao amplo desenvolvimento.

Uma população socialmente desenvolvida tem maiores condições de exercer livremente sua cidadania, capacidade de participar qualitativamente das decisões de seu país, planejar seu futuro, sua família, questionar, reivindicar cada vez melhores condições de vida para si e para o próximo.

Um dos pontos principais a serem analisados é a Educação. Não há que se falar em desenvolvimento econômico, social e político sem uma sociedade que conheça seus direitos e obrigações, que tenha capacidade de questionar e de se planejar, e sem que, por conta de sua ignorância (aqui compreendida como desconhecimento), seja facilmente manipulada e tenha sua vontade viciada.

a. GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Como uma primeira delimitação, pode-se afirmar que o conteúdo do mínimo existencial é constituído basicamente pelos direitos fundamentais sociais, sobretudo aquelas "prestações materiais" que visam garantir uma vida digna. Isso não significa garantir apenas a sobrevivência física, mas implica o desenvolvimento da personalidade como um todo.

Este conceito básico de mínimo existencial não esgota toda a problemática sobre o assunto.

Boa parte da doutrina trata dessas "prestações materiais", entendidas tão-somente como os direitos sociais como únicas a terem analisados o mínimo existencial. Mas quando falamos em mínimo existencial, parte da doutrina, como por exemplo Ingo Sarlet entende que não se tratam apenas de direitos sociais, mas que mesmo direitos políticos precisam ser garantidos. Não há que se falar em garantia se, por exemplo, o direito ao voto não for respeitado. Reiteramos aqui, a questão da universalidade e da inter-relação dos direitos fundamentais.

Devemos, por fim, tomar cuidado em não igualar mínimo existencial ao mínimo vital. Este é o apenas o necessário para se manter vivo, o que não é o mesmo que manter uma vida digna, visto que não é o que se espera do mínimo existencial.

b. SAÚDE

O direito à saúde, por ser decorrente do direito fundamental à vida e por entendê-lo como pressuposto para o desenvolvimento pleno dos demais direitos sociais, o Judiciário tem o definido como parte integrante do chamado mínimo existencial do ser humano, a qual o Estado está obrigado a garantir sua implementação.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a pobreza é a maior causa mortis do mundo, pois possui influência destrutiva desde os primórdios da vida humana, da concepção à morte^[22]. Dentre os oito objetivos de desenvolvimento do milênio proclamados pela Organização das Nações Unidas (ONU), três estão diretamente relacionados à saúde: redução da mortalidade materna e infantil, combate à AIDS e outras doenças como malária e tuberculose e erradicação da pobreza e da fome. Estes objetivos refletem, portanto, a ênfase na saúde como pressuposto para o desenvolvimento.

Tanto as medidas de prevenção quanto as relativas ao atendimento ou recuperação do doente estão compreendidas no cardápio dos recursos básicos na área de saúde.

Em relação à medicina preventiva, essas integram o cardápio do mínimo existencial, vale dizer, dos recursos básicos de saúde, enquanto que as medidas atinentes à medicina curativa podem ser classificadas como integrantes dos direitos sociais.^[23]

c. EDUCAÇÃO

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 205, assim determina:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Em primeiro lugar, importante ressaltar que o direito à educação não se reduz ao direito do indivíduo de cursar o ensino fundamental para alcançar melhores oportunidades de emprego e contribuir para o desenvolvimento econômico da nação. Deve ter como escopo o oferecimento de condições para o desenvolvimento pleno de inúmeras capacidades individuais, jamais se limitando às

exigências do mercado de trabalho, visto que o ser humano é fonte inesgotável de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral, criativo e social.

Assim, o sistema educacional deve proporcionar oportunidades de **desenvolvimento nessas diferentes dimensões**, preocupando em fomentar valores como o **respeito aos direitos humanos** e a tolerância, além da **participação social na vida pública**, sempre em condições de liberdade e dignidade.

Ao se investir em educação (não apenas de forma quantitativa, ou seja, com pessoas dentro das escolas, mas sim qualitativa, estimulando o senso crítico, formando, acima de tudo, cidadãos), implantando um sistema público adequado, este investimento não interessa apenas aos beneficiários diretos do serviço (os alunos), mas à coletividade como um todo, já que a educação escolar constitui um meio de inserir as novas gerações no patrimônio cultural acumulado pela humanidade, dando-lhe continuidade.

5. CONCLUSÃO

Em que pese termos tratado separadamente de cada uma das formas de desenvolvimento, demonstramos que todas estas formas são intimamente ligadas. A busca pelo desenvolvimento passa, desde a responsabilidade do Estado para a atuação de cada um de nós.

Conforme ensinamento do professor Wagner Balera,

Incumbe à humanidade expandir, em mil formas, as diversas expressões de progresso. A amplitude dos negócios não pode conhecer fronteiras geográficas nem tampouco barreiras ideológicas. Deve albergar a todas as comunidades, aproveitando as energias dispersas e condensando-as em favor da conquista das melhores condições de vida para o homem todo e todos os homens.

6. BIBLIOGRAFIA:

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da

tradução e tradução de novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BANCO

MUNDIAL: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Portuguese.pdf> . Acesso em: 28.03.2016

BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **O conceito histórico de Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2006/06.7-conceitohistoricode desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 28.03.2016

CARTA DA OEA: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch7 . Acesso em 28.03.2016

Carta encíclica Laudato Si - http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento revisitado. In: **Economia e Sociedade**. Campinas: Paz e Terra, 1992

_____. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico estrutural**. São Paulo: Paz e Terra, 2000

LEBRET, Louis-Joseph. **Économie et civilization. Tome II. Science économique et développement**. Paris. Économie et Humanisme Les Éditions Ouvrières, 1958, *apud* TSURUDA, Juliana Melo. **Justiça e fraternidade: o mínimo existencial como concretizador do direito ao desenvolvimento**. Tese de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva; 2006

<https://europa.eu/eyd2015/pt-pt/portugal/posts/what-aid> .

Acesso em 20.03.2016

Populorum Progressio: - http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acesso em 28.03.2016

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significado e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

RIVERO, Jean e Moutouh. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins fontes, 2006.

SACHS, Jeffrey. **O fim da pobreza**. Como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015

TSURUDA, Juliana Melo. **Justiça e fraternidade: o mínimo existencial como concretizador do direito ao desenvolvimento**. Tese de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016

NOTAS:

[1] Declaração do Direito ao Desenvolvimento. Tradução juramentada nº 628, livro 06, folha 198/400.

[2]

[3] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 208

[4] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 209

[5] BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **O conceito histórico de Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2006/06.7-conceitohistoricodesenvolvimento.pdf>. Acesso em: 28.03.2016

[6] RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significado e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

[7] FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico estrutural**. São Paulo: Paz e Terra, 2000

[8] LEBRET, Louis-Joseph. **Économie et civilization. Tome II. Science économique et développement**. Paris. Économie et Humanisme Les Éditions Ouvrières, 1958, p. 25/26: “Ces précisions apportées, le problème du développement peut se poser em ces termes: le développent est le passage, pour l’ensemble des sous-populations intégrant um peuple, d’um niveau de vie moins humain à um niveau de vie plus humain, au coût travail et capital le moins élevé possible, au rythme le plus rapide possible” , *apud* TSURUDA, Juliana Melo. **Justiça e fraternidade: o mínimo existencial como concretizador do direito ao desenvolvimento**. Tese de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016

[9] FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico estrutural**. São Paulo: Paz e Terra, 2000

[10] RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significado e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

[11] TSURUDA, Juliana Melo. **Justiça e fraternidade: o mínimo existencial como concretizador do direito ao desenvolvimento**. Tese de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016

[12] FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico estrutural**. São Paulo: Paz e Terra, 2000

[13] FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico estrutural**. São Paulo: Paz e Terra, 2000

[14] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015

[15] BANCO MUNDIAL: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Portuguese.pdf> . Acesso em: 28.03.2016

[16] CARTA DA OEA: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch7. Acesso em 28.03.2016

[17] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

[18] BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015

[19] BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015.

[20] Populorum Progressio: - http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acesso em 28.03.2016

[21] Laudato Si - http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

<https://europa.eu/eyd2015/pt-pt/portugal/posts/what-aid> . Acesso em 28.03.2016

[22] Piovesan Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva; 2006

[23] BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: QUESTÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO USUÁRIO DOS SERVIÇOS

DANTE SILVA TOMAZ: Advogado. Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação na FGV-RJ (2016). Graduado em Direito pela UFRJ (2015).

RESUMO: O presente trabalho analisará, inicialmente, os mecanismos de parcerias do Estado com o chamado Terceiro Setor, com enfoque nas organizações sociais. Nesse momento se analisará as razões que motivaram o aumento destes mecanismos e a sua adequação à ordem constitucional brasileira. Em seguida, passa-se ao estudo das questões que envolvem a responsabilidade civil estatal, desde os seus primórdios até a situação atual na doutrina e jurisprudência pátria, para que, enfim, se possa chegar a uma conclusão acerca da reparação civil por danos ao usuário de serviços prestados pelo Terceiro Setor, tanto sob o prisma do Estado fomentador, quanto pelo prisma das entidades parceiras. Para tanto, o trabalho será estruturado em três capítulos, que buscarão fornecer respostas a quatro perguntas formuladas na introdução, todas relacionadas aos aspectos relevantes da responsabilização civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Responsabilidade Civil. Terceiro Setor. Usuário. Administrador.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1. CAPÍTULO 2. CAPÍTULO 3. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar um tema bastante relevante e muito comum na prática da gestão pública: a responsabilidade civil nas relações que envolvem as organizações sociais.

Como é notório, há uma grande quantidade de serviços públicos, em especial na área da saúde, geridos por entidades do chamado Terceiro Setor, em especial as organizações da sociedade civil

de interesse público (OSCIPS) e as organizações sociais (OS), sendo sobre estas cujo foco se direcionará.

Para fins didáticos, optou-se por iniciar o estudo com noções gerais acerca do Terceiro Setor, com o enfoque nas organizações sociais. O segundo capítulo, por sua vez, trata acerca da responsabilidade civil do Estado, desde os aspectos históricos até a análise do direito positivo brasileiro e o posicionamento da jurisprudência mais recente.

No terceiro capítulo, buscam-se as formas de concretização, à luz da realidade brasileira, dos aspectos teóricos até então trabalhados. Por fim, concluímos este artigo com assertivas objetivas, que visam oferecer respostas, de forma direta, aos seguintes questionamentos:

- a) Constitucionalidade das parcerias com as organizações sociais;
- b) O modelo da responsabilidade civil do Estado no Brasil;
- c) A responsabilização civil das organizações sociais e a aplicabilidade ou não do artigo 37, §6º, CRFB/88;
- d) A responsabilidade estatal em relação aos danos causados aos usuários dos serviços prestados pelos seus parceiros.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O TERCEIRO SETOR

De acordo com a precisa definição de Marçal Justen Filho^[1], a expressão Terceiro Setor é utilizada para diferenciar as organizações não governamentais “*do Estado propriamente dito (primeiro setor) e da iniciativa privada voltada à exploração de atividade lucrativa (segundo setor)*”.

Sem pretender se alongar em longas digressões históricas, que fugiriam ao escopo do presente trabalho, é preciso destacar que o avanço do regime de parcerias no Brasil está umbilicalmente relacionado ao fenômeno da desestatização que ganhou força em nosso país a partir da última década do século XX.

Ao lado das privatizações das estatais e da concessão de serviços públicos, o fomento a parceiros privados foi um dos principais

mecanismos adotados pelo Estado para buscar conferir maior eficiência à Administração Pública e, conseqüentemente, atingir o interesse público de maneira mais efetiva.

Com a redemocratização, o Estado brasileiro passa, pouco a pouco, a abrir mão da proeminência econômica que o caracterizava no período da Ditadura Militar (1964-1985), e opta por se socorrer, cada vez mais, de institutos de direito privado para o exercício de atividades antes exclusivas do Poder Público^[2]. Em ótima definição sobre a redução do papel do Estado à luz do ordenamento jurídico brasileiro, imprescindível a lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

“No direito brasileiro a idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo: a) a desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.”^[3]

A esse movimento de fuga para o direito privado foi dado o nome de Administração Pública Gerencial, que, teoricamente, viria para superar o modelo burocrático de gestão tradicional e sua crônica ineficiência.

Neste contexto, as parcerias com as entidades do Terceiro Setor, a partir do fomento das suas atividades pelo Poder Público, visam concretizar os princípios da eficiência, previsto no artigo 37, caput da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, e da consensualidade.

O princípio da consensualidade, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto^[4], abrange “a *colaboração no planejamento, na tomada de decisão, na execução, no controle e até mesmo na solução de conflitos.*” Nada mais consentâneo com uma administração de parcerias do que esta definição, o que confirma ser o princípio da consensualidade um dos fundamentos do Terceiro Setor.

A alocação das entidades do terceiro setor dentro da Administração Pública foi objeto de grande celeuma doutrinária. Por exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no que era acompanhado por Hely Lopes Meirelles, defendia que existiriam três espécies de entes da Administração, quais sejam:

“os entes administrativos estatais, que são pessoas jurídicas de direito público, às quais a ordem jurídica outorga o desempenho de funções públicas administrativas; os entes administrativos paraestatais, que são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação for por lei autorizada, e dela recebe delegação para o desempenho de funções administrativas; e os entes administrativos extraestatais, que são pessoas jurídicas de direito privado, que se associam ao Estado para o desempenho de funções administrativas ou de simples atividades de interesse público, através de vínculos administrativos unilaterais ou bilaterais de colaboração.”^[5]

Sob esta ótica, as entidades do terceiro setor fariam parte da Administração Indireta. Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[6] em seu curso, rebate esta ideia, listando quatro razões para tanto.

A primeira razão colocada é a maior intensidade da incidência do regime jurídico de direito público nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas em comparação às entidades do terceiro setor. A diversidade de regimes é evidente, o que vem sendo reconhecido não só pela doutrina, mas, também, pelos tribunais pátrios.

A segunda razão listada pela autora é a ausência de delegação quanto às entidades ora estudadas, pois estas, ao contrário das estatais, não são fruto de descentralização administrativa, mas, sim, particulares que, por direito próprio, exercem atividades econômicas de interesse público, ainda que com apoio estatal.

A terceira razão elencada é o fato de que mesmo as empresas estatais não exercem sempre atividade delegada pelo Estado, podendo atuar em questões com o escopo de apenas intervir na ordem econômica.

Finalmente, a quarta e última razão de discordância da autora é o fato de que toda entidade da Administração Indireta, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, são “*braços de atuação do Estado*”. O mesmo não ocorre com os particulares em colaboração, posto que estes, como dito, exercem suas atividades por direito próprio.

A posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, majoritária, parece ter sido expressamente adotada com o advento da CRFB/88, que, em seu artigo 37, XIX, prevê como entidades da Administração Pública Indireta apenas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, nada falando sobre outras entidades.

Em consonância com os pontos abordados, este artigo adota a posição de Di Pietro e tratará as entidades do terceiro setor (também chamadas de entidades de colaboração) como espécies das entidades paraestatais. Por fim, para que não restem dúvidas, esclarecedoras as palavras da própria autora:

Pelo nosso conceito, as entidades paraestatais são definidas como pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado.

(...)

Exatamente por atuarem ao lado do Estado e terem com ele algum tipo de vínculo jurídico, recebem a denominação de entidades paraestatais;

nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor, o que abrange as declarações de utilidade pública, as que recebem certificado para fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (Sesi, Sesc, Senai), os entes de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.”^[7]

Superada a explanação acerca da origem destas entidades e da polêmica sobre sua inclusão ou não no conceito de Administração Pública, devem-se analisar as entidades que compõe o grupo das entidades de colaboração.

José dos Santos Carvalho Filho^[8], classifica o regime de parcerias em três grupos, quais sejam, o regime de convênios administrativos, o regime de contratos de gestão (OS) e o regime da gestão por colaboração (OSCIPs). Com o advento da Lei 13.019/2014, já atento as mudanças realizadas pela Lei 13.204/2015, podemos falar em três novos grupos a se somarem aos anteriores: o dos termos de parceria, o dos termos de fomento e o acordo de cooperação.

Di Pietro^[9], por sua vez, classifica as entidades do terceiro setor em fundações de apoio, serviços sociais autônomos, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.

Independentemente da classificação adotada, dada à proeminência das organizações sociais, a análise irá se restringir a esta modalidade. Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho^[10], os três principais aspectos a serem observados por estas entidades são **(i)** o dever de ter personalidade jurídica de direito privado; **(ii)** a impossibilidade de perseguir fins lucrativos; e **(iii)** destinar-se ao ensino, à cultura, à saúde, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à preservação do meio ambiente.

Di Pietro conceitua as organizações sociais da seguinte forma:

“qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por

*iniciativa de particular, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. **Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público, segundo os critérios estabelecidos pela Lei 9.637/1998.*** [11]

O contrato de gestão celebrado pela Administração com a entidade privada é, portanto, o instrumento negocial que confere a esta o *status* de organização social. A sua natureza jurídica é muito similar ao que, tradicionalmente, se chamava de “convênio” – denominação esta que, com a promulgação do novo marco regulatório das parcerias, passou a ser restrita às parcerias entre os entes federativos e as pessoas jurídicas a eles vinculadas (artigos 84 e 84-A da Lei 13.019/2014) e, em virtude do disposto no art. 199, §1º da CRFB/88 e das alterações promovidas pela Lei 13.204/2015, a parcerias, inclusive com particulares, na área da saúde.

Esclarecidas as principais características das organizações sociais, é mister destacar que a Lei 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e a criação do chamado “Programa Nacional de Publicização” sempre fora alvo de severas críticas, das quais o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello [12] foi o seu principal porta-voz. O principal ponto citado pelo autor como ofensivo à ordem constitucional era o fato de estas entidades poderem receber benesses sem observar o princípio constitucional da licitação. Para o autor, tal circunstância deveria levar à invalidação da qualificação conferida nos moldes da Lei 9.637/98 e a responsabilização dos beneficiários destas qualificações.

Ademais, o fato de estas entidades serem tratadas pela Lei 9.637/98 como integrantes do Programa Nacional de Publicização é visto por boa parte da doutrina como uma forma de dissimular as reais intenções da lei. Isso porque, na prática, trata-se de transferência da execução de serviços públicos para o setor privado. Nesse sentido, tem-se

a contundente crítica de Tarso Cabral Violin^[13], que confere a alcunha de “neoliberal” ao que se chama de modelo gerencial.

Décadas depois, em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), finalmente, encerrou a discussão, reconhecendo a constitucionalidade da Lei 9.637/98, quando do julgamento da ADI 1923/DF, a partir de uma interpretação conforme, no qual foram estabelecidos parâmetros para a qualificação e atuação das organizações sócias.

No último ponto da ementa, o STF elenca as principais conclusões adotadas no julgado, trecho cuja transcrição se impõe:

“(…)

*20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o **procedimento de qualificação** seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a **celebração do contrato de gestão** seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as **hipóteses de dispensa de licitação** para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) **os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros**, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser*

*editado por cada entidade; (v) a **seleção de pessoal** pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”*

(ADI 1.923/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 16/12/2015)

O STF, portanto, sem declarar a nulidade do atual modelo das organizações sociais, fixou a quais regras do regime jurídico de direito público estas entidades de direito privado devem se submeter. O resultado foi satisfatório, visto que, em uma ponderação de princípios, manteve-se incólume o núcleo essencial da moralidade administrativa, ao mesmo tempo em que se atendeu o princípio da eficiência.

Dessa forma, as organizações sócias são uma entidade do terceiro setor amplamente utilizadas na *práxis* da gestão pública nacional, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF, o que torna imperioso afirmar que a postura dos entes federados que firmam contratos de gestão com estas entidades é válida. Esta noção torna mais complexa a discussão sobre qual regime de responsabilidade civil do Estado em relação aos danos causados por estes parceiros.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

A responsabilidade civil do Estado passou por muitas mudanças no decorrer da história até chegar ao seu atual estado. Para uma adequada compreensão do tema é fundamental abordar, de forma breve, o avanço histórico da matéria.

2.1. As fases da responsabilidade civil do Estado

O primeiro momento narrado pelos administrativistas é o da total irresponsabilidade do Estado, ou seja, este não respondia pelos danos que gerasse ao particular.

A irresponsabilidade estatal se justificaria pela própria natureza da atuação Estado, qual seja, a de atuar sempre em prol e em nome da coletividade, de maneira que não faria sentido punir esta mesma coletividade, o que ocorreria por via transversa ao impor uma sanção ao Erário. Com o avanço do absolutismo, ganhou mais força a impossibilidade de se responsabilizar o Estado, afinal, se este se confundia com a figura do governante, que possuía o direito divino de governar, falhar a ponto de acarretar a responsabilização civil seria um contrassenso. É desta época a famosa frase “*the king can do no wrong*”.

Com a perda de força do absolutismo e a ascensão da burguesia, avançou a responsabilização do Estado. A nova classe burguesa que ascendeu ao poder era cética quanto à noção de infalibilidade dos governantes e objetivava uma maior segurança para suas atividades econômicas, tornando imperiosa a existência de meios de se ressarcir de prejuízos provocados pelos entes públicos.

A primeira forma de responsabilizar o Estado aceita foi a adoção dos mecanismos de culpa civil, o que se coaduna perfeitamente com o espírito oriundo da Revolução Francesa de igualdade formal e de supremacia das codificações. Ressalta José Cretella Júnior^[14] que o *standard* adotado para saber quais atos seriam aptos a ensejar a responsabilização civil é a divisão entre atos de gestão (indenizáveis) e os atos de império (insuscetíveis de indenização).

Esta divisão até hoje é utilizada em algumas searas do direito, mas, à luz da moderna teoria da responsabilidade civil, sua utilização foi extremamente reduzida. Os atos de gestão são aqueles que visam a satisfazer os interesses secundários do Estado, sendo estes entendidos como voltados apenas ao interesse patrimonial. Por sua vez, os atos de império são considerados como todos aqueles em que o Estado exerce sua atividade em posição de supremacia ante o particular, portanto, expressão da própria soberania.

Esta dicotomia é muito bem explorada por Yussef Said Cahali:

“Tinha-se como certo que duas classes de funções desempenha o Estado: as essenciais ou necessárias, no sentido de que tendem a assegurar a existência mesma do Poder Público (manter a ordem constitucional e jurídica), e as facultativas ou contingentes, no sentido de que não são essenciais para a existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura, quando realiza as funções necessárias age como Poder Público soberano; quando realiza funções contingentes, age como gestor de interesses coletivos.”^[15]

Por motivos óbvios, esta divisão não se revelou simples na prática, posto que ambos os conceitos apresentados são indeterminados, o que gerava uma grande insegurança jurídica devido ao amplo espaço conferido ao judiciário decidir quais situações ensejariam indenização ou não.

Ainda no âmbito da teoria civilista, em um segundo momento, *“passou-se a entender que o Estado seria responsável por atos de seus agentes por culpa in eligendo e por culpa in vigilando, isto é, por ter escolhido mal o seu agente causador do dano ou porque teria se descuidado do seu dever de vigilância”* ^[16].

Sérgio Cavalieri Filho^[17], em seu Programa de Responsabilidade Civil, acertadamente, afirma que este segundo momento permanece sendo essencialmente privatista, pois é pautado pela responsabilidade por fato de terceiro, típica do direito civil.

A responsabilidade civil do Estado se dissocia da responsabilidade civil própria do direito civil apenas com a adoção da teoria do órgão pelo direito administrativo, dando início ao que a doutrina, quase uníssona, chama de fase publicista da responsabilidade civil do Estado. Segundo esta teoria, os agentes apresentam o Estado e não o representam, ou seja, é o próprio Estado que atua pelas mãos dos seus agentes. Logo, não é possível separar as responsabilidades entre eles.

Os problemas das teorias civilistas levaram ao surgimento das primeiras teorias genuinamente administrativas da responsabilidade civil de que se têm notícia: a da culpa anônima administrativa e a da falta do serviço.

Estas teorias, segundo Cavalieri, devem ser entendidas como a superação da necessidade de se demonstrar a falha na atuação de algum agente – ao contrário: é *“dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.”* [18]

A publicização da responsabilidade civil estatal foi um inegável avanço, contudo, não representou uma panaceia. O seu caráter subjetivo tornava a prova da falha no serviço por vezes diabólica, impossibilitando o ressarcimento de agentes privados que sofreram danos pelo Estado.

O caminho seguinte foi a objetivização da responsabilidade civil estatal. Alexandre Santos de Aragão [19] destaca que a exclusão do elemento culpa na responsabilidade civil estatal representa, de certa forma, um reencontro com as origens civilistas do instituto. Isso porque sua adoção no direito administrativo foi precedida pela adoção da “teoria do risco” do direito civil, elaborada diante da ampliação dos possíveis efeitos colaterais de atividades econômicas. Como exemplo, podemos citar os acidentes em ferroviários e aeronaves, cujo impacto social e dificuldade probatória tornariam inócua a exigência de comprovação da culpa por cada lesado.

Nessa esteira, não caberia mais tratar de culpa administrativa ou de falha no serviço, pois a mera realização de atividades de risco pelo Estado, se comprovado o dano ao particular, levaria ao dever de indenizar. Assim, o Estado, ao aumentar a sua atuação na sociedade e na economia, se sujeitava a causar cada vez mais danos, que deveriam ser reparados. [20]

A situação da responsabilidade civil estatal, hoje, é indubitavelmente fundamentada na teoria do risco administrativo. Segundo preconiza esta teoria, o elemento subjetivo (culpa) se torna desnecessário, bastando que subsistam os demais elementos objetivos que, em síntese,

são apenas três: a conduta, comissiva ou omissiva, o dano e o nexo causal.

O segundo fundamento da responsabilidade objetiva é a teoria da repartição dos encargos sociais. Este deve ser entendido, conforme leciona Leon Duguit, da seguinte maneira:

A atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade; as caras que dela resultam não devem pensar mais fortemente sobre uns e menos sobre os outros. Se, da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos. [21]

A maior polêmica reside na responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos omissivos, o que será abordado mais adiante.

2.2. A responsabilidade civil do Estado no Direito Brasileiro

O direito brasileiro, conforme leciona Yussef Said Cahali[22], jamais se furtou em reconhecer a responsabilidade do Estado. Em sua clássica obra “Responsabilidade Civil do Estado”, é demonstrado que, em todas as nossas Constituições, o Estado possuía o dever de indenizar, de tal forma que não vivenciamos uma fase em que se pudesse vislumbrar a irresponsabilidade absoluta do Estado pelos seus atos.

A CRFB/88, no célebre artigo 37, §6º, consagra expressamente a responsabilidade objetiva do Estado por seus atos comissos, *in verbis*:

Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se vê, a redação do dispositivo afirma, expressamente, que o dano – e não a culpa – é o fundamento da reparação. Não restam dúvidas do caráter objetivo da responsabilidade.

Fernando Dias Menezes de Almeida^[23], dentro do Tratado de Direito Administrativo coordenado por Di Pietro (volume VII), analisa este artigo e afirma, categoricamente, que o os elementos trazidos impõem um mínimo para caracterizar a responsabilidade estatal, e que este mínimo prescinde de elementos subjetivos. Há apenas de se verificar a ação causadora e o efeito danoso.

Prossegue o autor^[24], afirmando que a responsabilização objetiva do Estado, prevista no artigo 37, §6º, não utiliza expressamente esta expressão e, tampouco, a necessidade de verificação do risco, de forma que não existiriam óbices para que a legislação infraconstitucional previsse outras restrições à responsabilização do Estado.

Nesse ponto, deve ser dito que a Lei 8.666/93, por exemplo, afasta expressamente a responsabilidade do Estado contratante pelas obrigações trabalhistas dos contratados. Apesar de se tratar de responsabilidade contratual e não aquiliana - como a que o artigo 37, §6º, CRFB/88 é vocacionado a regular – é mais um exemplo da possibilidade da legislação infraconstitucional abordar de diferentes formas a responsabilidade estatal.

Analisado o núcleo da origem constitucional da responsabilidade estatal por atos comissivos e fixado seu caráter objetivo com base na teoria do risco administrativo, é válido trazer à baila outros diplomas normativos que reforçam o exposto.

O Código Civil de 2002, artigo 927, parágrafo único, consagra a teoria do risco, conforme se depreende do dispositivo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Pela leitura do dispositivo, é possível afirmar que a Constituição da República, muitos anos antes do próprio Código Civil, já previa a responsabilização independentemente do elemento subjetivo. Com base neste artigo, a doutrina majoritária dos civilistas afirma que a responsabilidade no âmbito cível ainda seria, em regra, subjetiva (necessita da demonstração de dolo ou culpa), ao contrário da responsabilidade estatal. [25]

Contudo, mesmo o Código Civil, excepciona os entes públicos desta regra geral em seu artigo 43:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Fixadas as premissas e destacados os principais dispositivos legais a respeito da responsabilidade civil do Estado por atos comissivos, é fundamental analisar os aspectos relacionados à responsabilidade por atos omissivos.

Uma primeira posição, defendida por Hely Lopes Meirelles[26], afirma que a responsabilidade por omissão também é objetiva, visto que a Constituição da República apenas atribui ao Estado o dever de indenizar em caso de existir dano, sem excepcionar nenhuma situação.

Segundo um vetusto brocardo jurídico, quando o legislador não restringe não cabe ao intérprete fazê-lo, de forma que, se a CRFB/88 garantiu aos administrados o direito de serem reparados sem a demonstração de culpa, não podem os Tribunais exigirem o elemento subjetivo com fundamento apenas em uma construção jurisprudencial.

A segunda posição, cuja defesa é realizada por importantes doutrinadores, dentre os quais citamos Celso Antônio Bandeira de Mello[27] e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[28], levanta a bandeira da responsabilidade subjetiva do ente público no caso de ato omissivo, porém, com a inversão do ônus da prova – ou seja, o dever de provar que

não falhou no dever de agir é do Estado. Esta ainda é a corrente majoritária na doutrina e na jurisprudência.

Em reforço a esta segunda posição, transcreve-se trecho da ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu o caráter subjetivo da responsabilidade estatal por omissão:

4. *A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a **responsabilidade subjetiva** e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de **Responsabilidade Subjetiva** do Estado, mais especificamente, por **omissão** do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a **responsabilidade**. Diversa é a circunstância em que se configura a **responsabilidade** objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso. Precedentes: (REsp 721439/RJ; DJ 31.08.2007; REsp 471606/SP; DJ 14.08.2007; REsp 647.493/SC; DJ 22.10.2007; REsp 893.441/RJ, DJ 08.03.2007; REsp 549812/CE; DJ 31.05.2004)*

5. *In casu*, o Tribunal de origem entendeu tratar-se da **responsabilidade subjetiva** do Estado, em face de conduta omissiva, consoante assentado: "(...)Também restou incontroverso nos autos que o incêndio teve como causa imediata as faíscas advindas do show pirotécnico promovido

irresponsavelmente dentro do estabelecimento, não obstante constar da caixa de fogos o alerta do fabricante para soltá-los sempre em local aberto, ao ar livre, e nunca perto de produtos inflamáveis. Ainda assim, me parece óbvio que, se o município tivesse sido diligente, exercendo regularmente seu poder de polícia, fiscalizando o estabelecimento e tomando as medidas condizentes com as irregularidades constatadas, certamente evitaria o incêndio, porque a Casa não estaria funcionando, ou, alternativamente, daria às pessoas ali presentes a possibilidade de se evadirem do local de maneira mais rápida e segura .(...)"(fls. 410)

*6. Desta forma, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a circunstância de que o evento ocorreu por ato exclusivo de terceiro, não havendo nexos de causalidade entre a **omissão** estatal e o dano ocorrido.*

(Resp 888420 / MG, Rel. Min Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 27/05/2009)

Nenhuma destas parece ser a posição mais adequada. A doutrina majoritária defende o caráter subjetivo da responsabilidade estatal em decorrência de omissão, fundamentando sua posição na literalidade do artigo 37, §6º da CRFB/88, cuja dicção trata genericamente sobre danos que os agentes causarem.

Entretanto, em uma análise mais meticulosa, outra importante parcela da doutrina, a qual este artigo se alinha, afirma ser preciso diferenciar as espécies de omissões do Estado. De um lado, as omissões específicas, aptas a acarretar a responsabilidade objetiva do Estado e, do outro lado, as omissões genéricas, em que a culpa terá de ser demonstrada pelo lesado.

Rafael Oliveira, com maestria, realiza elucidada análise a respeito da diferença entre as duas espécies de omissão:

*“Todavia, **somente** será **possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano,** notadamente pela aplicação da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade (art. 403 do CC). Vale dizer: a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o Estado tem a possibilidade de prever e de evitar o dano, mas permanece omissor. Nas **omissões genéricas,** em virtude das **limitações naturais das pessoas em geral,** que não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e da inexistência do nexo de causalidade, **não há que falar em responsabilidade estatal,** sob pena de considerarmos o Estado segurador universal e adotarmos a teoria do risco integral. Assim, por exemplo, o Estado não é responsável pelos crimes ocorridos em seu território. Todavia, se o Estado é notificado sobre a ocorrência de crimes constantes em determinado local e permanece omissor, haverá responsabilidade.”[\[29\]](#)*

O STF possui alguns precedentes em que reconhece o caráter objetivo da responsabilidade do Estado nos casos de omissão específica. Por todos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via

extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos.

(RE 81602/MG, Rel. Min Carlos Veloso, 1ª Turma, Dj 13/09/2002)

Destaque-se que o Professor Rafael Oliveira, conforme se depreende da leitura do trecho de sua obra transcrito acima, não adota propriamente a teoria defendida neste estudo. Ele adota uma quarta posição, que também vem crescendo, cujo traço distintivo é afastar os últimos resquícios da culpa na responsabilidade civil estatal. Para a melhor compreensão desta corrente, fundamental é a leitura de Flávio de Araújo Willeman, *in verbis*:

“Assim, pode-se afirmar que apenas as omissões específicas oriundas das pessoas jurídicas de direito público serão consideradas como causas diretas e imediatas de eventuais danos, capazes de deflagrar o necessário nexó de causalidade para ensejar o dever jurídico de indenizar, não se olvidando que o dever tem de advir de imposição legal ou, na ausência disso, da situação prática que reclamava uma ação razoável por Parte do Poder Público. No caso das omissões genéricas, deve, como regra, prevalecer a irresponsabilidade estatal, não cabendo, neste caso, a aplicação da teoria subjetiva para responsabilização do Estado.

(...)

Sem se querer ser repetitivo, conclui-se que as omissões somente serão consideradas como aptas a deflagrar o nexo de causalidade e a consequente obrigação de indenizar o Estado quando houver quebra do dever de agir ou sua inanição irrazoável, situações que deverão ser aferidas em cada caso concreto, cabendo a ele (Estado), em ambos os casos elidir o nexo de causalidade por meio das excludentes já anunciadas, isto é, por meio da prova de fato exclusivo da vítima, de caso fortuito ou força maior, ou de fato de terceiro, ou, ainda, demonstrando que sua conduta foi lícita, razoável e dentro das possibilidades materiais da Administração Pública, não lhe sendo permitida outra conduta razoável que pudesse evitar o dano.^[30]

A transcrição acima traz à tona os chamados elementos excludentes do nexo causal, que são justamente os que diferenciam a teoria do risco integral da teoria do risco administrativo.

A teoria do risco integral considera que o Estado é, na prática, um segurador universal, visto que apenas a conduta e o dano bastam para ensejar o dever de indenizar o prejudicado. Dessa forma, segundo os adeptos desta teoria, dos quatro elementos originalmente necessários para caracterizar a responsabilidade civil (conduta, culpa, nexo causal, dano), restam apenas dois: conduta e dano.

A teoria do risco administrativo, por sua vez, é reconhecida pela quase totalidade da doutrina e da jurisprudência como a adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Por esta teoria se admitem as excludentes de nexo causal, chamadas por José de Aguiar Dias^[31] de “cláusulas de salvaguarda”, sendo estas: a força maior ou caso fortuito, culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro. A teoria vigente atualmente no ordenamento jurídico pátrio, a qual Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona^[32] afirmam não terem dúvidas quanto a sua adoção pela Constituição, é a da responsabilidade pelo risco administrativo.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado de 2016, em sede de repercussão geral, afastou a teoria do risco integral e manifestou, expressamente, sua opção pela teoria do risco administrativo. *In verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum

a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

(RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29/07/2016)

Fixadas estas premissas gerais sobre a responsabilidade civil do Estado, passa-se à análise da responsabilidade civil aplicada ao Terceiro Setor propriamente dita.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS DANOS GERADOS AO USUÁRIO

Fixadas as bases dos institutos jurídicos fundamentais do caso relacionados à responsabilidade civil e o Terceiro Setor, prossegue-se para o exame da espécie de responsabilidade do parceiro privado e do poder público fomentador.

Como premissas para esta análise, é importante destacar que o presente estudo irá se restringir aos aspectos de direito público da responsabilidade civil, excluindo-se a responsabilidade objetiva prevista no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor (CDC), por fugirem ao escopo deste artigo.

3.1. A responsabilidade da organização social face aos usuários do serviço: a incidência ou não do art. 37, §6º da CRFB/88

Não restam dúvidas de que os danos passíveis de ocorrerem em virtude da má prestação dos serviços por organizações sociais são consideráveis. Afinal, em setores como a saúde, a integridade física do usuário pode estar em jogo ou até mesmo a sua própria vida. Dessa forma, natural que eventuais prejudicados busquem se socorrer da previsão mais protetiva do art. 37, §6º da CRFB/88, enquanto que os prestadores de serviço, por sua vez, afirmam estar submetidos ao regime privado.

A literalidade do artigo 37, §6º, ao afirmar que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público responderão de forma objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem, não parece respaldar a posição defendida pelas organizações sociais. Não há dúvidas que estas entidades são pessoas jurídicas prestadoras de serviço público e aptas a causar dano enquanto exercem suas atividades.

Todavia, a doutrina majoritária e a jurisprudência vêm caminhando no sentido da não aplicação do artigo 37, §6º da CRFB/88 às organizações sociais. Rafael Oliveira^[33], entre outros, adota esta posição, sob o fundamento de que a Constituição da República buscou se referir apenas aos agentes privados que prestem serviços públicos em que, necessariamente, seja necessária concessão do Estado.

Este, realmente, não é o caso das organizações sociais, que, via de regra, exercem os chamados serviços públicos impróprios, ou seja, aqueles cuja atividade é aberta aos particulares – tais como saúde e educação, ramos em que a atuação do Estado se dá lado a lado ao particular. Isto é reforçado pelo fato do artigo 199 da CRFB/88 prever que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Logo, ainda conforme Rafael Oliveira, a parceria firmada entre o Estado e as entidades do

Terceiro Setor não se caracterizam como delegação de serviço público, mas sim como fomento de atividade privada.

A mesma posição é defendida por Alberto Shinji Higa^[34], em obra específica sobre o tema, em que o autor defende que não se pode tratar a atividade de fomento como equivalente à delegação de serviços públicos. O autor apenas ressalva desta regra as hipóteses em que organizações sociais verdadeiramente substituem o Estado no desempenho de serviço público a seu encargo, mediante a cessão de bens e servidores públicos, ou nas hipóteses em que haja previsão na legislação infraconstitucional (como no CDC e nas atividades de risco que se subsumam ao art. 927, parágrafo único do CC/02) de que as organizações sociais devam responder objetivamente. Fora destas duas hipóteses, a responsabilidade sempre seria subjetiva.

D.m.v., ousamos discordar dos ilustres mestres e da corrente majoritária. Neste trabalho, defende-se que não é adequado que a doutrina e a jurisprudência amesquinhem uma garantida conferida pela Constituição ao cidadão, qual seja, a de ser ressarcido por danos sofridos em decorrência de atos praticados por particulares prestadores de serviços públicos.

A posição topográfica é importante para uma correta interpretação do dispositivo e, realmente, não há que se falar que todo particular que exerça atividade econômica da espécie serviço públicos (sejam sociais ou impróprios) responderá objetivamente com fundamento no artigo 37, §6º apenas pelo fato do dispositivo não prever, literalmente, a necessidade de delegação. Afinal, não faria sentido que a Constituição desse com uma mão o direito do particular atuar na saúde e, com a outra mão, o impusesse um regime de responsabilidade mais rigoroso.

Todavia, a ausência da exigência expressa das palavras “delegação”, “concessão”, “permissão” ou “autorização” no artigo 37, §6º da CRFB/88 deve ser interpretada como um silêncio eloquente do constituinte, de forma que, se o Estado atua em parceria com o particular, deve ser atraída a responsabilidade objetiva. Ora, a partir do momento em que o Estado fomenta uma atividade de serviço público deve ser considerado que houve uma opção por investir os recursos estatais nesta

forma de prestação, o que atrairia a incidência da responsabilidade objetiva.

A posição aqui defendida, embora indiscutivelmente minoritária, não é isolada. Cristiana Fortini^[35], por exemplo, defende a responsabilidade objetiva das organizações sociais com fundamento no artigo 37, §6º da CRFB/88, sob o argumento de que uma interpretação sistemática da Lei 9.637/98 e as derrogações de direito público aplicáveis as entidades do Terceiro Setor justificariam a exclusão do regime comum da responsabilidade civil. Também o STF, no julgamento da supracitada ADI nº 1923, ao reconhecer uma série de limites ao caráter privado destas entidades, parece caminhar neste sentido.

Por todo o exposto, conclui-se que o regime jurídico aplicável é o do artigo 37, §6º da CRFB/88, não obstante entendimento doutrinário majoritário em sentido contrário.

3.2 – Responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo parceiro a terceiros

Em regra, não existem maiores discussões doutrinárias quanto à responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados por seus parceiros privados – abarcando tanto os que celebram contratos quanto os que celebram convênios ou outros instrumentos afins.

As pessoas jurídicas de direito privado em parceria com o Estado respondem primariamente com seu patrimônio pelos danos causados, sendo a responsabilidade do Estado apenas eventual e subsidiária. Essa é a tese defendida por Rafael Oliveira^[36].

Para caracterização da responsabilidade solidária teria de ser demonstrada alguma conduta ilícita do Estado ou alguma omissão específica no dever de fiscalização previsto no contrato de gestão.

Contudo, deve ser destacada a posição sobre convênios e instrumentos afins firmados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), em que se invoca, novamente, a obra de Alberto Shinji Higa, cuja leitura da seguinte passagem é essencial:

Conclui-se, pois, que as entidades sem fins lucrativos e as filantrópicas quando prestam serviços de saúde no âmbito o Sistema Único de Saúde (SUS), mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público, o fazem como agentes do Estado, razão pela qual não se trata de responsabilidade civil do Estado pela atividade administrativa de fomento no domínio social. [37]

Nesse sentido também parece caminhar o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, A, E 18, I, X E XI, DA LEI 8.080/90. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. Não viola o art. 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões argüidas pela parte, julgando integralmente a lide.

2. A questão controvertida consiste em saber se a União possui legitimidade passiva para responder à indenização decorrente de erro médico ocorrido em hospital da rede privada localizado no município de Campo Bom/RS, durante atendimento custeado pelo SUS.

3. A Constituição Federal diz que a "saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196), competindo ao "Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e

controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (art. 197), ressalvando-se, contudo, que as "ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada" , constituindo um sistema único, organizado, entre outras diretrizes, com base na descentralização administrativa, "com direção única em cada esfera de governo" (art. 198, I).

4. A Lei 8.080/90 – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – prevê as atribuições e competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto aos serviços de saúde pública.

5. Compete à União, na condição de gestora nacional do SUS: elaborar normas para regular as relações entre o sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (Lei 8.080/90, art. 16, XIV, XV e XVII).

6. Os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os

procedimentos dos serviços privados de saúde(Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI).

7. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da CF/88, obedecendo, entre outros, o princípio da descentralização político-administrativa, com "ênfase na descentralização dos serviços para os Municípios" (Lei 8.080/90, art. 7º, IX, a).

8. "Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: 'Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população'" (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007).

9. Recurso especial provido, para se reconhecer a ilegitimidade passiva da União.

(Resp nº 717800/RS, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJe 30/06/2008)

A posição defendida por HIGA se coaduna com o que se defende neste artigo, no que concerne à responsabilidade civil das organizações sociais. A opção de celebrar parcerias com os parceiros privados é também uma forma do Estado prestar serviço público e, portanto, deverá responder de maneira solidária.

CONCLUSÃO

Conclui-se o presente artigo, em que se buscou dar ao direito uma interpretação que aumentasse a segurança dos administrados,

reforçando os mecanismos de responsabilização das organizações sociais e do Estado ao lidar com os usuários dos serviços prestados por organizações sociais. De maneira coerente com estas premissas, se vislumbram as seguintes respostas aos questionamentos feitos na introdução:

- a) O regime das organizações sociais, conforme decidido pelo STF, é constitucional, porém, sofre derrogações de direito público, o que não torna estas entidades integrantes da Administração Pública Indireta;
- b) A responsabilidade civil do Estado é objetiva quanto aos atos comissivos. Em relação às omissões, embora haja divergências na doutrina, adota-se o entendimento de que será objetiva quanto a omissões específicas e subjetiva quanto às omissões genéricas;
- c) As entidades do Terceiro Setor, em especial as organizações sociais, se submetem ao regime privado da responsabilidade civil, conforme a corrente majoritária. Contudo, se defende que, no exercício de serviços públicos, devam responder de forma objetiva;
- d) Por fim, responsabilidade do ente público fomentador é subsidiária, contudo, no caso de apoio a entidades prestadoras de serviços na área da saúde, esta deve ser solidária.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de Direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado** (v. 7). 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

ALVES, Roberta Monnerat; CALIXTO, Marcelo; DERBLI, Felipe; EDISON, Carlos; MGALHÃES, Fabiano Pinto de; MARTINS, Cristiano Franco; MARTINS, Fernando Barbalho; MONTEBELLO, Mariana; RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; RÊGO, Werson; SOUZA, Horácio Augusto Mendes de; VERAS, Rafael; VILELA, Renata Dantas; WILLEMANN,

Flávio Araújo; ZAMBÃO, Rodrigo. **Responsabilidade Civil Estatal**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais do direito administrativo**, vol. II. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. **Tratado de Direito Administrativo v. 2: Administração pública e servidores públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DUGUIT, Leon apud FREITAS, Rafael Vêras. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999.

FORTINI, Cristiana. **Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 6, jun-jul-ago. 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 21/09/2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988 – Coleção Temas de Direito Administrativo**. São Paulo, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIGA, Alberto Shiji. **Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Justen Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2015.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.** 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das agências reguladoras.** 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NOTAS:

[1] Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 177.

[2] ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999. p. 17.

[3] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988 – Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo, 2003. p. 150.

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 107.

[5] Idem. p. 269

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 564.

[7] Idem. p. 564 e 567.

[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 362.

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Tratado de Direito Administrativo v. 2: Administração pública e servidores públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.275.

[10] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 363.

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Tratado de Direito Administrativo v. 2: Administração pública e servidores públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 275.

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 243-246.

[13] VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 202.

[14] CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 64.

[15] CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

[16] ALVES, Roberta Monnerat; CALIXTO, Marcelo; DERBLI, Felipe; EDISON, Carlos; MAGALHÃES, Fabiano Pinto de; MARTINS, Cristiano Franco; MARTINS, Fernando Barbalho; MONTEBELLO, Mariana; RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; RÊGO, Werson; SOUZA, Horácio Augusto Mendes de; VERAS, Rafael; VILELA, Renata Dantas; WILLEMANN, Flávio Araújo; ZAMBÃO, Rodrigo. Responsabilidade Civil Estatal. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 173.

[17] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 254-255

[18] Idem.

[19] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 556.

[20] Idem.

[21] DUGUIT, Leon apud FREITAS, Rafael Vêras. Expropriações regulatórias. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 108.

[22] CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

[23] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de Direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado (v. 7). 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro. p. 330.

[24] Idem.

[25] Por todos: GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60.

[26] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 567.

[27] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito administrativo. 31ª edição. São Paulo, Malheiros, 2014. p. 1031.

[28] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais do direito administrativo. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1979, v.II. p. 487.

[29] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 718.

[30] WILLEMANN, Flávio de Araújo. Responsabilidade Civil das agências reguladoras. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 55-57.

[31] DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 207.

[32] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 253.

[33] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Administração Pública, concessões e terceiro setor. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 320-322.

[34] HIGA, Alberto Shiji. Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.231-242.

[35] FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 6, jun-jul-ago. 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 21/09/2016.

[36] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método. pp. 716-717.

[37] HIGA, Alberto Shiji. Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.259.

A REGULAÇÃO DO SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS NO BRASIL - CONFLITOS ENTRE A TÉCNICA E A POLÍTICA

LEONARDO SILVEIRA ANTOUN

NETTO: Advogado. Graduado em Direito pela UERJ (2016). Coautor do Livro: "Orçamento Público no Direito Comparado". 2015. ISBN 85-7674-791-X. Editora Quartier Latin.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar os conflitos entre a técnica e a política no setor da radiodifusão de sons e imagens no Brasil, com vistas a apresentar soluções aos problemas hoje enfrentados. Assim, a partir da breve descrição do modelo pátrio – com poderes de outorga e regulamentação exercidos exclusivamente pelo Ministério das Comunicações –, buscou-se evidenciar as falhas e acertos da opção adotada pelo constituinte de 1988. Uma vez assentados estes fundamentos, foi analisada em que medida é viável o modelo regulatório brasileiro, pautado na excessiva subordinação de escolhas puramente técnicas aos anseios da política.

Palavras-chave: Radiodifusão de sons e imagens. Regulação. Agência reguladora. Poder Constituinte. Discricionariedade administrativa. Ponderação.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. PRIMEIRAS LINHAS SOBRE A RADIODIFUSÃO 2.1 Corte epistemológico: conceitos e objeto de estudo 2.2 Breve histórico do tratamento constitucional do tema 2.3. Espécies 2.3.1 Comercial 2.3.2 Educativa 2.3.3 Comunicativa 2.4 Análise funcional: finalidades constitucionais 3. O DIÁLOGO DO GÊNERO COM A ESPÉCIE: CONSTRUINDO ARGUMENTATIVAMENTE UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO ATUAL 3.1 Opção Política: tratamento diferenciado da espécie 3.2 Aspectos Positivos da Inserção de Escolhas Políticas 3.2.1 Nacionalização do Conteúdo em Horário Nobre 3.2.2 Imunidade Tributária do Material Veiculado 3.3 Aspectos Negativos da Inserção de Escolhas Políticas 3.3.1 Direito Administrativo do Espetáculo e a concentração de Poder 3.3.2 Flagrantes Casos de Malversação da Coisa Pública 3.3.3 Incompatibilidade: Radiodifusão x Telecomunicações 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Direito contemporâneo tem demonstrado que a dignidade da pessoa humana não se restringe à garantia do mínimo existencial. Não basta a isonomia material, quando inexiste a prerrogativa de uma existência política. Por tais razões, Hannah Arendt destaca a relevância da *action* (ação) e do *speech* (discurso) na concretização do supracitado princípio.

Nessa toada, a radiodifusão – como grande propulsora de informações e formadora de opinião – apresenta relevante papel, não podendo ser ignorada. É que a qualidade, a quantidade e o alcance do conteúdo disponibilizado pelos meios de comunicação determinam a formação de uma sociedade esclarecida e de seres humanos dotados do que Arendt chama de *Vita Activa*.

Com efeito, o avassalador desenvolvimento das telecomunicações no último século democratizou e simplificou o acesso à informação. Em recente pesquisa do IBGE^[1] foi constatado que 97,2% dos lares brasileiros possui televisão, dado que revela a grande capilaridade e abrangência do serviço prestado.

Nesses termos, acena com relevância o tema da gestão dos serviços de radiodifusão no Brasil. Isso porque, constitucionalmente alçada ao status de serviço público (CRFB, Art. 21, XII, a), a atividade ainda suscita muitos debates nos campos prático e teórico.

O presente trabalho pretende apresentar o modelo contemporâneo de administração da atividade no país, levando em conta dois principais aspectos. De um lado, no campo normativo, o *status* constitucional dado à matéria, acompanhado de extensa regulamentação legal. De outro, no campo social, a importância de tal serviço na realidade brasileira.

Ademais- porque o Direito não é um sistema fechado como pretendia o positivismo de Kelsen-, também é objetivo deste trabalho abordar a comunicação da ciência jurídica com as demandas da

sociedade. Por que o constituinte de 1988 fez opção expressa pela existência de um serviço público de televisão? Quais os danos à coletividade quando tal atividade não é prestada e gerida de forma impessoal e eficiente, como preconiza o artigo 37, da Carta Política?

2. PRIMEIRAS LINHAS SOBRE A RADIODIFUSÃO

2.1 Corte Epistemológico: conceitos e objeto de estudo

De início, parece necessário tecer algumas considerações gerais sobre o tema, a fim de fornecer ao leitor as premissas básicas que envolvem a atividade da radiodifusão de sons e imagens no Brasil. Assim, importa a realização de uma breve exposição conceitual para, em seguida, identificarmos com maior conforto o objeto do presente estudo.

Nesse aspecto, pode-se dizer que o legislador ordinário foi extremamente detalhista, trazendo a conceituação da maior parte dos institutos jurídicos no texto legal. Em que pese a crítica a essa postura descritiva do legislador – a quem caberia tão somente inovar na ordem jurídica –, fato é que não se pode desprezar os subsídios dela decorrentes.

O gênero das telecomunicações é definido pela Lei Geral de Telecomunicações como conjunto de atividades que possibilita a oferta “de transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (Lei 9.472/97, artigo 60, caput, §1º). Logo, pode-se afirmar com tranquilidade que a telefonia, o rádio, a televisão e a transmissão de dados através de computadores são espécies do gênero descrito pela Lei 9.472/97.

Ademais, as telecomunicações podem ser classificadas segundo dois critérios: quanto à abrangência de interesses a que atendem e quanto ao regime jurídico de sua prestação. Conforme o primeiro critério, a atividade se divide em interesse coletivo e interesse restrito. Já quanto ao segundo – de maior relevo para o presente trabalho –, há divisão em público, privado e concomitante.

O exercício da atividade prestada em regime jurídico público ocorrerá mediante “concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização[2] e de continuidade[3]” (Lei 9.472/97, artigo 63, p.ú.). Por outro lado, o serviço de telecomunicação em regime jurídico privado é conceito residual, sendo outorgado por meio de autorização. Por fim, o serviço de telecomunicação em regime jurídico concomitante é aquele que permite a coexistência de ambas modalidades – pública e privada – no curso da atividade.

Segundo a lei, “comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar” (Lei 9.472/97, artigo 64, caput).

Há, portanto, a possibilidade de outorga do serviço por três instrumentos específicos: concessão[4], permissão[5] e autorização[6]. Além disso, a legislação brasileira exige também a específica autorização[7] de uso de bem público administrado pela ANATEL, qual seja, o espectro de radiofrequências (CRFB, artigo 20, inciso I c/c Lei 9.472/97, artigo 64, caput).

É que o uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação (Lei nº 9.472/97, artigo 163, caput). Vale dizer: este procedimento somente poderá ser afastado quando o uso se der por meio de equipamentos de radiação restrita ou ainda se o uso for destinado a fins exclusivamente militares (Lei nº 9.472/97, artigo 163, §2º). Afora tais hipóteses, a escassez deste bem público impõe o controle de sua exploração, por meio de certame licitatório presidido pela ANATEL.

Em outras palavras, o exercício da atividade de telecomunicações no Brasil depende de dois atos e/ou contratos administrativos: um de outorga do bem público e outro de outorga do próprio serviço, ambos intrinsecamente vinculados. Em todos estes casos há previsão legal do procedimento licitatório (Lei 9.472/97, artigos 88, 119, 136, §2º e 164, inciso I).

As normas acima expostas aplicam-se, via de regra, a todas as espécies das telecomunicações. Não obstante, tendo em mente o objeto do presente trabalho, interessa concentrar esforços no estudo dos serviços de rádio e de televisão.

Nesse particular, subsistem dois regimes jurídicos distintos: a radiodifusão, vulgarmente conhecida como “*televisão aberta*”; e o serviço de acesso condicionado (SeAC), frequentemente confundido com a “*televisão a cabo*”^[8]. Enquanto o primeiro é regulamentado pela lei 4.117/1963 e segue o regime jurídico público; o segundo é veiculado pela recente lei 12.485/11 e se orienta segundo o regime jurídico privado.

Assim, diante da concorrência de dois regimes distintos na atividade de televisão e rádio, é possível afirmar que se trata de serviço de telecomunicação concomitante, conforme já abordado anteriormente. Por tal razão, devem ser adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime jurídico público (Lei nº 9.472/97, artigo 66).

O Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) é definido por lei como o “serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer” (Lei 12.485/11, artigo 2º, VI).

Há, por assim dizer, quatro subespécies de serviços englobados pelo SeAC, a saber: pacotes^[9], canais na modalidade avulsa de programação^[10], canais na modalidade avulsa de conteúdo programado^[11] e canais de distribuição obrigatória^[12]. Todos eles são prestados em regime privado, mediante a contratação remunerada por assinantes.

Ao lado desta atividade, aparece a radiodifusão, que “compreende os serviços destinados a serem recebidos direta e livremente pelo público

em geral e é dividida em radiodifusão sonora (rádio) e radiodifusão de sons e imagens (televisão).”^[13] Tal atividade poderá ser prestada diretamente pela União, ou outorgada por meio de concessão, de permissão ou de autorização (Lei 4.117/63, artigo 32). Trata-se, assim, de serviço de telecomunicação de interesse coletivo prestado no regime jurídico público, sendo inteiramente livre e gratuito o seu acesso.

O presente trabalho pretende, portanto, se debruçar sobre a atividade de radiodifusão de sons e imagens, especificamente no que toca a estremecida relação entre a política e a técnica em sua regulação. Para tanto, essencial que o leitor atente às fronteiras criteriosamente estabelecidas entre esta, o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) e o gênero das telecomunicações.

2.2 Breve histórico do tratamento constitucional do tema

Identificado o objeto deste trabalho, será realizada a partir de agora uma breve introdução acerca do desenvolvimento histórico do instituto na legislação brasileira. O objetivo é esclarecer ao leitor como chegamos ao panorama atual, mostrando as evoluções e os retrocessos vividos ao longo de mais de oito décadas de construção do arcabouço jurídico da atividade.

Pois bem. A radiodifusão de sons e imagens foi regulamentada no Brasil, pela primeira vez, em 1931, por meio do Decreto nº 20.047/1931, assinado pelo então Presidente da República Getúlio Vargas. Logo em seu primeiro artigo é fixada a competência exclusiva da União sobre a atividade, quadro que não se alterou até os dias atuais.

Aliás, aqui já se percebe a influência de opções políticas em aspectos puramente técnicos atinentes ao setor. Curiosamente, a atividade é considerada “de interesse nacional e de finalidade educacional” (artigo 12, caput). A concessão é conferida pela União, observadas “todas as exigências educacionais e técnicas que forem *estabelecidas pelo Governo Federal*” (artigo 12, §2º). Ademais, opta-se pela obrigatoriedade de exibição de conteúdo nacional e regional pelas estações transmissoras (artigo 12, § 4º), além de se consignar expressamente que a “fiscalização

técnica [das estações] competirá ao *Ministério da Viação e Obras Públicas*” (artigo 12, §3º).

Não obstante a concentração das decisões em órgão da própria administração direta, é autorizada a criação de Comissão Técnica de Rádio, a qual compete assessoramento de praticamente todas as atividades no setor (artigo 28). Ainda assim, em afronta à independência da comissão, a escolha de seus três integrantes é feita pelos próprios ministros da Viação e Obras Públicas, do Exército, e da Marinha (artigo 29).

Em 01.03.1932, foi promulgado então o Decreto nº 21.111/1932, o qual trazia normas específicas sobre a “execução do serviço de radiocomunicação” no Brasil. Dentre as inovações, merecem nota: (i) a definição do processo de outorga de concessão e permissão sem previsão de certame licitatório (artigos 16 a 22); (ii) a fixação de duração máxima de dez anos para estas outorgas, com possibilidade de renovação *a juízo do governo* (artigo 16, §1º, c); (iii) a enunciação de hipóteses de extinção antecipada das outorgas também *a juízo do governo* (artigo 26); (iv) a reserva de mercado de trabalho a brasileiros (artigo 16, §1º, d); (v) a especificação das atribuições da Comissão Técnica de Rádio (artigo 36), classificada como *subordinada* ao ministro da Viação e Obras Públicas (artigo 37, caput) e responsabilizada pelo ensino e habilitação dos técnicos e operadores do setor (artigos 74 a 83).

Nesta legislação também é veiculado controle sobre o conteúdo da programação. O Governo federal faculta a exibição de programas regionais (artigo 70), ao passo que impõe a transmissão de programas nacionais “destinado(s) a ser(em) ouvido(s), ao mesmo tempo, em todo o território do país, em horas determinadas, e versará sobre assuntos educacionais, de ordem política, social, religiosa, econômica, financeira, científica e artística” (artigo 69). Outrossim, limita a publicidade ao período máximo de dez por cento (10%) do tempo total de irradiação de cada programa, sendo que cada propaganda, individualmente considerada, não poderia durar mais do que trinta segundos (artigo 73).

A relevância política do serviço fez com que o constituinte de 1934 tornasse constitucional a previsão da competência privativa da União para “explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação (...)” (artigo 5º, VIII)[14]. Nesse ponto, concluem os estudiosos sobre o tema[15]:

Assim, firmava-se o entendimento da aplicabilidade do *trusteeship model*, modelo segundo o qual existe responsabilidade governamental em organizar de forma racional o espectro radioelétrico, podendo o próprio Estado operar os serviços de radiodifusão, ou transferir esta responsabilidade a um agente privado, por meio de uma outorga pública. Também se consolidava um modelo de gestão de espectro muito semelhante ao *command-and-control* norte americano, que condicionava a utilização de ondas de rádio à emissão de uma licença, na qual estão estabelecidos os termos nos quais se fará esse uso.

Após, as autoritárias constituições de 1937 e de 1967 adotaram mecanismos de restrição aos meios de comunicação. A primeira estabelecia a possibilidade de censura prévia “com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública” (artigo 122, XV, a); já a segunda previa a possibilidade de lei ordinária criar condições de organização e funcionamento das estações de radiodifusão “no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção” (artigo 166, §2º[16]).

Aliás, a carta de 1946 também torna constitucional a matéria referente à reserva do mercado para nacionais, vedando a propriedade de empresas de radiodifusão “a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros”, além de fixar que a brasileiros “cabará, exclusivamente, a responsabilidade principal delas [empresas de radiodifusão] e a sua orientação intelectual e administrativa” (artigo 160).

Paralelamente, no plano infraconstitucional, se deu considerável proliferação de normas a regulamentar o setor, fenômeno afeto a matérias de grande repercussão política, econômica e social. Sucede que isto gerava relevante insegurança jurídica, o que ocasionou movimento de consolidação legislativa em um único marco regulatório. Foi assim que, em 1963, foi promulgado o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/63), regulamentado pelo decreto nº 52.795/1963.

O grande mérito da então inovadora legislação foi tratar de forma uniforme todo o gênero das telecomunicações, revogando as disposições anteriores, inclusive os decretos nº 20.047/1931 e 21.111/1932. Assim, a Comissão Técnica de Rádio foi substituída pelo Conselho Nacional de Telecomunicações (artigo 116), que passou a gerir todas as questões técnicas do setor (artigo 29), muito embora ainda “diretamente *subordinado* ao Presidente da República” (artigo 14).

Os prazos de outorga do serviço de televisão foram aumentados para 15 anos, não obstante a renovação ainda dependesse de juízo político, conforme se extrai do artigo 33, §3º: “se os concessionários houverem cumprido todas as obrigações legais e contratuais, mantido a mesma idoneidade técnica, financeira e moral, e *atendido o interesse público*”.

Quanto ao procedimento de outorga, ainda não se faz referência expressa à licitação, em que pese seja prevista a divulgação de edital pelo supracitado Conselho (artigo 34, *caput*). A competência exclusiva para concessão ou permissão do serviço é do chefe do Poder Executivo (artigo 34, §1º), ressalvada a hipótese de autorização de serviços de radiodifusão de caráter local (artigo 33, §5º), que poderia ser outorgada diretamente pelo Conselho.

No que tange especificamente à radiodifusão, o Código afirma, em parte ainda hoje vigente, que “estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País” (artigo 38, d). Obriga ainda que 5% (cinco por cento) do tempo de transmissão seja destinado ao serviço noticioso (artigo 38, h) e que, especificamente no caso dos rádios, o período de 19 às 20 horas

seja reservado à retransmissão do programa oficial de informações dos Poderes da República (artigo 38, e). Por fim, assegura que diretores e gerentes das empresas de radiodifusão sejam brasileiros natos (artigo 38, a), excluídos aqueles no gozo de imunidade parlamentar ou foro privilegiado (artigo 38, p.ú.). Houve, ainda, inédita autorização para criação de empresa pública federal apta a exercer diretamente atividades no setor das telecomunicações (artigo 42).

Não obstante a relativa oxigenação do setor – com a participação mais ampla do Conselho Nacional de Telecomunicações –, o recrudescimento do regime militar deu origem ao Decreto-lei nº 236/68, o qual tinha claro intuito de adaptar a lei nº 4.117/63 aos interesses da segurança nacional. Com isso, centralizou-se ainda mais o sistema em torno do chefe do Poder Executivo.

Desse modo, houve alargamento das hipóteses de recurso ao Presidente da República quanto às deliberações tomadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações, antes restritas àquelas decisões não unânimes (nova redação do artigo 24, da lei nº 4.117/63). Ademais, foram positivados novos tipos penais e enrijecidos aqueles já existentes no Código.

Por outro lado, foi criada a modalidade educativa de rádio e televisão (artigo 13, Decreto-Lei nº 236/68), ao lado da pré-existente modalidade comercial. Aliás, esta última passou a ter de vincular cinco horas semanais de sua transmissão a programas educacionais, sempre no horário entre sete e dezessete horas. (artigo 16, Decreto-Lei nº 236/68).

Em que pese todas as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 236/68, seguramente foi o Decreto-Lei 200/1967 que trouxe a mais relevante inovação na atividade – para os dias atuais – durante todo o regime militar: a criação do Ministério das Comunicações (artigo 199, III) como órgão do Poder Executivo competente para regular o setor das telecomunicações (artigo 39). Assim, o Conselho Nacional das Telecomunicações passou a ser parte integrante do recém-criado ministério, como órgão normativo, de consulta, orientação e elaboração da política nacional de telecomunicações (artigo 165).

No mais, em 1983 foi expedido o Decreto nº 88.066, que resgatou parcela da atribuição do Ministério das Comunicações ao Poder Executivo central, freando a desconcentração do setor. Segundo a disciplina normativa (artigo 6º), os pedidos de renovação das concessões e permissões de serviços de radiodifusão de sons e imagens (exclusivamente televisão) deveriam ser apreciadas diretamente pela Presidência da República, após instrução do Ministério das Comunicações. No que tange a atividade de radiodifusão de sons (rádio), esta permanecia na esfera decisória do órgão ministerial.

Portanto, observa-se uma constante em toda história brasileira: a grande concentração da regulação do setor pelo Poder Executivo federal, sem participação efetiva de outros poderes ou mesmo de outras pessoas jurídicas de direito público. Mesmo os órgãos técnicos criados (Comissão Técnica de Rádio e Conselho Nacional de Telecomunicações) eram subordinados diretamente ao Poder Executivo, o que prejudicava os influxos da técnica no setor. Ademais, o procedimento licitatório inexistiu durante todo o período narrado.

Nesse contexto, é que surge a disciplina da Constituição de 1988, comprometida com a redemocratização do país, após longo período de ditadura militar. Como se poderá analisar mais a fundo ao longo do trabalho, o constituinte trouxe salutar modificações no regime legislativo da atividade, não obstante tenha mantido a competência exclusiva do Poder Executivo federal para a outorga do serviço de radiodifusão (artigo 223, caput).

Aliás, como também será oportunamente tratado, a Emenda Constitucional nº 08/95 cindiu definitivamente o modelo regulatório do setor da radiodifusão frente ao gênero das telecomunicações, abrindo caminho para a criação da ANATEL, agência reguladora da atividade (lei nº 9.472/97).

Com efeito, embora esta autarquia sob regime especial não tenha descentralizado a atividade de outorga do serviço de radiodifusão (artigo 211), passou a atuar na elaboração e gestão dos planos de canais e na fiscalização da utilização do espectro radioelétrico do setor. Importa

mencionar que a lei geral de telecomunicações (lei nº 9.472/97) não revogou a lei nº 4.117/63 “quanto aos preceitos relativos à radiodifusão” (artigo 215, I). Tudo isto será objeto de detida análise mais a frente.

Com o advento da *Constituição Cidadã*, surge em 1998 uma terceira modalidade de serviço de radiodifusão, a comunitária (lei nº 9.612/98), a qual pretende difundir a regionalização do serviço de radiodifusão prestado, atendendo aos ditames constitucionais. Por fim, talvez a última norma de relevo no setor da radiodifusão, foi a lei nº 11.652/08, que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Comunicação (EBC), pessoa jurídica responsável pelo desenvolvimento da radiodifusão pública no país.

Analisado todo o desenrolar da história legislativa incidente no setor, passemos a estudar de forma pormenorizada a moldura normativa atual e de que forma ela contribui para a proliferação dos conflitos entre a técnica e a política no setor regulado.

2.3 Espécies de atividade de radiodifusão de sons e imagens

2.3.1 Comercial

Esta é a mais antiga espécie de outorga da atividade, e se distingue das outras pela sua onerosidade indireta. Explico: muito embora os usuários não remunerem diretamente a empresa, há contrapartida financeira por meio da exploração comercial de espaços publicitários, respeitados os limites da lei^[17].

Segundo o artigo 7º, do Decreto nº 52.795/63 podem ser titulares deste serviço a União, os Estados, os Municípios, as Universidades, as fundações e as sociedades anônimas ou de responsabilidade limitada, na forma do artigo 222, §1º da Constituição Federal de 1988.

Como já analisado no tópico precedente, durante muito tempo não houve qualquer previsão legal de procedimento licitatório no setor, tornando o terreno das outorgas extremamente pantanoso e subordinado aos sabores da política. Esta situação apenas se modificou com os Decretos nº 1.720/95 e nº 2.108/96, quando já vigente há mais de sete

anos a cláusula constitucional de obrigatoriedade do procedimento licitatório (CRFB, artigo 37, XXI).

A licitação deve ocorrer na modalidade de concorrência do tipo técnica e preço e se inicia com a provocação do interessado junto ao Ministério das Comunicações. Este órgão, em decisão discricionária, poderá formular edital para o serviço e localidade pretendidos, o qual deve seguir os requisitos do artigo 13, do Decreto nº 52.795/63.

O certame se iniciará com a abertura dos envelopes referentes à habilitação, seguido da verificação das propostas técnicas e finalizado com a análise das propostas financeiras. Por assim dizer, decorre da aplicação das regras gerais da lei 8.666/93.

Não obstante o atendimento à exigência constitucional, a modalidade de concorrência do tipo técnica e preço no setor gerou críticas por parte dos estudiosos do tema. Segundo Cristiano Lopes^[18]:

Mas, se por um lado o estabelecimento de obrigatoriedade para a licitação de outorgas de radiodifusão era uma velha demanda dos que militam pela democratização das comunicações, por outro existia o risco iminente de se trocar um critério excludente por outro igualmente excludente. Sairia (ou deveria sair) de cena o critério político até então vigente, e no lugar entraria a lei do mais forte economicamente. **Esse possível império de um critério absolutamente tecnicista, sem interferência do interesse público, pode levar, em última instância, a uma ameaça à própria estrutura da democracia representativa.**

Desse modo, o autor critica o excessivo formalismo do procedimento licitatório, que torna exígua a interferência de fenômenos políticos na atividade de outorga. Ademais, assevera ser falaciosa a afirmativa de que com isso torna-se a decisão impessoal e técnica.

Em levantamento realizado sobre todas as outorgas feitas pelo Ministério das Comunicações desde 1997 até 2008, assegura que 90,67% dos concorrentes em licitações para a outorga de serviços de radiodifusão atingiram a pontuação máxima em todos os quesitos de avaliação; 3,19% receberam nota quase máxima – entre 99 e 99,999; outros 3,17% foram avaliados com notas entre 95 e 98,999; e apenas 2,20% receberam notas inferiores a 90[19]. Diante desses dados, concluiu o pesquisador que a facilidade de se atingir a nota máxima no quesito técnico, torna o critério *menor preço* excessivamente relevante, contribuindo para a concentração econômica no setor.

Não obstante as pertinentes críticas, o modelo licitatório é imposto pela Constituição da República e reflete, sim, em uma escolha impessoal e pautada em critérios objetivos. Em outras palavras, embora contenha falhas, o modelo licitatório revela-se melhor do que a sistemática pretérita, excessivamente subjetiva e arbitrária.

Por fim, impende citar alguns dados relevantes sobre a distribuição de outorgas de natureza comercial pelo Brasil. Até setembro de 2014, segundo dados da ANATEL[20], o estado do Rio de Janeiro apenas contava com 13 empresas geradoras e 364 retransmissoras; ao passo que o estado de São Paulo contava com 47 geradoras e 1.545 retransmissoras.

2.3.2 Educativa

A radiodifusão educativa foi criada pelo Decreto-Lei nº 236/1967, sendo voltada à transmissão de programas exclusivamente educativo-culturais, não podendo ter caráter comercial nem fins lucrativos. Aliás, também o Decreto nº 2.108/1996 e a Portaria Interministerial nº 651/1999 formam o arcabouço regulamentar da matéria.

Segundo a legislação vigente, apenas poderão exercer esta atividade pessoas jurídicas de direito público interno, fundações de direito privado e instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada, com sede no Brasil e credenciadas pelo Ministério da Educação.

Há expressa previsão legal de dispensa para esta modalidade de outorga (Decreto nº 2.108/96, artigo 13, XV, §1º), a qual se dá mediante procedimento administrativo seletivo, iniciado a partir da publicação de edital de seleção pública no Diário Oficial da União. A escolha dos agraciados, portanto, ocorrerá por decisão discricionária do ministro das comunicações.

Segundo levantamento realizado pela ANATEL^[21], esta é a modalidade menos difundida no país. O estado do Rio de Janeiro possui tão somente 7 empresas de televisão geradoras e 64 retransmissoras; ao passo que o estado de São Paulo detém 41 geradoras e 302 retransmissoras. Em alguns estados da região Norte, a situação é crítica: o Amapá possui apenas 2 empresas geradoras e nenhuma retransmissora, já Roraima detém apenas 1 geradora e 1 retransmissora.

2.3.3 Comunitária

A radiodifusão com fins comunitários, por sua vez, é regulamentada pela Lei 9.612/98, pelo decreto nº. 2.615/1998, pela portaria nº 4.334/2015 do Ministério das Comunicações e pelo Plano Nacional de Outorgas. A extensa disciplina normativa sobre o tema demonstra a preocupação com a transparência e eficiência das outorgas firmadas.

Como já analisado anteriormente, esta é a mais recente modalidade instituída no setor, sendo definida como “a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.” (Lei 9.612/98, artigo 1º, caput).

Aqui cabe tecer alguns esclarecimentos quanto ao sentido de “*baixa potência*” e “*cobertura restrita*”, elementos que singularizam a espécie em análise. Segundo a lei, serviço de baixa potência é todo aquele “prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros” (Lei 9.612/98, artigo 1º, §1º). Já cobertura restrita é aquela “destinada ao atendimento de

determinada comunidade de um bairro e/ou vila” (Lei 9.612/98, artigo 1º, §2º).

A lei busca restringir os legitimados ao exercício da atividade às “fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação de serviço”. O estatuto social das entidades de radiodifusão comunitária deve assegurar a livre manifestação de qualquer cidadão domiciliado na área de execução do serviço (Lei 9.612/98, artigo 3º, §3º), além de criar um Conselho Comunitário, composto por no mínimo cinco integrantes representativos da comunidade atendida, cujo objetivo será acompanhar a programação da emissora (Lei 9.612/98, artigo 8º, caput).

É expressamente vedada a cessão de horários da programação a outras empresas de radiodifusão (Lei 9.612/98, artigo 19, caput). Além disso, se exige que os dirigentes sejam brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos e que detenham domicílio na área da comunidade atendida (Lei 9.612/98, artigo 7º, caput e p.ú.).

A rigor, todos os mecanismos legislativos supramencionados demonstram o inequívoco intuito do legislador em garantir a ampla participação da comunidade atendida, tanto na administração, quanto na programação da emissora.

No que tange ao procedimento administrativo de outorga, aqui também não há previsão quanto à licitação. Assim, em caso de pluralidade de propostas, o legislador exige que o Ministério das Comunicações estimule a associação entre os concorrentes. Caso não seja possível o acordo, o critério preponderante de escolha será o da “*representatividade*” da pessoa jurídica na área em que pretender gerir a atividade (Lei 9.612/98, artigo 9º, §5º).

Segundo o artigo 32, da Portaria nº 4.334/2015 expedida pelo Ministério das Comunicações, este quesito será aferido a partir da contagem das manifestações em apoio por pessoas jurídicas sem fins lucrativos que tenham domicílio na área pretendida para a prestação do

serviço. O manifesto de pessoas físicas apenas surtirá efeito, quando necessário ao desempate entre os concorrentes.

Enfim, no que concerne ao levantamento de dados levado a cabo pela ANATEL^[22] é clara a maior difusão desta modalidade. Em dezessete anos de existência, já ultrapassa com folga o número de outorgas com fins educativos. No estado do Rio de Janeiro há 126 contratos em andamento; em São Paulo, são 592 empresas no exercício da atividade.

Especificamente no município do Rio de Janeiro são relacionadas, dentre outras, as seguintes entidades autorizadas: Associação Comunitária Amigos Da Zona Oeste (ACAZO), União Comunitária Assistencial de Realengo e Adjacências, Associação Comunitária Nossa Senhora de Copacabana, Associação Difusora Comunitária do Catete e BICUDA- Associação em Defesa da Qualidade de Vida do Meio Ambiente e do Patrimônio Histórico Cultural e Artístico.

2.4 Análise funcional: finalidades constitucionais

A Constituição de 1988, inovando em relação às anteriores, inaugurou capítulo específico a tratar da “Comunicação Social”. Por certo, diante do processo de redemocratização que se vivia, a tutela da liberdade de expressão e de informação se fazia essencial. Por tal razão, o constituinte reservou nada menos do que quatro detalhados dispositivos para tratar dos meios de comunicação.

No artigo 221, da Carta Política são expressamente enumerados os princípios que regem a matéria: (i) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; (ii) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; (iii) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; (iv) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Este dispositivo merece algumas observações quanto à sua redação e às terminologias adotadas.

Em primeiro lugar, utilizou-se da expressão “*princípios*”. Como sabido, os princípios revelam comandos de otimização, que são atendidos em maior ou menor grau, a depender da realidade fática (possibilidade real) e do cotejo com as demais normas constitucionais (possibilidade jurídica)[23]. Em outros termos, revelam as *finalidades* que o poder constituinte originário pretende concretizar no mundo dos fatos.

Demais disso, o caput do artigo 221 se utiliza da expressão “*emissoras de rádio e televisão*”, não distinguindo a radiodifusão do serviço de acesso condicionado (SeAC). Conforme clássica regra interpretativa: quando a norma não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Em outras palavras, estes princípios são aplicáveis tanto às emissoras de rádio e televisão que prestam serviço gratuito, quanto àquelas que o fazem onerosamente.

Não à toa, o legislador infraconstitucional reproduziu muitos destes princípios nas normas referentes à radiodifusão e ao serviço de acesso condicionado. O artigo 3º, da lei 12.485/2011 enumera dentre suas metas: (i) liberdade de expressão e de acesso à informação; (ii) *promoção da diversidade cultural* e das fontes de informação, produção e programação; (iii) promoção da língua portuguesa e *da cultura brasileira*; (iv) estímulo à *produção independente e regional*; (v) estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País; (vi) liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio.

Já o setor da radiodifusão, embora substancialmente regulamentado por legislação anterior à Constituição de 1988 (lei 4.117/63), possui normas recentes que ratificam a vontade do poder constituinte originário. A lei 9.612/98, que cria a modalidade comunitária, praticamente reproduz o dispositivo constitucional em seu artigo 4º: (i) *preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas* em benefício do desenvolvimento geral da comunidade; (ii) promoção das atividades artísticas e jornalísticas na comunidade e da integração dos membros da comunidade atendida; (iii) *respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*, favorecendo a integração dos membros da comunidade

atendida; (iv) não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias.

Nesta mesma linha, o artigo 3º, da lei 11.652/08, que reformula a radiodifusão pública no país, volta a enaltecer os mesmos princípios apontados pelo constituinte de 1988: (i) oferecer mecanismos para debate público acerca de temas de relevância nacional e internacional; (ii) desenvolver a consciência crítica do cidadão, *mediante programação educativa, artística, cultural, informativa, científica* e promotora de cidadania; (iii) fomentar a construção da cidadania, a consolidação da democracia e a participação na sociedade, garantindo o direito à informação, à livre expressão do pensamento, à criação e à comunicação; (iv) cooperar com os processos educacionais e de formação do cidadão; (v) apoiar processos de inclusão social e socialização da produção de conhecimento *garantindo espaços para exibição de produções regionais e independentes*; (vi) buscar excelência em conteúdos e linguagens e desenvolver formatos criativos e inovadores, constituindo-se em centro de inovação e formação de talentos; (vii) direcionar sua produção e programação pelas *finalidades educativas, artísticas, culturais, informativas, científicas e promotoras da cidadania*, sem com isso retirar seu caráter competitivo na busca do interesse do maior número de ouvintes ou telespectadores; (viii) promover parcerias e fomentar produção audiovisual nacional, contribuindo para a expansão de sua produção e difusão; (ix) estimular a produção e garantir a veiculação, inclusive na rede mundial de computadores, de conteúdos interativos, especialmente aqueles voltados para a universalização da prestação de serviços públicos.

Em terceiro e derradeiro lugar, no que tange ao conteúdo específico dos incisos do artigo 221, CRFB verifica-se uma constante: o teor eminentemente político e fluido das proposições. Por evidente que, em se tratando de norma constitucional, não poderia se esperar postura diversa do legislador. O que se questiona – e se pretende averiguar a partir de agora – são as causas e os efeitos decorrentes do ingresso de forças e influências políticas em uma atividade que, a rigor, dependeria também de normas técnicas.

3. O DIÁLOGO DO GÊNERO COM A ESPÉCIE: CONSTRUINDO ARGUMENTATIVAMENTE UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO ATUAL

3.1 Opção Política: Tratamento Diferenciado da Espécie

A atividade das telecomunicações foi constitucionalmente alçada ao *status* de serviço público a ser prestado direta ou indiretamente pela União. Ora, todo serviço público deve ser destinado à consecução dos interesses da coletividade, não sendo outro o objetivo do constituinte de 1988 quando tal categorização reservou à atividade.

Como já dito e repetido, a telecomunicação é gênero, do qual a radiodifusão é mera espécie. Portanto, à primeira vista, seria crível afirmar que esta acompanharia a disciplina constitucional daquela. Não obstante, se observada de forma minudente, a Constituição da República deixa transparecer o tratamento diferenciado reservado à matéria da radiodifusão.

Já em seu texto originário, o artigo 223 reproduzia normas constantes do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/63), em sua disciplina sobre a atividade de radiodifusão. Por assim dizer, o constituinte destinou ao Poder Executivo a outorga e renovação da concessão, permissão e autorização do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

A Emenda Constitucional nº 08/95, por sua vez, tornou ainda mais clara tal distinção. Com efeito, o poder constituinte originário havia tratado em apenas um inciso, de forma genérica, a competência da União para prestar a atividade de telecomunicações. Não obstante, a supracitada emenda veio a fragmentar em dois incisos (XI e XII) a matéria.

A pretensão única de tal cisão foi viabilizar a criação de uma agência reguladora de Telecomunicações, que não tivesse qualquer ingerência sobre a outorga, renovação e regulamentação dos contratos de radiodifusão, estas já disciplinadas pelo supracitado artigo 223, da carta política.

Por assim dizer, enquanto a atividade de radiodifusão era prevista de forma específica no inciso XII, do artigo 21; o mesmo dispositivo trouxe em seu inciso anterior a previsão genérica do serviço de telecomunicação, o qual seria exercido “nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

A lei em referência é a conhecida Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), responsável pelo surgimento da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e pela regulamentação da atividade. Importa frisar que tais alterações legislativas e constitucionais estavam inseridas em um contexto de desestatização dos serviços públicos.

Por meio das agências reguladoras, o Poder Executivo destina um corpo técnico e permanente de servidores à regulamentação da atividade, eliminando aspectos políticos de decisões que, a rigor, são puramente técnicas. O que pretende se buscar, contudo, são as razões pelas quais o legislador afastou a radiodifusão deste processo evolutivo.

O artigo 215, inciso I, Lei nº 9.472/97 expressamente reverencia a opção constitucional, afirmando que o Código Brasileiro de Telecomunicações foi totalmente revogado, exceto “quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”. Logo, também a legislação infraconstitucional estabelece tratamento diferenciado entre o gênero e a espécie.

Em suma, os serviços referentes à radiodifusão ainda são regidos pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, que segue em vigor quanto a eles. Ademais, o Ministério das Comunicações continua a controlar o setor, sobrando à ANATEL apenas a administração do espectro de radiofrequências e a fiscalização técnica das estações (Lei nº 9.472/97, artigos 158, §1º, III e 211, p.ú.).

Esclarecida a autonomia normativa e institucional da radiodifusão frente ao restante do setor de telecomunicações, importa analisar as vantagens e desvantagens do modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Afinal, a opção por um sistema de radiodifusão em que o Ministério das Comunicações – e não a agência reguladora do setor – regulamenta a matéria e outorga concessões, traz inevitável conteúdo político às decisões tomadas.

3.2 Aspectos Positivos da Inserção de Escolhas Políticas

3.2.1 Imunidade Tributária do Material Veiculado

O constituinte originário de 1988 inaugurou um sistema de não incidência do ICMS sobre o serviço de radiodifusão, já que segundo a melhor doutrina “a expressão ‘prestação de serviços de comunicação’ pressupõe a transmissão onerosa de informações ou dados, por qualquer meio, a partir de uma relação comunicativa entre o emissor e o receptor.”^[24]

De todo modo, a fim de dirimir eventuais dúvidas, o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional nº42/2003, houve por bem consignar expressamente esta opção. Assim, acrescentou a alínea d ao artigo 155, §2º, X, CRFB, o qual elenca rol taxativo de imunidades^[25] do ICMS: “não incidirá [o tributo] nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita”.

Destaque-se que a Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/1996) reproduziu a opção constitucional, ponderando em seu artigo 2º, III, que o ICMS apenas incidirá sobre “prestações onerosas de serviços de comunicação (...)”.

Ora, independentemente da técnica legislativa utilizada^[26], a opção constitucional por desonerar tal atividade é clara e carrega consigo alguma pretensão do poder constituinte. Segundo já destacado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/1993: “a imunidade tributária não constitui um fim em si mesma. Antes, representa um poderoso fato de contensão do arbítrio do Estado na medida em que esse postulado da Constituição, inibindo o exercício da

competência impositiva pelo Poder Público, prestigia, favorece e tutela o espaço em que florescem aquelas liberdades públicas”.

A partir desta premissa, é fácil perquirir o intuito do legislador. A imunidade tem por escopo assegurar a universalidade da prestação e a competitividade do setor, o que obtém em certa medida com sucesso. Como já abordado anteriormente, em pesquisa recente do IBGE foi constatado que 97,2% dos lares brasileiros possui televisão. A capilaridade do serviço público decorre, sem dúvida, do enorme incentivo fiscal fornecido às empresas que prestam a radiodifusão gratuita.

Há, portanto, evidente viés político na postura adotada pelo constituinte, que no exercício de seu poder originário e ilimitado, houve por bem afastar o “dever fundamental de pagar tributos”^[27] na hipótese de prestações de serviços de comunicação não remuneradas pelo utente.

3.2.2 Nacionalização e Regionalização: compromissos com a técnica ou com a política?

A atual Constituição, como já visto, enunciou vetores à produção e programação dos serviços de rádio e televisão, onerosos ou gratuitos. Em seu artigo 221 aponta dentre as prioridades: (i) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; (ii) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; (iii) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; (iv) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Aqui, uma vez mais, o texto constitucional atua - decisiva e politicamente - na atividade sobre a qual se debruça o presente trabalho.

A radiodifusão, mesmo antes do texto constitucional, já apresentava algumas balizas decorrentes do Código Brasileiro de Telecomunicações, ainda em vigor. Em breves linhas, o tempo destinado à publicidade não pode ultrapassar 25% do total diário. Além disso, as emissoras são obrigadas a destinar no mínimo 5% da programação à transmissão de serviço noticioso. Em seu artigo 38, alínea *d*, o legislador chega a afirmar que os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das

empresas deste ramo “estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País”.

Segundo levantamento realizado pela Ancine, do arcabouço jurídico não é feito tábula rasa. No ano de 2007[28], em estudo pioneiro, foi detectado que 91,1% do material exibido pela televisão aberta era nacional. Recentemente, no ano de 2014[29], o percentual permanece expressivo, alcançando o patamar de 82,7%. Dentre as maiores emissoras do país, destacam-se SBT (53,8% de produção brasileira), Rede Globo (76,5%), Rede Record (89,8%), Rede TV (97,6%) e TV Gazeta (100%).

À primeira vista, parece crível afirmar que a opção política pela valorização do conteúdo nacional só se faria possível no campo da radiodifusão, em um modelo desgarrado do órgão técnico competente, e que se submete diretamente ao Ministério das Comunicações. Não obstante, os influxos da política afetam também a prestação onerosa de televisão e rádio.

O avanço da política sobre o setor das telecomunicações *lato sensu* é materializado pela lei 12.485/2011 (Lei da TV Paga), em consonância com o mandamento constitucional inserto no artigo 221, CRFB. Resumidamente, pretendeu o legislador ordinário “remover barreiras à competição, valorizar a cultura brasileira e incentivar uma nova dinâmica para produção e circulação de conteúdos audiovisuais produzidos no Brasil”.

Esta lei possui capítulo próprio (artigo 16 e ss.) [30] destinado à fixação de cotas mínimas de conteúdo brasileiro a serem observadas pelas empresas que prestam o serviço de acesso condicionado de rádio e televisão. Em outras palavras, no mínimo três horas e trinta minutos semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado[31], e metade deverá ser confeccionada por produtora brasileira independente[32]. Vale observar que este “sistema de cotas de tela” já existe para cinemas brasileiros desde 1932, e na atualidade a cota é definida anualmente por decreto presidencial.

Segundo dados da ANCINE, a lei 12.485/2011 permitiu que a produção nacional quadruplicasse sua presença na TV por assinatura. Estima-se que nada menos do que cem canais exibam regularmente filmes e séries feitas no Brasil. Por tal razão, sem dúvida, houve também uma maior valorização da cultura nacional no âmbito da TV por assinatura. Em 2007, apenas 1,6%^[33] do conteúdo exibido era brasileiro; no último ano, este percentual chegou a 15,2%^[34], apresentando franca expansão.

Nesse mesmo diapasão, a lei 8.977/1995 – na parte não revogada pela lei 12.485/2011 – , dispõe sobre a necessária regionalização do serviço oneroso de televisão. A norma determina que as operadoras de TV a cabo disponibilizem canais básicos de utilização gratuita que sejam destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens (lei 8.977/95, artigo 23, I, a).

Impende ressaltar que a opção legislativa é chancelada pelos tribunais superiores. É que a promoção dos valores insertos na Constituição da República deve ser concretizada também pelo Serviço de Acesso Condicionado, conforme análise pretérita. Nesse sentido, recente acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça:

**DIREITO CIVIL. DEVER DE RETRANSMISSÃO
POR TELEVISÃO A CABO DA PROGRAMAÇÃO E
SINAL GERADOS POR EMISSORA LOCAL.**

A empresa de TV a cabo, ao distribuir os canais básicos de utilização gratuita, deve veicular os sinais de radiodifusão e imagens gerados pelas emissoras locais afiliadas regionais de emissora nacional que tenham programação própria. Isso porque o art. 23, I, "a", da Lei 8.977/1995 dispõe que a operadora de TV a cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou

UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo. De acordo com a doutrina, a "Lei do Cabo é a única que obriga as operadoras locais a oferecerem aos seus assinantes canais abertos de emissora Geradora local, com programação que tiver condições técnicas de ser veiculada na localidade onde é oferecido o cabo." Ressalta ainda que "somente são oferecidos os canais abertos de emissora Geradora local que são captados na comunidade onde é oferecida a assinatura do cabo. Assim, se na localidade não houver Geradoras tal obrigação não existe. Tal obrigação é específica da operação de cabo e não pode ser estendida as demais". É certo que existem estações meramente retransmissoras, mas muitas TVs locais atuam também como geradoras de programas, já que as emissoras nacionais abrem espaço na grade de programação para produção local de telejornais, programas regionais e publicidade nos intervalos comerciais. Mesmo que esses espaços sejam diminutos, ainda assim, se existentes, está caracterizada a geração de sinais. **Assim, a operadora de TV a cabo deve disponibilizar para seus assinantes o sinal gerado pela emissora local, com a inserção de programas e publicidades locais, visto que a finalidade da lei é preservar a cultura e interesses locais.**

(REsp 1.234.153-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7/4/2015, DJe 13/4/2015)

Em seu voto, o ministro relator João Otávio Noronha é categórico: "assim, deve a recorrente, operadora de TV a cabo, disponibilizar para seus assinantes o sinal gerado pela recorrida, com a inserção de

programas e publicidades locais, visto que *a finalidade da lei é preservar a cultura e interesses locais*".

Há, por evidente, muitas críticas a esse sistema, afirmando tratar-se de ranço protecionista e paternalista do Estado brasileiro. A par das discussões, certo é que o debate enaltece ainda mais o viés político da legislação. É que a opção política, diferente daquela puramente técnica, admite discricionariedade^[35], a escolha dentre diversos caminhos igualmente válidos. Com efeito, o constituinte – e o legislador ordinário, a reboque – manifestou o compromisso com a “*promoção da cultura nacional e regional*”, muito embora pudesse ter optado por um sem-número de outros caminhos também admitidos pelo Direito.

3.3 Aspectos Negativos da Inserção de Escolhas Políticas

3.3.1 Direito Administrativo do Espetáculo e a concentração de Poder

Com o advento do neoconstitucionalismo, a Administração Pública tornou-se propulsora dos direitos fundamentais, desvinculando-se do estigma repressor e autoritário do *Estado policial*. Essa nova noção, embora comungada diuturnamente pela maior parte dos ramos jurídicos, não prosperou em um “Direito Administrativo do Espetáculo”, nas palavras de Marçal^[36].

Para fundamentar sua teoria, o autor contemporâneo se utiliza da “sociedade do espetáculo” de Guy Debord, ou seja, da ideia de que as funções e os papéis desempenhados pelos diversos agentes se vinculam a um mundo imaginário com intensidade tamanha que o torna “real” (internet, filmes, televisão). A rigor, o “Direito Administrativo do Espetáculo” tem por meta criar falsa ideia de controle social, sem que isso se traduza em efetiva possibilidade de interferir sobre a evolução dos fatos. Assim, este ramo jurídico institui uma gama de conceitos técnicos que catalisam o espetáculo, mas mantém a *platéia* como elemento passivo, distante e sem possibilidades de participação.

O Estado do Espetáculo tem por objetivo não alterar a realidade sensível, mas sim desenvolver atividades que gerem imagens e sonhos

capazes de *manter a audiência entretida*. Nesse sentido, o discurso topo-persuasivo e um acurado controle sobre os meios de comunicação despontam como importantes ferramentas dos atores deste sistema.

Esse Direito Administrativo possui pressupostos epistemológicos bem delimitados: (i) percepção dos particulares (*platéia*) como verdadeiro objeto, e não como sujeitos de direito; (ii) preferência por princípios, pois de conteúdo indeterminado, que dificultam o controle; (iii) rígida organização administrativa com grande concentração de poderes.

Em total harmonia com o modelo delineado pelo autor é a realidade da radiodifusão de sons e imagens. A regulação exercida pelo Ministério das Comunicações sobre o principal meio de comunicação dos lares brasileiros contribui, em alguma medida, para a formação de sociedade acrítica, que se submete passivamente ao *espetáculo* aludido por Marçal Justen Filho. Nesse ponto, sempre atual a crítica de Habermas^[37]:

Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados. Contra a absorção da esfera pública política por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade interpartidária, etc.). As tentativas visando um controle constitucional maior do poder da mídia caminham na mesma direção. Pois os meios de comunicação de massa carecem de um espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em condição de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que toma posição.

Diante do pantanoso quadro atravessado pelo Direito Administrativo, Marçal passa a discutir métodos de solução para sua crise, a saber: (i) diminuição da concentração do poder político; (ii) afirmação da primazia do ser humano e da natureza instrumental do Estado; (iii) superação da supremacia do interesse público (conceito jurídico indeterminado) como vetor axiológico, sendo substituída pela supremacia *prima facie* dos direitos fundamentais; (iv) proteção das minorias, independentemente da vontade das majorias; (v) controle efetivo das medidas estatais, que não podem se apoiar em uma pretensa regularidade imaginária, pautada na linguagem tópico-retórica; (vi) processualização do Direito Administrativo; (vii) adoção de mecanismos de efetiva participação popular, preservando a competência decisória estatal; (viii) constitucionalização real do Direito Administrativo.

Diante do panorama evidenciado pelo autor, o antídoto também parece estar compreendido nas entrelinhas da radiodifusão. A realidade concentrada hoje vivida no setor é péssima para a democratização e conscientização da população brasileira. A pluralidade e a oxigenação desejadas, no entanto, parecem depender da urgente alteração do sistema de outorga pelo Ministério das Comunicações, órgão pertencente ao Poder Executivo federal.

3.3.2 *Flagrantes Casos de Malversação da Coisa Pública*

A capilaridade e a rapidez com que as informações circulam por meio da radiodifusão a torna mecanismo sedutor a interesses escusos, já que sua má gestão pode gerar uma opinião pública frágil e facilmente manipulada, como visto no tópico acima. Vale, nesse ponto, ilustrar empiricamente do que ora se trata.

Um primeiro e atual exemplo da malversação da atividade encontra-se estampada em recente periódico^[38], o qual faz menção ao longo domínio político do Grupo Sarney no Maranhão. Com esteio em pesquisa realizada pela Universidade Federal Fluminense no primeiro semestre de 2014, a reportagem constatou que “o controle midiático é uma vertente forte do poder do Grupo Sarney”, vez que foram identificadas pelo menos

37 (trinta e sete) tevês e rádios AM e FM locais em nome de parentes diretos do ex-Presidente da República.

Aliás, segundo estudiosos do tema “durante o governo do presidente José Sarney as concessões foram ostensivamente utilizadas como moeda política, dando origem a um dos episódios mais antidemocráticos do processo constituinte. Em troca de votos favoráveis ao mandato de cinco anos para presidente foram negociadas 418 novas concessões de rádio e televisão. (...) No total, o presidente José Sarney autorizou, entre 1985 e 1990, 1.028 concessões de rádio e TV – o que representa 30% de todas as concessões feitas no país desde 1922.”[\[39\]](#)

Do mesmo modo, aqueles que sucederam a chefia do Executivo não passaram isentos da prática do que se convencionou chamar “coronelismo eletrônico”. Segundo levantamento realizado por especialistas, Fernando Henrique Cardoso outorgou nada menos do que 1.848 autorizações para operações de serviços de retransmissão de televisão, sendo “268 para entidades ou empresas controladas por 87 políticos – 19 deputados federais e 6 senadores, todos favoráveis à reeleição [projeto de Emenda Constitucional emplacado, com êxito, pelo ex-presidente da República]; além de 2 governadores, 11 deputados estaduais, 7 prefeitos, 8 ex-deputados federais, 3 ex-governadores, 8 ex-prefeitos e outros 23 políticos.”[\[40\]](#)

Também o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva foi acusado, em diversos episódios, pelo uso indevido das outorgas como mecanismo de troca de favores políticos. À título de exemplo, destaca-se o favorecimento de municípios que aderiram ao programa social Fome Zero, quanto à outorga de emissoras comunitárias, em flagrante burla à ordem cronológica de pedidos. Pesquisadores apontam que mais de 600 municípios ligados ao programa teriam se aproveitado do esquema.[\[41\]](#)

O sítio eletrônico “*Donos da Mídia*”[\[42\]](#) traz ainda atualizado mapeamento acerca dos proprietários dos veículos de comunicação hoje existentes, em sua maioria políticos do Congresso Nacional. No ranking de maiores detentores de veículos destacam-se o deputado federal Antônio Carlos Martins de Bulhões (PMDB/SP), com 7 veículos; o ex-Senador

Wellington Salgado de Oliveira (PMDB/MG), com 5 veículos; a ex-governadora do Maranhão Roseana Sarney Murad (DEM/MA) e o Senador e ex-Presidente da República Fernando Affonso Collor de Mello (PRTB/AL), ambos com 4 veículos.

Como se constata, a par da opção político-partidária, fato é que a concentração do poder de outorga ao Chefe do Executivo é fonte de inegável desvio de finalidade da radiodifusão. Diante disso, essencial uma adequada regulamentação do comando constitucional, associada a uma gestão pública responsável e a um Judiciário apto a coibir eventuais ilegalidades.

Vale dizer, no Brasil a Constituição trouxe minucioso balizamento acerca do tema (CFRB, artigos 220, ss.), que por sua vez foi regulamentado por extensa legislação extravagante (leis nº 4.117/62, 9.472/97 e 12.485/11) e inúmeros atos infralegais da ANATEL e do Ministério das Comunicações.

Dentre tais regras, destaca-se a leitura conjunta dos artigos 54, I, a e 55, I da Constituição da República. Em suas linhas, veda-se expressamente que, desde a expedição do diploma, deputados federais e senadores firmem contratos com pessoas jurídicas de direito público, sob pena de perda do mandato. Ora, a outorga de serviço público é realizada diretamente pela União, sendo inarredável a inconstitucionalidade da reiterada prática apontada nos parágrafos antecedentes.

Acrescente-se ainda que a doutrina mais contemporânea do Direito Constitucional vem admitindo a aferição do desvio ou do excesso de poder legislativo no controle concentrado de constitucionalidade. Traçando um paralelo com a questão ora tratada, deve ser vivamente coibida a abusiva utilização, por políticos eleitos, de interpostas pessoas para a consecução de domínio sobre os meios de comunicação. A Constituição não deve ser lida apenas em sua literalidade, mas também de forma sistêmica e teleológica.

3.3.3 Incompatibilidade: Radiodifusão x Telecomunicações

Para além das questões já abordadas, outro ponto merece destaque: a problemática decorrente do tratamento diferenciado dado à radiodifusão, quando comparado às demais atividades que compõem o gênero das telecomunicações.

Esta preocupação foi sintetizada por Carlos Ari Sundfeld^[43]:

Há, portanto, autonomia institucional e normativa da regulação da radiodifusão relativamente à de telecomunicações: leis e estruturas de mercado diferentes, concepções jurídicas incompatíveis, autoridade reguladora distinta, etc. Isso pode gerar problemas sérios no futuro, inclusive porque não se antevê uma superação rápida dessa disfunção. Com a tendência à convergência de serviços – com TV, serviços de voz (telefonia) e internet sendo oferecidos conjuntamente aos usuários, por exemplo -, a incidência de duas regulações pode causar dificuldades

Nesses termos, a aposta em um modelo predominantemente político no setor da radiodifusão, em contraste com as demais formas de telecomunicações, em que a avaliação da agência reguladora prepondera, pode causar problemas de difícil solução.

Exemplo disso é a discussão em torno da licitação da faixa de 700 mega-Hertz, organizado pela ANATEL, para disponibilização do sinal 4G pelas companhias de telefonia celular. Segundo representantes da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) e da Associação Brasileira de Radiodifusores (Abra) há um grande risco de interferência do sistema de telefonia no sinal da TV aberta analógico, que atualmente se utiliza desta faixa de radiofrequência.

De início, houve grande resistência do setor de radiodifusão – que pressionava o Ministério das Comunicações –, a fim de assegurar a não interferência das empresas de telefonia sobre a sua atividade. O impasse foi resolvido com a garantia de que os licitantes vencedores promoveriam,

às suas expensas, a “*limpeza da faixa*” e a gradativa conversão dos sinais da radiodifusão do modelo analógico ao digital, até o ano de 2018.

Assim, a minuta do contrato passou a prever que as empresas de telefonia arcariam, dentre outras coisas, com: (i) a implantação de centros regionais e municipais aptos a distribuir, à casa dos usuários, conversores e antenas de TV Digital e filtros de recepção para mitigar interferências; (ii) a realização de análise prospectiva de campo, concomitantemente à instalação de Estações de Radio Base de 700 MHz em cada município do país; (iii) a promoção, direta ou mediante a contratação de terceiros, da capacitação de recursos humanos para garantir que haja no mercado, e previamente ao desligamento do sinal analógico de TV aberta, técnicos com a expertise necessária a auxiliar a população nos procedimentos de instalação de conversores, antenas de TV Digital, filtros de recepção etc; (iv) a disponibilização de centrais de atendimento gratuito por telefone e pela Internet, bem como a promoção de campanha publicitária, inclusive em TV aberta, para informar a população sobre o processo de redistribuição de canais.

Nesses termos, a destinação da faixa de 700 mega-Hertz foi modificada pelo Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa, aprovado pela Resolução Anatel 625/2013. Assim, ficou definido que a faixa passaria a ser utilizada pelo Serviço Móvel Pessoal (SMP) em tecnologia 4G, respeitada a necessidade de desligamento da TV analógica em cada município, na forma do cronograma definido pelas Portarias MC 477/2014 e 481/2014.

Em que pese o acordo firmado, a questão chegou ao Tribunal de Contas da União, que suspendeu cautelarmente o edital porquanto, dentre outras razões, “*avalia-se que os problemas apontados nesta segunda instrução apresentam gravidade suficiente para comprometer a legalidade e confiabilidade do estudo que fundamentou a fixação do preço mínimo e da estimativa dos custos que serão incorridos para limpar a faixa de 700 MHz*”. (Processo nº 016.257/2014-6, Acórdão nº2.301/2014, Ministro Relator Benjamin Zymler).

Dentre os problemas elencados pelo corpo técnico do órgão destaca-se a dificuldade de levantamento de informações pela ANATEL junto às entidades do setor de radiodifusão e do Ministério das Comunicações. Segundo o relatório apresentado, este é um dos motivos a justificar a imprecisão quanto aos custos da limpeza da faixa dos 700 mega-Hertz. Veja-se:

87. É importante levar em consideração também os sucessivos esforços da Anatel em obter informações junto às entidades do setor de radiodifusão e ao Ministério das Comunicações. A agência se deparou com algumas dificuldades que impediram que o estudo pudesse ser ainda mais preciso, embora a Anatel tentasse superar os obstáculos encontrados.

88. Diante dos fatos apresentados, em que há alternativas de solução no caso de uma possível diferença entre o valor do ressarcimento calculado pelo estudo e aquele encontrado na realidade, e levando em consideração que houve sucessivos esforços da agência em aprimorar o estudo, verifica-se que não há a necessidade de se propor determinações à Anatel, no que diz respeito aos custos de limpeza da faixa de 700 MHz.

Não obstante a indeterminação quanto ao valor dos custos, o Tribunal de Contas houve por bem revogar a medida acautelatória, sensibilizando-se com a necessidade dos avanços no setor e anotando que os riscos daí decorrentes não irão onerar os cofres públicos diretamente: “cabe salientar que a Anatel previu, no edital sob comento, que caso os recursos inicialmente alocados para fazer frente a essas despesas sejam insuficientes, caberá às proponentes vencedoras aportar o montante complementar desses recursos.”

Outro problema apontado pelo relatório foi o modelo de gestão adotado para realização da “*limpeza da faixa*”, o qual prevê a atuação de

dois órgãos: (i) a Entidade Administradora do Processo de Redistribuição e Digitalização de Canais de TV e RTV (EAD), responsável por executar a limpeza da faixa de 700 MHz; (ii) o Grupo de Implantação do Processo de Redistribuição e Digitalização de Canais de TV e RTV (GIRED), responsável por coordenar todo o processo e composto por representantes da ANATEL, do Ministério das Comunicações, das licitantes vencedoras e das entidades que representam os radiodifusores.

Segundo o edital proposto, eventuais discordâncias quanto à gestão serão solucionados pela ANATEL ou pelo Ministério das Comunicações, o que poderá gerar problemas futuros, como ressaltado pelo órgão técnico do TCU:

o) o GIRED será composto por entidades com diferentes interesses, como os radiodifusores e as licitantes vencedoras, por via de conseqüência, avalia-se que poderão surgir divergências no âmbito deste grupo quando das discussões de temas relevantes. Nesse contexto, o Edital determina que se não houver consenso nas deliberações do GIRED, a decisão caberá a Anatel ou ao Ministério das Comunicações, duas entidades públicas. A partir dessa cláusula, além de haver uma ausência de clareza quanto à distinção de competências entre a Anatel e o Ministério das Comunicações, verifica-se que uma possível falta de consenso resultará em uma decisão unilateral de um dos dois;

p) a dinâmica apresentada no modelo de gestão contém possíveis falhas de governança que representam um risco para o andamento da licitação. Afinal, ela possibilita a intervenção de entidades públicas diretamente nas ações de uma entidade privada, sem que haja uma previsão legal para tal atuação, e permite que recursos públicos sejam aplicados por uma entidade privada, indo de encontro

à legislação vigente e sem os devidos mecanismos de controle e fiscalização;

Este óbice também foi suplantado, posteriormente, na decisão que revogou a medida cautelar, a qual considerou que:

o modelo escolhido pela agência está dentro das margens de discricionariedade de que dispõe a Anatel para executar as políticas públicas sob sua responsabilidade. Contudo, cabe frisar que a criação do conselho deve visar à concretização da atribuição do poder público de disciplinar acerca da limpeza da faixa, de modo a permitir sua efetiva utilização, o que poderia ser feito pela Anatel e pelo Ministério das Comunicações com fulcro no ordenamento jurídico vigente.

Após a revogação da medida cautelar, o edital foi publicado e em setembro de 2014 ocorreu, com êxito, o procedimento licitatório, que gerou R\$5,851 bilhões aos cofres públicos. Atualmente, os contratos encontram-se em vigência e seguem regularmente o cronograma indicado pelas Portarias MC 477/2014 e 481/2014.

A par da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, é evidente que a cisão regulatória existente no setor das Telecomunicações gerou prejuízos ao erário. A imprecisão quanto ao custo final da “*limpeza da faixa*” gera inquestionável risco aos investidores, o que ocasiona indubitavelmente uma menor arrecadação pelo ente público licitante.

Por outro lado, a existência de órgão decisório repartido entre o Ministério das Comunicações e a ANATEL potencializa conflitos e, como bem concluído pela assessoria técnica daquele tribunal, “o processo de limpeza da faixa de 700 MHz, e conseqüentemente a ativação do serviço em 4G, estaria prejudicado por impossibilidade da utilização da faixa ou por acréscimo de gastos com questões judiciais, não contabilizados inicialmente no processo”.

Frise-se: não se está a criticar a Administração Pública Policêntrica, mas sim a descentralização incompleta do setor das Telecomunicações. Como já há muito afirma a doutrina^[44] “a insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao Poder Executivo central, do que as agências reguladoras independentes constituem o exemplo mais relevante em nosso Direito Positivo, é uma exigência da eficácia da regulação estatal em uma sociedade que, tal como o Estado, se torna cada vez mais diferenciada e complexa”.

A Administração Pública policêntrica é, pois, a concretização dos princípios constitucionais da economicidade e da efetividade, não devendo ser afastada. O que afigura como inaceitável e antieconômico é a atual composição regulatória do setor das Telecomunicações, repartida entre o Ministério das Comunicações e a ANATEL.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu esclarecer ao leitor os reflexos – positivos e negativos – do conflito entre a técnica e a política no setor da radiodifusão de sons e imagens. A análise aqui desenvolvida admite conclusão sobre a ingerência do Poder Executivo central na outorga de concessões, permissões e autorizações da atividade.

De um lado, parece inquestionável que os influxos da política oxigenam o setor, tornando viável a consecução do interesse público diretamente pelos representantes do povo. A nacionalização e regionalização das programações, bem como a não-incidência constitucional do ICMS são grandes propulsores dos fins constitucionais (CRFB, Artigo 223). Ademais, é fato que as agências reguladoras ainda padecem de um grande déficit de legitimidade democrática.

De outro lado, contudo, a forma com que se viabilizou a inserção da política nesta seara não afigura das mais felizes. Conforme se extrai do recente histórico do país, são gritantes os abusos praticados pelos governantes, que se utilizam das outorgas como mecanismo de *barganha política*, criando o que se convencionou chamar de *coronelismo eletrônico*.

Além disso, é evidente o prejuízo decorrente da cisão regulatória existente no setor em estudo.

Assim, diante do que foi aqui ponderado, não se discute que os ventos da política são benéficos – e até certo ponto necessários – ao regular desenvolvimento da atividade. O agente que os sopra, porém, talvez não seja o mais adequado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 20ª Ed., 2015.

ANATEL. Glossário de Termos da Anatel. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

_____ Dados Gerais de Radiodifusão Comercial. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

_____ Dados Gerais de Radiodifusão Educativa. Disponível em: . Acesso em: 28.10.2015.

_____ Dados Gerais RadCom. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

ANCINE. Monitoramento de Programas de TV. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

_____ Informe TV Aberta – Ano Base 2014. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

_____ Programação da TV Aberta – 2014. Disponível em: . Consulta em: 28.10.2015.

_____ Programação da TV Paga – 2014. Disponível em: . Consulta em: 28.10.2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **O Serviço Público e suas Crises**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo

(Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

_____ **Administração Pública Pluricêntrica**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, Vol.227, 2002.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993.

ARI SUNDFELD, Carlos. **A Regulação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras**. Salvador, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2007.

BRENER, Jayme. **Coronelismo eletrônico: o governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história**. Comunicação e Política, Vol.IV, n.2, mai/ago, 1997.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Autorizações administrativas vinculadas; o exemplo do setor de telecomunicações**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas S.A., 2014.

DE GODOY FERNANDES, André. **Meios de Comunicação Social no Brasil: Promoção do Pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação**. São Paulo, Tese de Doutorado USP, 2009.

DELGADO, Malu. **A Derrota Eleitoral e a Despedida de Sarney**. Revista Piauí_98, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. CARLIN, Volnei Ivo (Coord.). **Grandes Temas de Direito Administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009.

FERREIRA, Gisele. **Sarney, FHC e Lula: 22 anos de “conversas ao pé do rádio” e democracia.** Congresso Nacional de História da Mídia, 2007.

FILHO, Marçal Justen. **O Direito Administrativo de Espetáculo.** ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

FILHO, Roberto Fragale. **Quando a empiria é necessária?** 2006, p.10. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Sergio. **Discricionariedade Administrativa – Limitações da Vinculação Legalitária e Propostas Pós-Positivistas.** ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade.** Trad. Flávio Sibeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). 2013.

JAMBEIRO, Othon. **Regulação da Radiodifusão: a Concessão de Frequências no Governo Provisório de Vargas (1930-1934).** Revista de Economia Política das Tecnologias de Informação e Comunicação, Aracaju, vol.II, n.3, 2000. *Apud* FERREIRA, Gisele. Sarney, FHC e Lula: 22 anos de “conversas ao pé do rádio” e democracia. Congresso Nacional de História da Mídia, 2007.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: Limites do Controle Judicial no Âmbito dos Interesses Difusos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2ª Ed., 2014.

LODI, Ricardo. **Tributos – Teoria Geral e Espécies**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES, Cristiano A. **Regulação Das Outorgas De Radiodifusão No Brasil – Uma Breve Análise**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2009.

_____ **Licitações nas Outorgas de Rádio e TV – a Ineficácia dos Critérios Técnicos**. Brasília: XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2008.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9ª Ed, 2014.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

MONTERO OTONDO, Teresa. **Televisão Pública na América Latina: Para Quê e Para Quem?**. São Paulo, Tese de Doutorado USP, 2008.

NEIVA, Alvaro. **Classificação indicativa: as disputas em torno da regulação da TV no Brasil**. Rio de Janeiro, Tese de Doutorado UERJ, 2009.

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. **Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NOTAS:

[1] IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) – 2013.

[2] Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das

telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (Lei 9.472/97, artigo 79, §1º).

[3] Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso (Lei 9.472/97, artigo 79, §2º).

[4] Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar. (Lei nº 9.472/97, artigo 83, p.ú.)

[5] Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado. (Lei nº 9.472/97, artigo 118, p.ú.)

[6] Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. (Lei nº 9.472/97, artigo 131, §1º)

[7] Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares. (Lei nº 9.472/97, artigo 163, §1º)

[8] A rigor, o Serviço de Acesso Condicionado é o sucessor dos atuais Serviços de Televisão por Assinatura: TV a Cabo - TVC, Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais - MMDS, Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite - DTH e Serviço Especial de Televisão por Assinatura - TVA. Assim, a noção de TV a Cabo deverá ser absorvida pela de Serviço de Acesso Condicionado, na forma do artigo 37, §1º, da lei 12.485/11.

[9] Pacote: agrupamento de canais de programação ofertados pelas empacotadoras às distribuidoras, e por estas aos assinantes, excluídos os canais de distribuição obrigatória de que trata o art. 32 (Lei 12.485/11, artigo 2º, XVI)

[10] Modalidade Avulsa de Programação, ou Modalidade de Canais de Venda Avulsa: modalidade de canais de programação organizados para aquisição avulsa por parte do assinante (Lei 12.485/11, artigo 2º, XV).

[11] Modalidade Avulsa de Conteúdo Programado ou Modalidade de Vídeo por Demanda Programado: modalidade de conteúdos audiovisuais organizados em canais de programação e em horário previamente definido pela programadora para aquisição avulsa por parte do assinante (Lei 12.485/11, artigo 2º, XV).

[12] São canais de programação que deverão constar de todos os pacotes ofertados, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, na forma do artigo 32, da lei 12.485/11. Exemplos são os canais reservados à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Supremo Tribunal Federal

[13] ANATEL. Glossário de Termos da Anatel. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015

[14] Ressalte-se que, desde então, a matéria foi igualmente tratada nas constituições que se sucederam, com algumas alterações que serão logo mais especificadas: 1937 (artigo 15, VII), 1946 (artigo 5º, XII), 1967 (artigo 8º, XV, a) e 1988 (artigo 21, XII, a).

[15] LOPES, Cristiano A. **Regulação Das Outorgas De Radiodifusão No Brasil – Uma Breve Análise**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2009, p.4.

[16] Reproduzido na Emenda Constitucional nº 01/69.

[17] Segundo dispõe o artigo 124, do Código Brasileiro de Telecomunicações, “o tempo destinado na programação das estações de radiodifusão, à publicidade comercial, não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total.”

[18] LOPES, Cristiano A. **Licitações nas Outorgas de Rádio e TV – a Ineficácia dos Critérios Técnicos**. Brasília: XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2008, p.2.

[19] LOPES, Cristiano A. Op. Cit., p.11.

[20] ANATEL. Dados Gerais de Radiodifusão Comercial. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

[21] ANATEL. Dados Gerais de Radiodifusão Educativa. Disponível em: . Acesso em: 28.10.2015.

[22] ANATEL. Dados Gerais RadCom. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

[23] MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9ª Ed, 2014, p.74.

[24] LODI, Ricardo. **Tributos – Teoria Geral e Espécies**. Niterói: Impetus, 2013, p.249.

[25] Embora conste do rol das imunidades tributárias, há de se destacar que a doutrina majoritária considera tal hipótese uma não incidência em sentido estrito, já que não se insere no fato gerador do ICMS.

[26] Muitos estudiosos criticam o rigor excessivo na distinção entre não incidência e imunidade, conforme salienta Luciano Amaro. AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 20ª Ed., 2015, p.308.

[27] Expressão alcunhada por José Casalta Nabais.

[28] ANCINE. Monitoramento de Programas de TV. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

[29] ANCINE. Informe TV Aberta – Ano Base 2014. Disponível em <http://oca.ancine.gov.br/media/SAM/2014/MonitoramentoProgramacao/Informe_Tv_Aberta_2014>. Acesso em: 28.10.2015.

[30] A exigência de patamares mínimos de conteúdo nacional no âmbito do SeAC é previsão legislativa natimorta: o artigo 41, da lei 12.485/11 afirma que esta deixará de vigor doze anos após sua promulgação. Segundo consta do parecer de aprovação da emenda ao substitutivo, exarado pelo relator deputado Jorge Bittar: “Por fim, estabelecemos o prazo 15 (quinze) anos para a vigência da política de cotas proposta. A idéia é que os dispositivos previstos no Substitutivo sejam empregados apenas como elemento indutor da produção de conteúdo nacional e da sua veiculação no mercado de televisão por assinatura. Nossa expectativa é a de que, decorrido esse período, as produtoras e programadoras locais já tenham adquirido musculatura suficiente para dispensarem a previsão de cotas nesse mercado.” (Publicado em 07.04.2008)

[31] Segundo o artigo 2º, XII da lei 12.485/2011, espaço qualificado é o “espaço total do canal de programação, excluindo-se conteúdos religiosos ou políticos, manifestações e eventos esportivos, concursos, publicidade,

televentas, infomerciais, jogos eletrônicos, propaganda política obrigatória, conteúdo audiovisual veiculado em horário eleitoral gratuito, conteúdos jornalísticos e programas de auditório ancorados por apresentador”.

[32] Segundo o artigo 2º, XIX da lei 12.485/2011, produtora brasileira independente é a “produtora brasileira que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: a) não ser controladora, controlada ou coligada a programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviço de radiodifusão de sons e imagens; b) não estar vinculada a instrumento que, direta ou indiretamente, confira ou objetive conferir a sócios minoritários, quando estes forem programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens, direito de veto comercial ou qualquer tipo de interferência comercial sobre os conteúdos produzidos; c) não manter vínculo de exclusividade que a impeça de produzir ou comercializar para terceiros os conteúdos audiovisuais por ela produzidos;

[33] ANCINE. Programação da TV Aberta – 2014. Disponível em: . Consulta em: 28.10.2015.

[34] ANCINE. Programação da TV Paga – 2014. Disponível em: . Consulta em: 28.10.2015.

[35] “O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas”. MENDES, Gilmar. Op. cit., p.1041.

[36] FILHO, Marçal Justen. O Direito Administrativo de Espetáculo. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Op. cit., pp.72/77.

[37] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade**. Vol.II, p.186.

[38] DELGADO, Malu. **A Derrota Eleitoral e a Despedida de Sarney**. PIAUI 98, Novembro/2014, pp. 25/29

[39] JAMBEIRO, Othon. **Regulação da Radiodifusão: a Concessão de Frequências no Governo Provisório de Vargas (1930-1934)**. Revista de Economia Política das Tecnologias de Informação e Comunicação, Aracaju, vol.II, n.3, 2000. *Apud* FERREIRA, Gisele. **Sarney, FHC e Lula: 22 anos de “conversas ao pé do rádio” e democracia**. Congresso Nacional de História da Mídia, 2007.

[40] BRENER, Jayme. **Coronelismo eletrônico: o governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história.** Comunicação e Política, Vol.IV, n.2, mai/ago, 1997, p.31.

[41] FERREIRA, Gisele. **Sarney, FHC e Lula: 22 anos de “conversas ao pé do rádio” e democracia.** Congresso Nacional de História da Mídia, 2007.

[42] Disponível em Acesso em: 28.10.2015.

[43] ARI SUNDFELD, Carlos. **A Regulação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras.** Salvador, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2007, p.5.

[44] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Administração Pública Pluricêntrica.** Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, Vol.227, 2002, pp.131/150.

TERCEIRIZAÇÃO: ADVENTO DA LEI 13.429/17 E SUA (IN)APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

VANESSA CAPISTRANO CAVALCANTE:
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista de Controle Externo - Atividade Jurídica e Assessora do Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

RESUMO: A polêmica Lei 13.429/17, promulgada no dia 31 de março de 2017, acarretou diversas discussões no campo jurídico. O instituto da terceirização, regulamentado até aquele momento apenas por decisões judiciais e interpretações extraídas da Súmula 331 do TST, foi disciplinado pelo referido diploma legal. A análise a que se procedeu no presente artigo foram os argumentos utilizados por duas correntes diversas: a primeira que entende pela possibilidade de mitigação do princípio constitucional do concurso público, e a segunda que, por sua vez, compreende pela inaplicabilidade do instituto da terceirização no âmbito da Administração Pública, conforme preleciona o texto constitucional. Desse modo, propõe-se o presente escrito a contribuir para o fomento de um debate que, pela característica recente do tema, é ainda incipiente, seja na seara acadêmica ou doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE: TERCEIRIZAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. LEI 13.429/17. (IN)APLICABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Terceirização. 2. Princípio constitucional do concurso público e dicotomia entre atividade-meio e atividade-fim 3. (In)aplicabilidade da Lei 13.429/17 no âmbito da Administração Pública. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico pátrio, a terceirização pode ser definida como uma relação trilateral na qual existem os seguintes sujeitos: contratante (empresa tomadora), contratado (empresa prestadora de serviços) e o trabalhador terceirizado. Percebe-se que tal formatação difere da relação de emprego tipicamente bilateral existente entre empregador e empregado.

Destaca-se que antes do advento da Lei 13.429/17 inexistia diploma legal que regulamentasse a terceirização. Tal incumbência ficava a cargo dos tribunais a partir de interpretações extraídas da Súmula nº 331 do TST, a qual dispõe:

Súmula nº 331 do TST - Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a

responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item iv, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Nesse sentido, a ausência de um normativo delimitando os limites e o alcance da terceirização possuía o condão de provocar notória insegurança jurídica, uma vez que alterações na jurisprudência – não particularmente raras, destaca-se – significavam novos comportamentos a serem adotados sem a existência de qualquer lei.

Mesmo com o intuito de trazer segurança jurídica às relações sociais estabelecendo um alcance ao instituto da terceirização, é certo que outras polêmicas surgiram com a Lei 13.429/17, principalmente no que concerne à mitigação do concurso público.

Analisa-se que, diante de tão polêmica conjuntura, adentrar neste campo jurídico de incertezas, expondo os argumentos das correntes doutrinárias existentes, mostra-se como principal objetivo do presente trabalho.

1. TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização ocorre quando uma empresa prestadora de serviços, através de empregados terceirizados, presta serviços determinados e específicos a uma empresa contratante, perfazendo uma relação triangular de trabalho.

Neste sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella^[1] assevera que a palavra terceirização indica a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para uma empresa contratante. Aduz que um dos atributos mais atraentes da técnica da terceirização é a possibilidade de transformar custos fixos em variáveis permitindo a manutenção de um pessoal reduzido, que é utilizado de forma intensa e contínua, diminuindo custos com contratação e treinamento de empregados e reduzindo despesas com encargos sociais.

A terceirização é definida por Maurício Godinho Delgado^[2] da seguinte forma:

Para o direito do trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Nos limites definidos pela Súmula nº 331 do TST, o juiz do trabalho Luciano Martinez^[3] assim define o instituto:

(...) pode-se afirmar que a terceirização é uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar

suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação.

O [art. 5º-A](#) da Lei 13.429/17, tido como um dos mais polêmicos do referido diploma para fins de aplicação no âmbito da Administração Pública, define contratante como a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

Consoante preleciona a ementa da Lei nº 13.429/2017, o referido normativo alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.019/1973, que versa sobre o trabalho temporário, bem como passou a dispor acerca da terceirização. Em outras palavras, há na mesma lei, a regulamentação do trabalho temporário e da terceirização em sentido estrito.

No entanto, apesar das similaridades entre os dois institutos – como, por exemplo, a relação triangular – trabalho temporário e terceirização não se confundem. Primeiramente, destaca-se que o trabalho temporário implica na existência de necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. A terceirização, por sua vez, pressupõe que o trabalhador terceirizado realize serviços tidos como determinados e específicos.

Ressalta-se, também, a existência de diferenças no que concerne à nomenclatura nos sujeitos que compõe a respectiva relação triangular. Na terceirização, tem-se trabalhador terceirizado, empresa de prestação de serviços a terceiros e a empresa contratante. No trabalho temporário, por sua vez, o diploma legal faz referência ao trabalhador temporário, a empresa de trabalho temporário (intermediadora de mão de obra temporária) e a empresa tomadora dos serviços.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO E DICOTOMIA ENTRE ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM

A Constituição Federal, no art. 37, II, instituiu, prezando pela impessoalidade e isonomia no preenchimento de cargos e empregos públicos, o denominado “princípio do concurso público”, *verbis*:

Art. 37 (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Desse modo, a investidura nos quadros da Administração Pública deve ocorrer, via de regra, mediante a aplicação de uma prova ou por intermédio de uma seleção via provas e títulos. Desse modo, as exceções ao referido instituo devem estar previstas no próprio texto constitucional sendo, por exemplo, como ocorre em relação aos cargos em comissão, servidores temporários, cargos eletivos, ex-combatentes, agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, etc.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trata-se de princípio tão caro que o Excelso Pretório entende pela não aplicação da teoria do fato consumado para ensejar a manutenção e servidores que adentraram na Administração Pública sem a realização de concurso público. A Corte Suprema já se manifestou quanto ao afastamento da referida teoria nas hipóteses de flagrante inconstitucionalidade, ainda que existam leis locais agasalhando tais pretensões, *in verbis*:

(...) 4. In casu, a situação de flagrante inconstitucionalidade não pode ser amparada em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, agasalham a pretensão de perpetuação do ilícito. 5. A inconstitucionalidade prima facie evidente impede que se consolide o ato administrativo acoimado desse gravoso vício em função da decadência. Precedentes: MS 28.371 AGR/DF, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA, TRIBUNAL PLENO, DJE 27.02.2013; MS 28.273 AGR, RELATOR MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJE 21.02.2013; MS 28.279, RELATORA MIN. ELLEN GRACIE, TRIBUNAL

PLENO, DJE 29.04.2011. 6. Consectariamente, a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência do princípio da proteção da confiança e, muito menos, terão o condão de restringir o poder da administração de rever seus atos. 7. A redução da eficácia normativa do texto constitucional, ínsita na aplicação do diploma legal, e a conseqüente superação do vício pelo decurso do prazo decadencial, permitindo, por via reflexa, o ingresso na atividade notarial e registral sem a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, traduz-se na perpetuação de ato manifestamente inconstitucional, mercê de sinalizar a possibilidade juridicamente impensável de normas infraconstitucionais normatizarem mandamentos constitucionais autônomos, autoaplicáveis. 8. O desrespeito à imposição constitucional da necessidade de concurso público de provas e títulos para ingresso da carreira notarial, além de gerar os claros efeitos advindos da conseqüente nulidade do ato (crfb/88, art. 37, ii e §2º, c/c art. 236, §3º), fere frontalmente a constituição da república de 1988, restando a efetivação na titularidade dos cartórios por outros meios um ato desprezível sob os ângulos constitucional e moral. 9. Ordem denegada. (STF - MS: 26860 DF, RELATOR: MIN. LUIZ FUX, DATA DE JULGAMENTO: 02/04/2014, TRIBUNAL PLENO, DATA DE PUBLICAÇÃO: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-184 DIVULG 22-09-2014 PUBLIC 23-09-2014; grifou-se)

É importante salientar que a teoria do fato consumado é de aplicação excepcional, de forma que deve ser adotada *cum grano salis* para que não sirva de subterfúgio para atribuir direitos a determinados

indivíduos diante de situações de flagrante inconstitucionalidade apenas pela demora de atuação dos órgãos de controle ou do próprio poder judiciário.

Nessas circunstâncias, diante da inobservância aos princípios da isonomia e da impessoalidade, a admissão pode ser caracterizada como um ato nulo, conforme a jurisprudência dos tribunais superiores:

EMENTA: Recurso Extraordinário. Ato de presidente de tribunal de justiça. Afastamento de serventia extrajudicial. Ingresso após a constituição federal de 1988. Necessidade de aprovação em concurso público. Afastamento que prescinde de prévio procedimento administrativo. Precedentes. 1. A discussão acerca da legitimidade ou não do presidente de tribunal de justiça para afastar serventuário cartorário se insere no âmbito infraconstitucional. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que é imprescindível prévia aprovação em concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro após a promulgação da constituição federal de 1988. 3. Dispositivos da constituição do estado de santa catarina que mantinham serventuários no cargo sem aprovação em concurso público foram declarados inconstitucionais por esta corte (adis 363 e 1.573), de modo que o afastamento do cargo prescinde da instauração de prévio procedimento administrativo. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 355856, Relator(A): Min. Marco Aurélio, Relator(A) P/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado Em 06/05/2014, Acórdão Eletrônico Dje-124 Divulg 25-06-2014 Public 27-06-2014; grifou-se)

EMENTA: Direito Constitucional e Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Estabilidade

Excepcional para Servidores Públicos Civis Não Concursados. Impossibilidade de Extensão a Empregados de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Precedentes. 1. A Constituição Federal de 1988 exige que a investidura em cargos ou empregos públicos dependa de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista na lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF/88). 2. O constituinte originário inseriu norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores públicos civis não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, que contassem com pelo menos cinco anos ininterruptos de serviço público (art. 19 do ADCT), não estando incluídos na estabilidade os empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas. 3. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção prevista no art. 19 do ADCT a empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido: ADI 498, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 2.689, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie; ADI 100, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie; ADI 125, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, entre outros. 4. Ação direta de inconstitucionalidade procedente. (ADI 1301, Relator(A): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, Julgado Em 03/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016; grifou-se)

no tocante à dicotomia entre o que se entende por atividade-meio e atividade-fim, o Excelso Pretório, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ainda irá discutir o mérito da fixação de parâmetros para a identificação do que representa a atividade-fim de um empreendimento, do ponto de vista da possibilidade de terceirização. ^[4]

3. (IN)APLICABILIDADE DA LEI 13.429/17 NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No tocante ao surgimento da subdivisão em atividade-meio e atividade-fim no âmbito da Administração Pública, a análise do recurso de reconsideração por parte do Tribunal de Contas da União (TC 032.202/2010-5 – 1ª Câmara) tratou de modo didático acerca da matéria, motivo pelo qual transcreve-se o seguinte excerto:

40. No âmbito da administração pública, [a terceirização] é permitida com base no artigo 37, inciso XXI, da Constituição, observadas as normas da Lei 8.666/1993. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, inciso VIII, e 10 dessa lei, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 343).

41. Entretanto, não é qualquer atividade que pode ser terceirizada pela administração pública. O decreto-lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, em seu artigo 10, §7º, já previa a possibilidade de terceirização para as tarefas executivas:

§ 7º para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento

desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

42.A Constituição Federal de 1988, ademais, prevê a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (artigo 37, inciso II): (...)

43. A Carta Magna, em adição, determina que a administração pública de qualquer dos poderes e entes federados deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, **caput**).

44. Dessa forma, a terceirização de atividades afetas à área-fim de um órgão ou entidade ou que estejam incluídas nas atribuições de seus cargos ou empregos públicos representa uma burla à obrigatoriedade de realização de concurso público, em clara afronta aos princípios constantes do **caput**, do artigo 37, da carta política.

45. Buscando coibir a terceirização irregular, o chefe do poder executivo federal editou o decreto 2.271/1997, dispondo sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que, logo em seu artigo 1º, disciplina quais atividades podem ser terceirizadas:

Art. 1º no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias,

instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

46. Essa norma regulamentar veda, portanto, a terceirização das atividades que correspondem à área de competência legal do órgão ou entidade e daquelas abrangidas pelo plano de cargos do órgão, salvo, neste caso, expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo em extinção. As demais atividades, chamadas de acessórias, instrumentais ou complementares, poderão ser objeto de execução indireta.

47. Para as empresas estatais, apesar da falta de regulamentação, esta corte de contas aplica analogicamente o disposto no decreto 2.271/1997, a exemplo dos acórdãos 3.566/2008 – segunda câmara, 215/2008 – plenário, 1.141/2011 – primeira câmara e 2.132/2010 – plenário.

Nesse sentido, tem-se que a contratação, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no

art. 37, II da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal. Ainda que a contratação seja para fins de desenvolvimento de atividade-meio no âmbito da Administração Pública, mostra-se necessária a realização de procedimento licitatório a fim de garantir a impessoalidade e a eficiência, sob pena de configurar burla ao art. 37, XXI, do texto constitucional.

Acerca da (in)aplicabilidade da terceirização com o advento da Lei 13.429/17, publicada em 31 de março de 2017, no âmbito da Administração Pública, tem-se que a controvérsia, em âmbito doutrinário, dá-se por conta da redação do art. 5º-A, a qual dispõe:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

Assim, a corrente que vislumbra a possibilidade de terceirização de atividade-fim das estatais se fundamenta tão somente por considerar, em princípio, que qualquer um poderá contratar mediante terceirização, inclusive o Estado, uma vez que a lei não veda expressamente tal hipótese.

Noutro giro, a corrente doutrinária majoritária defende que qualquer interpretação em tal sentido seria de inconstitucionalidade evidente, tendo em vista que implicaria na esdrúxula hipótese de lei infraconstitucional negando vigência à norma de *status* constitucional, qual seja o art. 37, II, cujo ingresso no serviço público exige a realização de concurso público e, nesse aspecto, não diferencia a administração direta, autárquica e fundacional das empresas estatais.

No que concerne à referida lei, a interpretação mais consentânea com o texto constitucional, parece ser no sentido de que não se trata sequer de inconstitucionalidade sem redução de texto, mas de verdadeira inaplicabilidade no tocante à terceirização nos casos de atividade-fim para a administração pública, tanto direta quanto indireta.

Isso porque a referida hipótese não parece se tratar, propriamente, de lacuna da legislação, mas de verdadeiro silêncio

eloquente. Tendo em vista que a Constituição Federal é hierarquicamente superior à legislação ordinária, seja na forma quanto no seu conteúdo, as disposições da nova lei do trabalho temporário e terceirizado não excluirá a necessidade de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

Vale ressaltar que o projeto de lei nº 4.330/2004^[5], que foi aprovado na câmara dos deputados em 2015, mas que aguarda votação pelo senado federal, exclui expressamente a administração direta, autárquica e fundacional da lei de terceirização. Ocorre que a Lei nº 13.429/2017, além de ser silente quanto ao assunto, possui como foco a nova disciplina jurídica da regulamentação do trabalho temporário e da terceirização das empresas no setor privado. Portanto, o referido diploma não foi criado para aplicação no âmbito da administração pública, de modo que se poderia inferir que sequer as estatais – no tocante ao ingresso em seus quadros diante do comando do art. 37, II, da CF/88 – não se equiparam às empresas privadas neste aspecto.^[6]

Entender de modo contrário implicaria em subverter o princípio da legalidade no âmbito da administração pública, tendo em vista que sua atuação deve se dar nos exatos limites da lei, diferentemente das relações privadas, em que é permitido fazer tudo que a norma não proíbe.

A necessidade de tratativa na lei quanto à integralidade das situações vedadas e, mais ainda, quando a necessidade de concurso público advém do próprio texto constitucional, mostra-se como situação surreal cuja interpretação, não parece a mais adequada. Tal modo de entender acabaria por resultar no contrassenso no qual uma norma infraconstitucional, e ainda de forma omissiva, ir de encontro a um mandamento constitucional autônomo e autoaplicável.

Dessa forma, o fato do referido diploma não ter abordado a totalidade das vedações quanto ao alcance de sua abrangência – principalmente diante do seu escopo em regulamentar as relações privadas – não implica em afastar norma de envergadura constitucional e de eficácia plena quanto ao princípio do concurso público, mas resulta, em

verdade, em inexistência de aplicabilidade da lei 13.429/17 quanto a terceirização da atividade-fim das estatais.

Assim, mesmo após o advento da lei 13.429/17, a dicotomia em atividade-meio e atividade-fim no âmbito da administração pública – incluindo, portanto, as estatais – ainda persiste no que diz respeito à exigência, no tocante à atividade-fim, na necessidade de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos. Nesse sentido, em que pese o decreto-lei 200/67 e o decreto federal 2.271/97 serem aplicáveis apenas na esfera federal, suas disposições podem servir de diretriz, na falta de regulamentação em âmbito estadual ou municipal, acerca da abrangência do conceito de atividade-meio ou atividade-fim.

CONCLUSÃO

A Lei 13.429/2017, cujo principal intuito parecia ser oferecer segurança jurídica a assuntos carentes de regulamentação, não alcançou seu objetivo. O referido diploma legal, conforme exposto, é omissivo, impreciso e acabou por acarretar polêmicas em diversos pontos.

Constata-se que a dicotomia entre o que se entende por atividade-meio e atividade-fim ainda não foi solucionado, uma vez que a lei foi omissiva nesse aspecto, bem como o texto constitucional não diferencia o ingresso nos quadros da Administração Pública por meio de concurso público no tocante à Administração Direta, Autárquica e Fundacional das empresas estatais.

Consoante o exposto, apesar da interpretação que parece ser a mais adequada ser no sentido de que o advento da Lei 13.429/2017 não possui o condão de afastar o princípio do concurso público para fins de desenvolvimento da atividade-fim na máquina pública, parece previsível que até o momento em que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho se posicionarem de forma estável, íntegra e coerente acerca da matéria, serão gerados profundos debates doutrinários, decisões judiciais conflitantes e, sobretudo, considerável insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em 30 de julho de 2017.

BRASIL. [Decreto-Lei N.º 5.452, DE 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. > Acesso em 30 de julho de 2017.

BRASIL. [Lei Nº 6.019, de 3 de Janeiro de 1974](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm). Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm> Acesso em 30 de julho de 2017.

BRASIL. [Lei Nº 13.429, de 31 de março de 2017](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm). Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em 30 de julho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Súmula 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade**. DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html > Acesso em 30 de julho de 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição**. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho – 7ª Edição**. Ed. Saraiva, p. 457.

Repercussão geral: STF discutirá conceito de atividade-fim em casos de terceirização <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267100>> Acesso em 20.07.2017>

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

Terceirização e Trabalho Temporário (Lei nº 13.429/2017) Disponível em: Acesso em 30 de julho de 2017.

NOTAS:

[1] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1994, p. 236-243.

[2] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 10ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 426.

[3] MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho – 7ª Edição. Ed. Saraiva, p. 457.

[4]<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267100>

[5] Ementa: Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

[6] Henrique Correia. Procurador do Trabalho. Atualização Legislativa Direito do Trabalho.

DA CAPACIDADE PROCESSUAL DAS PESSOAS CASADAS Á LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

BARBARA LINS TRAVASSOS SARINHO:
Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduada em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo abordar o tema sobre a Capacidade Processual das Pessoas Casadas e o dispositivo que o regulamenta no Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Capacidade processual das pessoas casadas. Regime de Separação absoluta de bens. União estável.

INTRODUÇÃO

No que tange à capacidade processual das pessoas casadas, o Novo Código de Processo Civil foi ajustado em conformidade com o Código Civil de 2002.

Isso porque, por muito tempo, o regramento do Código de 1973 era um reflexo do Código Civil de 1916 e se encontrava, pois, defasado em relação ao Código Civil de 2002.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART 73 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Novo CPC, em seu art. 73, prevê que “o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens”.

Agora, o ordenamento deixa claro sobre a necessidade de consentimento do cônjuge para propositura de ação sobre direito real imobiliário.

Porém, diante da nova redação, a doutrina levanta o questionamento sobre a possibilidade da ressalva do dispositivo se aplicar igualmente ao regime de separação absoluta convencional e legal.

2.DA APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO AO CASAMENTO COM REGIME DE SEPARAÇÃO ABSOLUTA DE BENS

Alguns doutrinadores entendem que essa ressalva só se aplica a separação convencional, pois se entende que na separação legal o patrimônio constituído após o casamento se comunica e, por isso, faz-se mister o consentimento, com base no que dispõe a Súmula 377 do STF: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Assim, a súmula, apesar de não ter efeito vinculante, é parâmetro para o julgamento de casos análogos, a fim de promover a uniformidade entre as decisões.

Porém, esse posicionamento do STF ainda gera insatisfação por muitos, que afirmam ser necessária à sua aplicabilidade a comprovação de que o nubente contribuiu para a aquisição dos bens adquiridos na constância do matrimônio.

A discussão ocorre porque, para alguns, a súmula promove o enriquecimento ilícito quando permite a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento sem, contudo, fazer qualquer ressalva da necessidade de se provar o esforço comum.

Diante deste cenário a jurisprudência tem entrado em divergência acerca do tema, existindo julgados que exigem a comprovação do esforço comum e outros que não a exigem. Vejamos:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO E PARTILHA DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO ATACADA EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO ESPOSADO

PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REAVALIAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS. PRONUNCIAMENTO SUFICIENTE DO TRIBUNAL A QUO SOBRE A CONTROVÉRSIA. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPROVIMENTO. I - Não há que se falar em violação a dispositivos de lei federal quando todas as questões postas a debate foram analisadas e decididas pelo Tribunal a quo, ainda que de maneira contrária aos interesses da recorrente. II - **Conforme a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no STJ, no regime da separação legal de bens, comunicar-se-ão aqueles adquiridos na constância do casamento. Inteligência da súmula 377/STF.** III - Aplicam-se os verbetes sumulares n.º 7 e 83 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso reclama a análise de elementos fático-probatórios analisados ao longo da demanda, bem como na hipótese da decisão agravada se coadunar com a jurisprudência desta Corte. IV - O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida na íntegra. V - Agravo regimental improvido”.^[1] (Grifei).

“DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), **ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se**

seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. [2] (Grifei).

Vê-se, portanto, que as divergências são grandes e confusas e todas com respaldo na redação da Súmula 377 do STF.

O certo é que a necessidade de garantir a proteção dos bens particulares do cônjuge é a essência do regime de separação legal idealizado pelo legislador.

Nesse contexto, posiciono-me a favor da aplicabilidade da súmula com a ressalva de que os bens devem se comunicar quando comprovado o esforço comum. Isso porque, do contrário, o regime da separação absoluta legal se assemelharia ao regime de comunhão parcial de bens.

3.DA ADEQUAÇÃO DO DISPOSITIVO À REALIDADE CONSTITUCIONAL E SOCIAL

Outra inovação do Código de Processo Civil está no inciso III, do art. 73. Observa-se que o dispositivo substitui a palavra “marido” por “um dos cônjuges”, adaptando-se à CF que consagra a igualdade entre homens e mulheres.

Trata-se de uma conquista das mobilizações efetivas que inaugurou a pós-modernidade jurídica. Adequa-se, portanto, à realidade constitucional e social em que não se cabe mais a visão patriarcal do homem como o gestor do casamento; uma regra obsoleta que precisava ser modificada.

4.DA APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO AOS CASOS DE UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA

Uma novidade polêmica diz respeito à possibilidade de aplicação do art. 73 aos casos de união estável comprovada nos autos. Prevê o seu § 3º que “aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.”

Trata-se de uma regra que, a meu ver, deve ser interpretada com cautela.

Isso porque a união estável se caracteriza, sobretudo, pela sua informalidade e a alteração do estado civil, quase sempre, não ocorre.

A dificuldade em conhecer se uma pessoa vive em união estável persiste até mesmo nos casos em que há um contrato de união estável firmado pelos companheiros, pois não torna a existência do vínculo notória para um terceiro.

Além do mais, um terceiro não tem como saber se no dia da propositura de eventual ação a parte contrária vivia em união estável e haveria, portanto, a necessidade de se postular o consentimento do companheiro.

Na verdade, na maioria das vezes, nem mesmo as pessoas que vivem em união estável sabem disso ou, quando sabem, não conhecem o seu termo inicial.

O dispositivo traz, portanto, uma redação que, na prática, pode se tornar temerária.

Como exemplo, pode-se citar um caso em que é realizada penhora de um bem de pessoa não casada e, tempos depois, surge um terceiro postulando a anulação de arrematação do imóvel por ausência de intimação do companheiro que nem se tinha conhecimento da existência.

Ora, é plenamente possível um terceiro aparecer com um contrato de união estável com data retroativa, já que se trata de documento que não precisa de registro.

Portanto, é imprescindível definir como deve ser a comprovação da união estável: de que modo e quando.

A melhor interpretação, com o intuito de minimizar os problemas, é o de que a comprovação exigida por lei deve ser entendida como o

documento averbado no Registro Civil, tal como regulamentado pelo CNJ.^[3]

Assim, o §3º do art 73 só seria aplicado em caso de alteração do estado civil para companheiro, porque aí sim teria eficácia para terceiros. Só desta forma passaria a ser possível o controle. Interpretação contrária pode, inclusive, dar margem à fraude para anulação de arrematação de bem imóvel de quem não é casado e não se poderia ter o conhecimento de que vivia em união estável.

É a interpretação mais razoável para não comprometer a segurança jurídica e os direitos de terceiros.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretende tão somente tecer algumas considerações que reputo importantes sobre o art 73 do Código de Processo Civil de 2015, que trata da capacidade processual das pessoas casadas, um tema que apresenta algumas divergências e, certamente, será objeto de estudo pela doutrina nos próximos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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/l13105.htm. Acesso em: 02 de junho de 2016.

BRASIL, Provimento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ - nº 37 de 07/07/2014. Fonte: DJE/CNJ nº 119, de 11/7/2014, p.23-24. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2043>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ – AGRAVO REGIMENTAL AgRg no Ag: 1119556 PR 2008/0250779-4. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15262136/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-....>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ – RECURSO ESPECIAL
REsp: 646259 RS 2004/0032153-9. Disponível
em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827288/recurso-especial- resp-646259-rs-2004-0032153-9>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 17ª ed.
Salvador : Jus Podivm, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC: inovações, alterações
e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015.

SIMÃO, José Fernando. *O Regime da separação absoluta de bens
(CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?* São Paulo, Sítio
Professor Simão. Disponível
em: [http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.h
tml](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html)>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

NOTAS:

[1] STJ - AgRg no Ag: 1119556 PR 2008/0250779-4, Data de
Publicação: DJe 28/06/2010.

[2] STJ - REsp: 646259 RS 2004/0032153-9, Data de Publicação: DJe
24/08/2010.

[3] Provimento nº 37 de 07/07/2014. Fonte: DJE/CNJ nº 119, de
11/7/2014, p.23-24. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/atos-
normativos?documento=2043](http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2043). Acesso em: 05 de junho de 2016.

REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

DANIEL MOREIRA: Nagel & Ryzeweski
Advogados. www.nageladvocacia.com.br

Apesar da Constituição Federal reger princípios para tratamento diferenciado a pequenas e médias empresas no Brasil e, em 2006, ter criado o Estatuto da Microempresa e da Empresa de pequena de pequeno porte, por meio da Lei Complementar nº 123, nunca, na prática, houve grandes favorecimentos ou estímulos consideráveis a esta categoria de empresas.

Neste período, embora muitas empresas deste tipo tenham sido abertas diariamente e sejam consideradas peças cada vez mais importantes na engrenagem da economia e geração de empregos, muito pouco se evoluiu para a criação de modalidades laborais e ajustes na relação entre empregado e empregador, tendo em vista vários princípios do direito do trabalho que protegem o trabalhador. Mesmo os acordos informais e a flexibilidade nos horários e pagamentos feito entre eles acabam, posteriormente, em processos na justiça por ferir tais princípios. Desta forma, evidencia-se que muito pouco se evoluiu.

As pequenas e médias empresas necessitam de estímulos mais expressivos para seu desenvolvimento, contudo, mesmo com várias críticas a Reforma Trabalhista, ela traz, mesmo timidamente, alguns pontos que demonstram claramente a ideia de tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas.

Cito como exemplos a redução da multa por manter empregados não registrados para R\$ 800,00, enquanto que para grandes empresas é de 3.000,00; e a redução do valor do depósito para recurso em processo trabalhista que caiu para a metade quando for pequena empresa.

Ainda neste aspecto da Justiça do Trabalho, mudanças importantes trazem um novo prisma mais justo e equilibrado, como, por exemplo: a partir de agora, o trabalhador que não comparecer à audiência perderá o processo e, perdendo a ação trabalhista, arcará com

seus custos, inclusive honorários do advogado da empresa e os peritos judiciais.

Além disso, está prevista multa de até 10% do valor da causa para quem agir de má-fé, alterando as verdades dos fatos e, ainda, a rescisão contratual, mesmo com mais de um ano de CTPS assinada, poderá ser feita na empresa e, depois de assinada a rescisão e recebido os valores, não poderá mais questioná-la na justiça.

Mesmo que essas reformas na legislação trabalhista não tenham conquistado unanimidade em sua aceitação, tais alterações significam um passo importante para o desenvolvimento e geração de empregos.

ABATE E MAUS TRATOS AOS ANIMAIS

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Um boi, um porco ou uma galinha a caminho do seu abate estariam fora da regra mater de não submissão de animais a crueldade inscrita no Art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal de 1988?

Noutras palavras, o abate ou a sua iminência, se constituiria em hipótese justificadora da prática de ato de crueldade, de qualquer natureza –, contra o animal antes de seu abatimento?

A cada dia multiplicam-se nas redes sociais vídeos amadores que revelam o grande flagelo e crueldade impingidos a diversas espécies de animais a caminho do abate, notadamente quando do transporte desses animais ao abatedouro.

Nesses vídeos pode-se ver que animais são acondicionados, não raras vezes, em ambientes apertados, com pouca ou nenhuma ventilação, sujeitos a temperaturas quase insuportáveis, algumas vezes empilhados uns contra os outros ou acomodados em pequenas jaulas, sem água e comida, entre outras sujeições que podem ser classificadas, sim, como cruéis para qualquer ser vivo.

Acontece que a Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ser, veda expressamente toda e qualquer submissão de animais à crueldade, sem fazer qualquer distinção espacial, temporal ou de espécie.

Não permite, assim, o Art. 225, §1º, VII, da Constituição, que por motivo relacionado à exploração de atividade econômica possa o animal ser submetido a qualquer ato de crueldade mesmo antes de seu abate.

Do pasto, do chiqueiro, do galinheiro ao abatedouro, não poderá o animal ser submetido a crueldade, sob pena de violação da regra constitucional. O próprio abate em si deverá ser isento de causação de sofrimento ao animal.

O Congresso Nacional brasileiro deve criar mecanismos legais para efetiva e integral aplicação do Art. 225, §1º, VII, da Constituição, para tutela e proteção dos animais sujeitos a abate, em qualquer etapa da atividade econômica, contra ato de crueldade dentro do território nacional.

A sociedade em geral clama pelo fim da crueldade praticada contra animais a caminho do abate. Cenas lamentáveis de torturas, suplícios e tormentos devem ter um fim.

O que a Constituição Federal vigente tolera é o abate sem submissão do animal a quaisquer atos de crueldade. As Comissões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com a participação popular e de entidades ambientais e empresariais, devem discutir a elaboração de lei que garanta a vida e o desenvolvimento do animal criado para abate livre de crueldade, em qualquer etapa do processo produtivo. A morte indolor, imperceptível e serena do animal é uma determinação constitucional, que merece regramento legal mínimo para garantia de sua aplicabilidade prática.

O mesmo raciocínio deve se aplicar à indústria de laticínio aonde não praticado o abate. O animal serviente à indústria do leite também se circunscreve ao comando protetivo do Art. 225, §1º, VII, da Constituição, não podendo ser alvo de qualquer ato de crueldade.

A Lei Federal nº 9.605, de 1998, ao tipificar o crime de maus tratos aos animais, refere-se expressamente a animais “silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”, o que parece deixar de fora da proteção legal incriminadora os animais utilizados em larga escala em muitas atividades como a produção de carne e de leite, diante da imprecisão de seu Art. 32.

Bom seria se o Art. 32 da Lei nº 9.605/98 empregasse apenas a expressão “animais”, deixando de lado qualquer classificação ou distinção entre os seres sencientes.

Sempre oportuno assegurar que, dentro da regra da hierarquia das normas, a sugerida omissão da Lei nº 9.605/98 não possui evidentemente o condão de sustar a eficácia do Art. 225, §1º, VII, da Constituição.

A Instrução Normativa nº 12, de 11 de Maio de 2017, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento estabelece normas para o credenciamento de entidades para realizar o treinamento em manejo pré-abate e abate de animais com fins de capacitar e emitir o certificado de aptidão dos responsáveis pelo abate humanitário nos estabelecimentos de abate para fins comerciais.

No que interessa, preconiza a Instrução Normativa nº 12/2017:

“Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa, entende-se por:

I – procedimento de abate humanitário: o conjunto de diretrizes técnicas e científicas que garantem o bem-estar do animal desde o embarque na propriedade de origem até a sua morte;

...

Art. 3º Toda entidade interessada em ministrar treinamento em manejo pré-abate e abate de animais para fins de emissão de certificado de aptidão dos responsáveis pelo abate humanitário nos estabelecimentos de abate registrado em serviço veterinário oficial deve ser credenciada junto ao MAPA.

Parágrafo único. Não pode ser credenciada junto ao MAPA entidades cujas atividades comerciais envolvam o abate de animais.

...

Art. 8º As entidades interessadas no credenciamento devem dispor de uma equipe

multidisciplinar composta por coordenador técnico graduado em Medicina Veterinária, Zootecnia, ou Biologia, com 5 (cinco) anos de experiência prática, ou, por coordenador técnico com formação acadêmica nas referidas áreas, pós-graduado em BemEstar Animal e com 2 (dois) anos de experiência prática.

Parágrafo único. O treinamento pode ser ministrado por uma equipe multidisciplinar capacitada em curso de bem-estar animal e com experiência prática mínima comprovada de 2 (dois) anos no manejo pré-abate e abate para a espécie animal, sob a orientação de um coordenador técnico, na forma prevista no caput deste artigo”.

A Instrução Normativa nº 12/2017 ao criar regras para o credenciamento de entidades para realizar o treinamento em manejo pré-abate e abate de animais para emissão de certificados de aptidão para abate humanitário é um bom começo, mas não substitui a segurança jurídica e o completo disciplinamento da matéria que só se dará com a edição de lei ordinária federal.

Lei federal deverá criar um microsistema de proteção dos animais contra ato de crueldade em qualquer etapa da atividade produtiva, de modo a criar normas de proteção e defesa dos animais, de ordem pública e interesse social.

Em sede processual, deve-se criar mecanismos legais para a tutela cautelar e de urgência em favor de animais submetidos a ato de crueldade em qualquer etapa da atividade produtiva, possibilitando ao juiz que a requerimento de qualquer interessado cesse os maus tratos praticados, responsabilizando-se todos os envolvidos no ilícito.

Como se vê, urge que o Congresso Nacional se posicione sobre o tema, editando lei que faça cessar qualquer ato de crueldade contra o animal utilizado na produção de carne e leite no território nacional, legitimando o indivíduo, associações, entidades e instituições públicas e

privadas para a promoção da supremacia da Constituição em defesa da causa animal.

A PRECLUSÃO DA ARGUIÇÃO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA COMO DESDOBRAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA

LORENA ARAÚJO DE OLIVEIRA: Procuradora Federal (AGU), Especialista em Advocacia Pública e Direito Público.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo a análise do fenômeno da preclusão em relação às matérias de ordem pública. Fenômeno esse que traduz a essência da segurança jurídica e o direito à não eternização da lide. O estudo ainda identifica a evolução do instituto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Preclusão. Matérias de ordem pública. Segurança Jurídica.

Abstract: This work has the objective of analyzing the phenomenon of estoppel, in its consumative aspect, of matters of public order. This phenomenon reflects the essence of legal certainty and the right to non-eternalization of the dispute. The study also identifies the evolution of the institute in the jurisprudence of the Superior Court of Justice.

Keywords: Preclusion. Matters of public order. Legal Security.

Sumário: Introdução. 1. O fenômeno da preclusão 2. A preclusão aplicada às matérias de ordem pública. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da preclusão é tema dos mais relevantes no direito processual civil, sendo fundamental para o impulso do processo e a boa estruturação do procedimento, impedindo a repetição de atos ou mesmo o retorno a fases processuais já exauridas. Possui previsão expressa na legislação processual civil há tempos, e manteve-se com tal prestígio com o advento no novo Código de Processo Civil.

Diante de tamanha importância, a preclusão merece um estudo apurado, e o presente artigo se propõe a investigar os contornos do instituto, com especial destaque ao confronto da preclusão com as

matérias de ordem pública, cuja alegação é permitida ao longo de diversas fases do procedimento

.A abordagem da preclusão das matérias de ordem pública vai ao encontro do movimento processual que vem criando mecanismos para dar cada vez mais efetividade ao direito constitucional à duração razoável dos processos, e, principalmente, conferindo eficácia à segurança jurídica.

Para tanto, primeiramente será abordado o conceito de preclusão, bem como sua respectiva previsão no Novo Código de Processo Civil, sua função no processo, e em seguida passando ao enfrentamento do tema central, que é o confronto da preclusão com as alegações de matérias de ordem pública.

1 O FENÔMENO DA PRECLUSÃO – CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

Partindo da premissa conceitual clássica, o jurista Chiovenda define a preclusão em uma perda de um poder processual ou da possibilidade de rediscutir ou rejulgar questões. Isto é, revela-se uma espécie de estabilidade processual, e, conseqüentemente, um fenômeno essencial durante o trâmite do processo, que merece ser linear com a razoável duração.

Essa visão conceitual clássica, contudo, encontra-se ultrapassada pela hodierna doutrina e jurisprudência brasileiras. Isto porque o conceito de preclusão não pode se limitar aos atos das partes, deve ser estendida também aos juízes no decorrer do processo. Nesse ponto vale destacar a previsão no Código de Processo Civil de 2015, art. 507, *in fine*:

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Hodiernamente a preclusão é definida como a extinção de situações processuais, englobando qualquer sujeito, partes ou juiz, embora o art. 507 somente mencione que às partes é vedada a rediscussão. Nesse ponto,

merece destaque a recente previsão legal no Novo Código de Processo Civil, a título de exemplo, o art. 494, o qual prevê a preclusão direcionada ao juiz.

Cumpra ressaltar que uma das principais consequências da preclusão é a “irreversibilidade tendencial” do procedimento, isto é, a promoção da estabilização de situações processuais, o que contribui para o desenvolvimento ordenado do processo pautado na segurança jurídica com o fito de assegurar a sua razoável duração.

Infere-se que essa previsão expressa na legislação processual visa combater que juízes revejam suas decisões a qualquer tempo, na mesma instância, sem que haja um incremento cognitivo para tal, bem como evitar que em instâncias subsequentes as partes, que não tenham utilizado de instrumentos recursais, atravessem petição suscitando matérias preclusas e assim reconhecidas pelas instâncias iniciais.

Nos dizeres do renomado processualista Fredie Didier Júnior^[1]:

Preclusão é técnica processual que favorece a duração razoável do processo e a segurança jurídica. A preclusão também serve para efetivar o princípio da boa-fé, pois protege a confiança na estabilidade da relação processual. É, pois, técnica que está em total conformidade com a intenção de aprimoramento da legislação processual e com o princípio do devido processo legal, que estrutura o modelo de processo civil brasileiro.

Nessa esteira, a doutrina tradicional, capitaneada por Chiovenda, elenca três espécies de preclusão, são elas: temporal, consumativa e lógica.

Essas espécies assim foram definidas em razão dos motivos que geram a preclusão. A preclusão temporal é motivada pelo decurso do tempo com previsão no art. 223 do NCPC; já a preclusão consumativa é motivada pelo fato de já ter sido exercida aquela conduta específica, com

previsão no art. 200 e 507 do NCPC; por fim, a preclusão lógica é motivada pela incompatibilidade do ato com o exercício de ato anterior, isto é, essa última espécie de preclusão advém do instituto do venire contra factum proprium, com previsão no art. 1.000 do NCPC.

2 A PRECLUSÃO APLICADA ÀS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Sob a ótica da boa-fé processual, como desdobramento do devido processo legal, agregada à confiabilidade no dever processual de uma coesa condução processual, entendemos que a preclusão, em sua vertente consumativa, merece ser aplicada às matérias de ordem pública já arguidas e devidamente decididas no curso do processo.

Dessa forma, deve-se enxergar com as devidas ressalvas a afirmação de que as questões de ordem pública podem ser alegadas em qualquer tempo ou grau de jurisdição, uma vez que, decidida a questão, preclui para as partes a rediscussão da matéria, bem como para o juiz a possibilidade de reanálise da mesma, sob pena de crassa ofensa à segurança jurídica e a boa-fé processual.

Em homenagem à didática pensemos no seguinte caso concreto: O autor “K” ajuíza uma demanda com o fito de obter a substituição de sua garantia em um contrato imobiliário, contrato esse em que o autor “K” é devedor de parcelas remanescentes. Em síntese, o autor visa substituir a garantia de hipoteca por depósito judicial. Narra o autor, em sua exordial, que é devedor do réu “I”, inclusive enumera as parcelas e destaca valores, ou seja, confessa judicialmente um débito para com o réu “I”.

Durante o trâmite desse processo judicial de substituição de garantia, o réu “I” ajuíza uma ação de execução em face do autor “K”, que visa, em síntese, executar os valores inadimplidos pelo autor “K” no supracitado contrato imobiliário.

Veja, são duas ações distintas em momentos distintos.

No decorrer do processo judicial de substituição de garantia de hipoteca por depósito judicial, o autor “K” alega prescrição – matéria de

ordem pública - de suas parcelas inadimplidas, leia-se, já confessadas em sua exordial.

Ato subsequente é a sentença proferida nos autos desse processo no sentido de julgar procedente a substituição da garantia por depósito judicial. No tocante à matéria de prescrição das parcelas inadimplidas pelo autor “K”, explanou o juiz que, embora a matéria não tenha sido alegada inicialmente pela parte em sua exordial, por se tratar de matéria de ordem pública, entendeu por julgá-la em sua sentença e corretamente a rechaçou sob o fundamento da ocorrência do fenômeno da preclusão lógica. Isso porque o autor “K”, ao alegar a prescrição após o saneamento do feito, leia-se, após o ajuizamento da ação de execução pelo réu “I”, teve um comportamento incompatível com o exercício de seu ato anterior, qual seja, o ajuizamento da ação em que confessa ter a dívida com o réu “I” e visa somente a substituição da garantia.

Nitidamente o autor “K” formulou a alegação de prescrição (de uma dívida que outrora reconheceu como legítima e exigível) como “contra-ataque” à demanda executiva ajuizada pelo réu “I”, razão pela qual se mostra irretocável o comando sentencial que considerou preclusa a alegação da matéria de ordem pública.

No mesmo caso, pensemos na seguinte situação: ao proferir a sentença, o magistrado analisa de forma detida a questão e julga que não há que se falar em prescrição. As partes recorrem de outras matérias, nada tendo sido veiculado acerca da prescrição. Sobrevém o Acórdão do Tribunal, que nega provimento aos recursos. Suponhamos que o autor “K”, em sede de Recurso Especial, visa rediscutir a questão da prescrição já decidida pela primeira instância. Deve o Tribunal Superior julgar a questão, em virtude de se tratar de matéria de ordem pública?

Entendemos que não, pois se esbarra novamente na preclusão, desta vez em sua espécie consumativa. Como em sede de sentença, o magistrado de primeiro grau enfrentou a matéria e não houve recurso das partes especificamente sobre este ponto, deu-se o trânsito em julgado, sendo defeso às partes rediscutir a matéria posteriormente em recursos

extraordinários, sob pena de violação à segurança jurídica, à boa-fé processual e à coisa julgada.

Vimos, portanto, duas situações em um mesmo caso concreto em que a alegação de matéria de ordem pública (prescrição) esbarra na preclusão, seja ela lógica ou consumativa.

Corroborando o entendimento acima, asseveram os eminentes doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (p. 1308):

Por outro lado, mesmo para as “matérias de ordem pública”, tem-se entendido que estas podem ser atingidas pela preclusão consumativa, não podendo ser alegadas pelas partes sucessivas vezes (o que pode configurar abuso de direitos processuais) nem revistas pelo juízo, na mesma instância, sem alterações fáticas ou jurídicas que permitam uma nova cognição (STF, Ap 470-MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012, dje 22.04.2013)

(...) Também entendemos que as matérias de ordem pública podem ser atingidas pela preclusão lógica(...)

Nessa esteira, vale transcrever dois julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior da legislação processual civil, que ratificam o entendimento de que a preclusão tem o condão de atingir as matérias de ordem pública:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.
AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL.
INCLUSÃO DE EMPRESA SUCESSORA NO POLO
PASSIVO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA.
LEGITIMIDADE PASSIVA. COISA JULGADA.
PRECLUSÃO.

1. Não obstante as matérias de ordem pública possam ser apreciadas a qualquer momento nas instâncias ordinárias, a existência de anterior decisão sobre a mesma questão, quais sejam, as teses afetas à ilegitimidade passiva, impede a sua reapreciação, no caso, por existir o trânsito em julgado da mesma, estando assim preclusa sua revisão. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1424168/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 19/06/2017)

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015.
TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL.

FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO JUDICIAL. FALTA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA.

PRECLUSÃO.

1. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a tese defendida no recurso especial de que o "débito originário, que é o executado, diante da informação da própria recorrida, Fazenda Nacional, foi alterado por força de parcelamento efetivado, com pagamentos, amortizações e juros diferenciados, que não viera m aos autos, tornando ilíquidas as CDAs apresentadas", daí por que seria ilíquida a CDA que lastreia o executivo fiscal. Incidência da Súmula 282/STF.

2. Inviável analisar-se novamente a prescrição, ainda que se trate de matéria de ordem pública, quando reconhecida a existência de coisa julgada sobre o tema, ante a ocorrência da preclusão consumativa. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento

(AgInt no AREsp 1061148/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, por meio do presente trabalho, analisar a fenômeno da preclusão em confronto com as matérias de ordem pública.

Em respeito à boa-fé processual, consectário do devido processo legal, a preclusão visa, além de inibir a repetição de atos processuais já praticados ou a rediscussão de matérias já acobertadas pela garantia constitucional da coisa julgada, também combater que as partes ou o juiz atuem de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais.

Dessa forma, entende-se que a regra de que as matérias de ordem pública são passíveis de arguição em qualquer tempo ou grau de jurisdição não se reveste de caráter absoluto, visto que podem encontrar óbice na preclusão, na medida em que tal instituto protege as garantias constitucionais da segurança jurídica, da coisa julgada e da duração razoável dos processos, entendimento que cada vez mais ganha guarida na doutrina e na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores.

Sendo assim, a abordagem da preclusão das matérias de ordem pública vai ao encontro do movimento processual que vem criando mecanismos para dar cada vez mais efetividade ao direito constitucional à

duração razoável dos processos, e, principalmente, conferindo eficácia à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13^a ed. totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal. 13^a ed. Salvador. Editora Jus Podvim, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil comentado. 2^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel de Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, De acordo com as alterações da Lei 13.356/2016. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOTAS:

[1] <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-82/>

MULTIPARENTALIDADE: PREVALÊNCIA DE INTERESSES MERAMENTE PATRIMONIAIS?

ANA LUISA IMOLENI MIOLA: graduada em Direito, pela Universidade Estadual de Maringá-UEM, aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

RESUMO: Em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 622, no *leading case* RE n. 898.060/SC sob repercussão geral, na qual admitiu-se a multiparentalidade, isto é, a possibilidade de coexistência dos vínculos biológico e afetivo, sem que haja hierarquia entre eles, este artigo tem por escopo analisar as possíveis consequências patrimoniais. Isto porque a admissão de filiação biológica e socioafetiva, de forma concomitante, gera encargos decorrentes do poder familiar para ambos os pais, inclusive quanto ao direito aos alimentos e sucessórios, podendo o filho se beneficiar desta dupla proteção. Com isso, surge o questionamento se a decisão do STF não teria aberto espaço para demandas de reconhecimento de paternidade, baseadas em interesses exclusivamente patrimoniais.

Palavras-chave: multiparentalidade; direitos sucessórios; alimentos; paternidade responsável.

ABSTRACT: Due to the decision handed down by the Federal Supreme Court in Tema 622, in the leading case RE n. 898,060 / SC under general repercussions, in which multiparentality, that is, the possibility of coexistence of biological and affective bonds, without hierarchy among them, was considered. This article has the scope of analyzing the possible patrimonial consequences. This is because the admission of biological and socio-affective affiliation, concomitantly, generates burdens arising from family power for both parents, including the right to food and inheritance, and the child can benefit from this double protection. With this, the question arises whether the STF decision would not have opened space for paternity recognition demands, based.

Keywords: Multiparentality; Succession rights; foods; Parental responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Em setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu a multiparentalidade, no Tema 622, sob repercussão geral, cujo *leading case* é o Recurso Extraordinário n. 898.060/SC, de Relatoria do Ministro Luiz Fux.

Trata-se de decisão paradigmática, pois, ao acolher a possibilidade da coexistência de paternidade socioafetiva com a paternidade biológica, reconhece-se que não há prevalência do vínculo biológico em detrimento do afetivo, admitindo-se, finalmente, a importância do afeto nas relações familiares, alçando-o como valor jurídico.

Ao apreciar o tema, sob repercussão geral, o plenário do STF, por maioria dos votos, aprovou a seguinte tese: *“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”*.^[1]

Enfim, admite-se a existência de dois pais, ou duas mães, com todas as consequências jurídicas inerentes a uma paternidade, inclusive a incidência dos direitos sucessórios. Resta, finalmente, esclarecida a discussão doutrinária se eventual vínculo socioafetivo excluiria o genitor biológico de suas responsabilidades decorrentes do poder familiar.

Após a decisão, não demorou muito a surgirem vozes na doutrina alertando sobre as consequências e os reflexos que esta decisão do STF, ousada e necessária, teria nas relações familiares.

Dentre estes alertas, destaca-se, neste artigo, o receio de que a posição do STF possa gerar demandas mercenárias, baseadas em interesse puramente patrimonial, seja quanto ao direito aos alimentos, seja relativo aos direitos sucessórios.

Teria o STF “*aberto as portas do Judiciário para filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas*”?[2]

Em que pese se tratar de uma preocupação legítima, o Direito de Família não deve ficar engessado em razão deste receio, conforme se demonstrará a seguir.

2 DAS RAZÕES PARA O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Aborda-se, a seguir, alguns dos argumentos jurídicos a fundamentar o necessário e, diga-se de passagem, tardio do reconhecimento da multiparentalidade.

2.1 Dos novos contornos familiares e o reconhecimento do valor afeto

Com a evolução social, percebe-se a modificação na estrutura familiar brasileira, que passa a ter novos arranjos, à margem da figura clássica e estática do casamento entre homem e mulher.

A partir da Constituição Federal de 1988, o modelo de família matrimonializada e hierarquizada cede espaço à instituição familiar formada pelo vínculo afetivo, não importando a sua estrutura.

Em que pese os avanços trazidos pela Constituição Federal, irradiando os seus efeitos na legislação infraconstitucional, sobretudo com a despatrimonialização do Direito Civil, o legislador não consegue acompanhar as rápidas mudanças sociais.

Ressalta-se que a Carta Magna traz hipóteses meramente exemplificativas de modelos familiares, além da clássica formação pelo casamento, como a união estável (art. 226, §3º) e a família monoparental (art. 226, §4º).

Todavia, a inexistência de regulamentação acerca de todas as possibilidades de arranjos familiares não impede que novas formações, diversas do modelo tradicional, sejam protegidas pelo Direito.

Pelo contrário, conforme observa o Ministro Luiz Fux, “*É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente*”.^[3]

Reconhece-se, enfim, o valor jurídico do afeto, há muito já defendido pela doutrina.

É preciso, portanto, pensar a família sob uma concepção eudemonista. Nas palavras do Ministro Luiz Edson Fachin:

Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.^[4]

Nessa perspectiva, não pode mais haver prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo. Não há outra solução senão reconhecer a equivalência e a coexistência de ambos.

2.2 Da Dignidade da pessoa humana e a busca da felicidade

Acerca do tema, invoca-se ainda, a dignidade da pessoa humana, princípio meta-jurídico e fundamento do nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Immanuel Kant, na formulação do seu imperativo categórico, conclui que o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim.

É, pois, o indivíduo quem deve guiar a sua vida, sendo senhor do seu próprio destino, não podendo ser, em hipótese alguma, objeto das criações legislativas. Não se pode exigir que o indivíduo se encaixe em formulações e institutos pré-concebidos pelo legislador, sob pena de inadmissível objetificação daquele.

Trazendo o postulado para a seara do Direito de Família, *“tem-se que a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais”*.^[5]

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana confere ao indivíduo a possibilidade de que ele escolha o formato de família que bem desejar, de acordo com as suas relações afetivas interpessoais, mesmo que elas não estejam previstas em lei.

O direito à busca da felicidade está estritamente ligado à dignidade da pessoa humana. O direito à busca da felicidade faz com que o indivíduo seja o centro do ordenamento jurídico-político, que deverá reconhecer que aquele possui capacidade de autodeterminação, de autossuficiência e a liberdade de escolher seus próprios objetivos.

Deve-se permitir, portanto, que o indivíduo busque a sua felicidade, de acordo com as suas preferências e concepções, protegendo-o de indevidas ingerências do Estado. É o Estado quem deve se curvar às escolhas do indivíduo e não o contrário.

A busca pela felicidade engloba, inevitavelmente, a família, já que esta é o *locus* de realização do indivíduo.

Por sua importância, a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, conforme dispõe o artigo 226 da Constituição Federal. Ressalta-se que esta proteção deve se dar contra terceiros, mas também contra o próprio Estado, que não deve se imiscuir nas relações afetivas e privadas dos indivíduos.

2.3 Da inexistência de hierarquia entre a filiação biológica e a afetiva

A filiação está elencada como direito da personalidade no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “*O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça*”.

A doutrina conceitua a filiação como a relação de parentesco, em linha reta, no primeiro grau, que vincula uma pessoa àqueles que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado, baseado no afeto e na solidariedade. Ou seja, filiação é a relação de parentesco que vincula ascencionalmente os filhos aos pais.

Possui a mesma natureza jurídica da paternidade, mudando apenas o enfoque de análise: a filiação é considerada de filho para pai, enquanto a paternidade analisa-se pelo prisma dos pais.

Há, atualmente, três critérios para o estabelecimento da filiação: jurídico, biológico e socioafetivo.

No primeiro, a paternidade é presumida de acordo com o art. 1.597 do Código Civil (*pater is est quem nuptiae demonstrat*), independente da correspondência ou não com a realidade. No critério biológico, a definição da filiação tornou-se possível graças à popularização do exame de DNA.

Por fim, a filiação socioafetiva ganhou destaque por ser fundada no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana. ^[6]

A Constituição Federal de 1988 motiva a paternidade sociológica no *caput* do art. 227, quando assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar^[7]. No §6º do mesmo artigo, garante a todos os filhos os mesmos direitos, não importando sua origem (regra da igualdade).

Elenca-se, ainda, como fundamento constitucional o princípio da paternidade responsável, vinculado ao melhor interesse da criança (art.

277, §7º, CF); e o princípio da prevalência do elemento anímico *affectio* nas relações familiares.^[8]

Em âmbito infraconstitucional, a filiação socioafetiva confirma-se no Código Civil, quando o art. 1.593 dispõe que “o *parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem*”. Assim, pode-se considerar que essa “outra origem” abrange a afetividade.

Validando todos esses dispositivos está o princípio da dignidade humana, pois ela “*protege o homem em sua vivência familiar, ainda que nenhum vínculo de sangue exista em sua constituição*”.^[9]

A prova fática da paternidade afetiva é a posse do estado de filho, sempre presente quando há uma relação de carinho entre pai e filho. Assim define Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza:

A paternidade afetiva tem, como base fática para o seu estabelecimento, a denominada posse de estado de filho, estando esta materializada sempre que se consiga visualizar a existência de todos os elementos pertinentes a uma concreta e efetiva relação filial, levando-se em consideração o comportamento daqueles que a integram.^[10]

Por não haver legislação brasileira que defina tal conceito, ao contrário de países europeus como França e Portugal, a doutrina defende que a posse de estado se configura quando há a presença dos elementos nome, trato e fama.

O nome se caracteriza nos casos em que o filho usa o patronímico do pai, representando a vontade da família de que o mesmo lhe pertença; ou apenas quando há o tratamento de pai e filho entre as partes. Considera-se o nome como o fator menos importante, sendo que a posse do estado de filho pode ser reconhecida com apenas os outros dois elementos.

O trato é a própria relação de cuidado e afeto entre ambos, por isso é considerado o elemento imprescindível. A fama se dá no momento em que os demais familiares e a sociedade conheçam essa relação paternal.

Somado às demais características, o fator temporal também se faz necessário a fim de constatar a manutenção e estabilidade desse relacionamento, possibilitando segurança e bem-estar ao filho.

A posse de estado de filho está presumida no art. 1.605 do Código Civil, o qual autoriza a prova da filiação quando existirem fatos já certos.

Ambicionando reconhecer e proteger o direito à filiação, a Constituição Federal de 1988, no §6º de seu art. 227, estabeleceu a igualdade entre todos os filhos. Abandonou-se a classificação discriminatória do Código Civil de 1916 entre os filhos legítimos e ilegítimos.

O Código Civil reproduziu o §6º do art. 227 da Constituição Federal e determinou que *“Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*.

Conforme lição de Maria Berenice Dias:

Não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos.^[11]

Havendo a possibilidade de diferentes modalidades de filiação e a obrigatória igualdade entre elas, imprescindível também acolher a coexistência entre os diferentes vínculos de filiação, sem hierarquia entre eles.

2.4 Da paternidade responsável

A expressão “paternidade responsável” não se limita às obrigações do homem, compreende também a maternidade responsável. Poderia ser substituída por parentalidade responsável, tradução correta de *parental responsibility*, termo inglês que serviu de inspiração ao constituinte brasileiro.^[12]

A paternidade responsável foi erigida à direito constitucional, com previsão expressa no art. 227 da Constituição Federal. Posteriormente, foi lembrada infraconstitucionalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º) e no Código Civil, no inciso IV do art. 1.566.

A paternidade responsável, reformulação da responsabilidade civil, consiste na obrigação dos pais de assistir, criar e educar os filhos, provendo suas necessidades materiais básicas, bem como as biopsíquicas. Isto é, os genitores tem o dever de assistir moral, afetiva, intelectual e materialmente sua prole.

Sobre o tema, interessante a observação de Maurício Kenji Yonemoto:

(...) a fim de observar o princípio constitucional da paternidade responsável, há de se considerar que não se deve limitá-la à idéia da procriação ou, simplesmente, à escolha do momento de ter filhos, mas no dever de consciência do futuro pai/homem, mulher ou mesmo o casal, da responsabilidade decorrente desta paternidade, ou seja, nos deveres que pesam sobre o pai em relação a seu filho, quanto à observação dos direitos deste, com o seu cumprimento da melhor forma possível. ^[13]

No mesmo sentido, observa Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

(...) a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos—mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva. Em outras palavras: há

responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa- a criança- deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.^[14]

Haveria, portanto, uma afronta ao princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, da CF/88) caso fosse permitido que o pai biológico ficasse desobrigado de ser reconhecido como tal pelo simples fato do filho já ter um pai socioafetivo.

Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar e o filho deve poder desfrutar de direitos com relação a todos, não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.

3 DAS CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS

A decisão do STF, ao admitir a multiparentalidade, reconheceu todos os direitos a ela inerentes, gerando reflexos no âmbito patrimonial.

Assim, o filho, que possui dois pais, ou duas mães, pode pleitear alimentos em face de ambos, bem como ser herdeiro deles.

Isso gera o questionamento se, ao fim, a multiparentalidade não se trata de interesses meramente patrimoniais. Segundo o alerta de alguns autores, só interessaria ao filho pleitear o reconhecimento de sua paternidade biológica ou afetiva caso o seu pretense pai, ou mãe, fosse abastado financeiramente. ^[15]

Todavia, em que pese as vozes neste sentido, o reconhecimento da multiparentalidade possui importância que transcende a questão meramente patrimonial.

Diante de todos os argumentos analisados anteriormente, percebe-se que a decisão do STF mostra-se acertada e em consonância com a moderna doutrina, não podendo ser outra que não a da admissão da

pluriparentalidade. Não pode o Direito de Família ficar engessado em razão do receio de demandas frívolas e interesseiras.

Caso alguém demande com interesses exclusivamente mercenários, caberá ao magistrado, no caso concreto, analisar o pleito.

Conforme destaca Ricardo Calderón, o Ministério Público Federal, no parecer do *leading case* em análise, se mostrou atento a essa possibilidade. Todavia, acredita que o próprio sistema prevê a existência de salvaguardas, a exemplo do direito aos alimentos, que poderá ser negado com fundamento no binômio necessidade-possibilidade, a obstar o enriquecimento ilícito dos envolvidos na multiparentalidade. [16]

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se manifestou sobre o tema. No caso em apreço, conforme noticiado no site do IBDFAM, garantiu-se a um idoso de quase 70 anos o direito de receber a herança do seu pai biológico, mesmo já tendo recebido o patrimônio do seu pai socioafetivo, que o adotou. [17]

A parte contrária alegou que, embora o filho tivesse ciência do vínculo biológico há mais de 30 anos, ele somente procurou reconhecimento da paternidade para obter vantagem financeira. Porém, o argumento não foi aceito.

Segundo afirmou a Ministra Nancy Andrighi, pode-se especular o porquê da demora do autor na busca pelo reconhecimento da paternidade biológica, mas não se pode negar os efeitos dela, uma vez comprovada.

Esta é a posição que nos parece mais acertada: ainda que se desconfie das intenções subjetivas do filho que pretende ver a sua paternidade reconhecida, não se deve deixá-lo desamparado. É seu direito fundamental ter a sua filiação reconhecida e protegida, seja ela apenas a biológica, ou afetiva, ou ambas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto, percebe-se ser legítima a preocupação de se coibir ações de reconhecimento de paternidade com interesses

meramente mercenário, sob pena de se banalizar o reconhecimento da multiparentalidade.

Todavia, a coexistência de vínculos biológicos e afetivos transcende a seara patrimonial, sendo imprescindível à proteção do direito de personalidade da filiação, permitindo que o filho goze de ampla proteção jurídica.

Eventuais abusos e pessoas mal-intencionadas, infelizmente, poderão surgir. Seria essa a indesejável, mas inevitável consequência do reconhecimento da multiparentalidade. Aliás, este dilema é inerente ao reconhecimento de qualquer novo direito.

Em uma ponderação entre os efeitos deletérios e os benefícios trazidos pela pluriparentalidade, são estes últimos muito maiores, motivo pelo qual deve prevalecer o seu reconhecimento e proteção jurídica.

Além do mais, os eventuais abusos podem (e devem) ser controlados no caso concreto, sob o manto da boa-fé objetiva, valor este que deve permear todas as relações jurídicas. Nos dizeres de Flávio Tartuce, caberá aos magistrados separarem o joio do trigo.^[18]

REFERÊNCIAS

CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 322.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família:** curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução assistida:** introdução ao tema sob a perspectiva do direito

comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.2, n. 5, p. 7-28, abr./jun., 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004, p. 29-32.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade**: a recusa do filho ao exame de DNA. Campo dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 92.

TARTUCE, Flávio. **STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

YONEMOTO, Maurício Kenji. Direito à filiação e à paternidade. **Revista de Eventos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá**, ano II, n. I (direito civil), 1999, p. 263.

Notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

Inteiro teor do voto do Ministro Relator Luiz Fux no Recurso Extraordinário n. 898.060. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

NOTAS:

[1] Notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

[2] TARTUCE, Flávio. **STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>.

[repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos](#). Acesso em: 16 de jul de 2017.

[3] Inteiro teor do voto do Ministro Relator Luiz Fux no Recurso Extraordinário n. 898.060. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

[4] FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

[5] Inteiro teor do voto do Ministro Relator Luiz Fux no Recurso Extraordinário n. 898.060. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

[6] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 322.

[7] SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campo dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 92.

[8] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.2, n. 5, p. 7-28, abr./jun., 1999.

[9] SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campo dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 92.

[10] *Ibid*, p. 82.

[11] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 370

[12] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004, p. 29-32.

[13] YONEMOTO, Maurício Kenji. **Direito à filiação e à paternidade**. *Revista de Eventos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá*, ano II, n. I (direito civil), 1999, p. 263.

[14] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípio da paternidade responsável.** *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004, p. 29-32.

[15] TARTUCE, Flávio. **STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

[16] CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

[17] Notícia veiculada no site IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6244>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

[18] TARTUCE, Flávio. **STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

O DOMICÍLIO ELEITORAL COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE SEGUNDO A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

ANA LUÍSA LEITE DE ARAÚJO MARQUES:

Advogada eleitoralista pós-graduada em Direito Público pela ESMape e pós-graduanda em Direito Eleitoral pela EJE do TRE/PE.

1 Domicílio eleitoral como condição de elegibilidade

Para que o cidadão possa ser candidato a cargo eletivo é necessário preencher os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais, denominados condições de elegibilidade. Assim sendo, o direito de votar (*ius singulii*) seria pressuposto do direito de ser votado (*ius honorum*), sendo seu antecedente lógico e cronológico.^[1]

As condições de elegibilidade estão previstas na Constituição Federal de 1988 no 14, § 3º:

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.

Como bem conceitua José Jairo Gomes:

O substantivo feminino *elegibilidade* retrata as ideias de cidadania passiva e capacidade eleitoral passiva. Conforme o sufixo da palavra indica, é a aptidão de ser eleito ou elegido. Elegível é o cidadão apto a receber votos em um certame, que pode ser escolhido para ocupar cargos político-eletivos.

Exercer a capacidade eleitoral passiva significa candidatar-se a tais cargos. Para isso, devem ser atendidas algumas condições previstas na Constituição Federal, denominadas condições de elegibilidade. Em suma, é o direito público subjetivo atribuído ao cidadão de disputar cargos público-eletivos.^[2]

Ou seja, seguindo a linha do nobre doutrinador acima citado, a elegibilidade seria equivalente à capacidade eleitoral passiva, sendo a aptidão a ser eleito. Porém para ser eleito é necessário, conforme já mencionado, o preenchimento de certos requisitos, dentre eles o domicílio eleitoral.

A definição de domicílio eleitoral para fins de inscrição do eleitor, no entanto, não é expressa no texto constitucional, sendo feita no Código Eleitoral em seu artigo 42, parágrafo único:

Art. 42. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição do eleitor. Parágrafo único. Para o efeito da inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas.

Conforme explica Piazzollati o termo seguiu uma técnica definida por sinonímia:

Verifica-se que a definição de domicílio, na lei eleitoral, seguiu a técnica definitória por sinonímia, a qual, segundo o Prof. Luís Alberto WARAT, "... permite mostrar a significação, correlacionando o termo cujo sentido se desconhece com outro que tem para o receptor uma significação clara" (A definição jurídica. Porto Alegre: Atrium, 1977. p. 4). Como o legislador não estava seguro de que o termo "residência", tradicional do Direito Civil, fosse

suficientemente claro, definiu-o mediante o sinônimo "moradia", que a seu juízo seria melhor entendido.^[3]

O tema demonstra grande importância prática, pois a Lei 9504/97, com alterações dadas pela Lei 13165/15, estabelece, em seu nono artigo, a necessidade de o candidato possuir domicílio eleitoral na circunscrição que deseja concorrer ao cargo eletivo pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito.

A circunscrição, a saber, nas eleições presidenciais, será o País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e, nas municipais, o respectivo Município.

2 Domicílio eleitoral *versus* domicílio civil

O domicílio eleitoral não se confunde, no entanto, com o domicílio civil. Este é conceituado, em curtas linhas, como o local onde é estabelecida a residência definitiva ou onde se exerce atividades profissionais, vejamos:

O domicílio civil, para ser caracterizado, leva em conta dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. O primeiro diz respeito a circunstâncias que não são influenciadas pela vontade do indivíduo. Trata-se apenas do lugar propriamente dito, ou seja, é o local físico, a residência. O segundo requisito – subjetivo – envolve a vontade de permanecer de modo definitivo naquele lugar objetivamente indicado. Logo, é totalmente dependente da vontade, motivo pelo qual é chamado de subjetivo. Portanto, para que haja o domicílio civil, juntam-se o lugar com a vontade de permanecer definitivamente nele. Essa vontade é o elemento essencial e decisivo para caracterizar o domicílio civil.^[4]

A ideia de domicílio implica a configuração de dois elementos. Residência é o lugar em que a pessoa se fixa (requisito objetivo), ainda

que temporariamente. Domicílio é o lugar em que a pessoa se fixa, com vontade de aí permanecer em definitivo (requisito subjetivo).[\[5\]](#)

Para Clóvis Beviláqua o domicílio é o lugar onde a pessoa física, de modo definitivo, estabelece a sua residência e o centro principal da sua atividade.[\[6\]](#)

É pacífica, então, na órbita civil a existência de dois elementos distintos: O elemento objetivo, qual seja, um local fixo e físico (residência) conjugado com o elemento subjetivo que seria a vontade de permanecer definitivamente.

Eleitoralmente, o conceito de domicílio é mais amplo, levando em conta que o vínculo subjetivo do direito civil fora substituído pelo vínculo especial, qual seja, que se guarde com o local escolhido um elo, seja ele familiar, social, afetivo, comunitário, patrimonial, negocial, econômico, profissional ou político[\[7\]](#). Este requisito precisa, no entanto, estar conjugado ao vínculo objetivo já mencionado do direito civil.

O domicílio no Direito Eleitoral, assim sendo, ganhou uma nova interpretação na órbita jurisprudencial

O sentido da lei eleitoral (do domicílio) começou a sofrer redefinição a partir de decisões que se impressionaram demasiado com o caso concreto e buscaram solução de equidade, deixando de lado a solução normativa.[\[8\]](#)

Para os Tribunais, a mudança se deu para melhor adequar-se à obrigatoriedade de o alistando possuir apenas uma inscrição eleitoral, facilitando assim a comprovação do domicílio[\[9\]](#), além de permitir que o eleitor possa votar e ser votado onde tenha vínculos reais e não apenas no local de seu domicílio civil.[\[10\]](#)

O posicionamento jurisprudencial quanto ao alargamento da definição de domicílio é posição dominante, vejamos:

[...] 1. A jurisprudência desta Corte se fixou no sentido de que a demonstração do vínculo político é suficiente, por si só, para atrair o domicílio eleitoral, cujo conceito é mais elástico que o domicílio no Direito Civil [...] ([Ac. de 8.4.2014 no REspe nº 8551, rel. Min. Luciana Lóssio.](#))

[...] Domicílio eleitoral. Abrangência. Comprovação. Conceito elástico. Desnecessidade de residência para se configurar o vínculo com o município. Provimento. 1) Na linha da jurisprudência do TSE, o conceito de domicílio eleitoral é mais elástico do que no Direito Civil e se satisfaz com a demonstração de vínculos políticos, econômicos, sociais ou familiares [...]

([Ac. de 18.2.2014 no REspe nº 37481, rel. Min. Marco Aurélio, red. designado Min. Dias Toffoli.](#))

[...] Domicílio eleitoral. Conceito elástico. Transferência. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 55, § 1º, III, do Código Eleitoral. Não provimento. 1. Na espécie, a declaração subscrita por delegado de polícia constitui requisito suficiente para comprovação da residência do agravado e autoriza a transferência de seu domicílio eleitoral, nos termos do art. 55, § 1º, III, do CE. 2. O TSE já decidiu que o conceito de domicílio no Direito Eleitoral é mais elástico do que no Direito Civil e satisfaz-se com a demonstração de vínculo político, social ou afetivo. No caso, o agravado demonstrou vínculo familiar com o Município de Barra de Santana/PB, pois seu filho reside naquele município [...].([Ac. de 5.2.2013 no AgR-AI nº 7286, rel. Min. Nancy Andrighi.](#))

2.1 Domicílio eleitoral: doutrina

Doutrinariamente, porém, há divergências quanto ao entendimento utilizado pelos tribunais. Existe uma corrente que entende que o

domicílio eleitoral deveria ser igual ao domicílio civil, sendo assim mais restrito^[11]. Vejamos o que diz o Professor Joel J. Cândido:

No art. 42, parágrafo único, o Código Eleitoral definiu o domicílio. Definiu mas não conceituou domicílio, o que tem gerado inúmeras controvérsias sobre o parágrafo. Não seguiu a esteira do art. 70 do Código Civil, onde a característica do domicílio é o animus definitivo de morar... A jurisprudência, porém, embora por isso se tenha pago um preço muito caro, reluta em exigir, para caracterizar o domicílio eleitoral, os mesmos requisitos que estão a indicar o domicílio civil... O ideal, a nosso entender, é que o ânimo de permanecer fosse o norte da conceituação – tal como se dá na caracterização do domicílio civil – do domicílio para fins eleitorais, o que a redação atual não impede. Evitar-se-iam, assim, candidaturas alienígenas, ditadas apenas por interesses políticos ocasionais.^[12]

A mesma posição defende Pizzolatti:

Portanto, quando o Código Eleitoral, no seus artigos 42, parágrafo único, e 55, inciso III, fala em "residência", definindo sinonimicamente esse termo como "moradia", não pode o juiz, no exercício da atividade interpretativa - e não atividade legislativa -, enxergar aí "local onde são exercidos os direitos políticos", "centro das funções sociais", "centro da atividade eleitoral", "zona de influência política", "reduto eleitoral" (expressões utilizadas no Acórdão n. 12.053, do TRE/SC, rei. Juiz Olavo RIGON FILHO), ou ainda "centro das atividades", "local das relações jurídicas", "local onde tem o eleitor a vida jurídica" (expressões usadas na Resolução n. 6.868, do TRE/SC, rel. Juiz Anselmo CERELLO), expressões fluidas que, por desbordarem da moldura legal,

permitem que o domicílio eleitoral seja arbitrariamente fixado pelo cidadão, bastando que alegue que quer se alistar eleitoralmente em determinado município, embora more noutro, porque tem naquele a sua "zona de influência política" ou o seu "centro de funções sociais". [13]

A preocupação doutrinária se dá pelo fato de diversos candidatos aproveitarem-se do benevolente entendimento jurisprudencial a fim de efetivamente se candidatarem em local diverso do que de fato tem domicílio por motivos "eleitoreiros", bem como de "eleitores itinerantes" votarem em locais com os quais não possuem nenhum vínculo real.

No caso dos municípios seria ainda mais grave, pois haveria tanto a possibilidade de prefeitos e vereadores totalmente desconectados com os problemas daquela comunidade conseguirem ser eleitos, como a de eleitores que nada tem a ver com o panorama municipal conseguirem votar:

Entendo que muito bem andou o Código Eleitoral obrigando o cidadão a alistar-se no lugar onde tem o seu domicílio civil. Sendo o eleitorado um só para as eleições federais, estaduais e municipais, se for permitido a cidadãos domiciliados em um município alistar-se como eleitores em município diverso, ou ainda situado em região diferente, quando se tratar da escolha de representantes estaduais e municipais, esses eleitores vão influir em eleições que não lhes tocam de perto, que lhes podem ser até indiferentes. [14]

O vínculo familiar, social, afetivo, comunitário, patrimonial, negocial, econômico, profissional ou político de que trata a jurisprudência é, em última análise, um conceito frágil e facilmente burlável na prática:

O que não se admite é que eleitores sem qualquer vínculo com o município passem a exercer o direito ao voto em comunidades que lhes são

totalmente estranhas, neutralizando e até mesmo suplantando a vontade do eleitorado residente no local, consagrando o que já é dito popularmente nas comunidades menores: “[...] o pessoal de fora é que decide a eleição [...]”[\[15\]](#)

Embora nos pareça mais precária a situação a nível municipal também é delicada a situação dos estados representados por aqueles que nem um vínculo com eles têm:

Essa situação é mais gravosa quando analisada no âmbito estadual, pois a possibilidade de candidatura de uma pessoa que não tenha qualquer vínculo com o estado que representa, fere o processo eleitoral brasileiro, vez que não obedece a representatividade, base do Estado Democrático de Direito. Como o candidato eleito é o representante dos cidadãos circunscritos em determinada região, em respeito ao princípio da moralidade deveria ter seu domicílio residencial coincidente com o domicílio eleitoral. Esse é apenas um dos problemas que são gerados pela falta de objetividade na determinação do conceito de domicílio eleitoral.[\[16\]](#)

Votar em uma comunidade que lhe é estranha ou ser eleito por uma população sem saber sequer seus problemas mais básicos é de fato esvaziar qualquer senso de representatividade democrática que possa existir em uma eleição.

De um lado, temos, na prática, caravanas de eleitores vindo influenciar uma eleição que não lhes toca, movidos muitas vezes por interesses escusos. Do outro, candidatos que nenhuma identidade têm com a população local e que, por vezes, são “convocados de última hora” por suas famílias ou grupos políticos locais para perpetuar-se no poder.

3 Conclusão

Logo, pode-se notar que o domicílio eleitoral é entendido de forma mais ampla que no direito civil, teoricamente para não impor maiores empecilhos quanto ao exercício do voto. Porém, na prática, tal entendimento gera distorções, pois candidatos que não pertencem efetivamente à comunidade se valem de frágeis vínculos por vezes forjados para se candidatar em local diverso ao que de fato residem, bem como, eleitores de locais diversos votam em lugares com os quais não tem nenhuma familiaridade ou pertencimento.

NOTAS:

[1] COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey.

[2] Gomes, José Jairo Direito eleitoral / José Jairo Gomes – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

[3] PIZZOLATTI. Rômulo. Conceito Jurídico de Domicílio Eleitoral. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/conceito-juridico-de-domicilio-eleitoral/index4ad5.html?no_cache=1&cHash=0766b5b0dbb0fd1958800d626e7b7789. Acesso em: 10 de julho de 2017.

[4] Disponível em: <http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/domicilio-eleitoral>. Acesso em 10 de julho de 2017

[5] SEREJO, Lourival. Programa de Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

[6] BEVILAQUA. CLOVIS. **Teoria do Direito Civil - 2ª Ed. 2015**

[7] Idem

[8] PIZZOLATTI. Rômulo. Conceito Jurídico de Domicílio Eleitoral. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/conceito-juridico-de-domicilio-eleitoral/index4ad5.html?no_cache=1&cHash=0766b5b0dbb0fd1958800d626e7b7789. Acesso em: 10 de julho de 2017.

[9] <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Vinicius-Vieira-de-Lima.pdf>

[10] Disponível em: <http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/domicilio-eleitoral>. Acesso em 10 de julho de 2017

[11] MATRONE. Leonardo. A interpretação do conceito de domicílio eleitoral. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7058,71043-A> . Acesso em: 10 de julho de 2017

[12] CÂNDIDO. Joel J. Direito Eleitoral Brasileiro. 9ª Ed. São Paulo: Editora Edipro.

[13] PIZZOLATTI. Rômulo. Conceito Jurídico de Domicílio Eleitoral. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/conceito-juridico-de-domicilio-eleitoral/index4ad5.html?no_cache=1&cHash=0766b5b0dbb0fd1958800d626e7b7789. Acesso em: 10 de julho de 2017.

[14] FERREIRA. Pinto. Código Eleitoral Comentado, 4ª Ed., Saraiva, pág. 78.

[15] CERELLO, Anselmo. Domicílio Eleitoral. Site do TRE de Santa Catarina, Disponível em:

[16] MIRANDA. Gerson Gonçalves. DOMICÍLIO ELEITORAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE DOMICÍLIO ELEITORAL E OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ap-artigo-1-domicilio-eleitoral>

DO INSTITUTO DA DESINCOMPATIBILIZAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS: PRIMEIRAS REFLEXÕES

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: No sistema político em vigência, na condição de princípio norteador, vigora o corolário da plenitude do gozo dos direitos políticos de votar e de ser votado. Logo, a privação ou a restrição do exercício configura exceção àquele princípio. Desta feita, no que atina à interpretação das normas constitucionais ou complementares concernentes aos direitos políticos busca atender à maior amplitude do princípio, direcionando-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado. Doutra banda, no que tocam às regras de privação e restrição, reclamam compreensão dos limites mais estreitos de sua dicção verbal. Cuida destacar que a expressão “direitos políticos negativos”, à luz das disposições constitucionais, alude àquelas determinações que, em decorrência de seu aspecto, desdobram na privação do cidadão do direito de participação no processo políticos e nos órgãos governamentais. Neste sentido, o escopo do presente é analisar o instituto da desincompatibilização eleitoral dos servidores público, tendo como pilar de análise a teoria acerca dos direitos políticos negativos. A metodologia empregada foi o método hipotético, auxiliado por revisão de literatura e entendimento jurisprudencial sobre a temática.

Palavras-chave: Desincompatibilização. Servidores Públicos. Direitos Políticos Negativos.

1 Comentários Introdutórios

Quadra ponderar, em sede de comentários introdutórios, que, no sistema político em vigência, na condição de princípio norteador, vigora o corolário da plenitude do gozo dos direitos políticos de votar e de ser votado. Ora, neste aspecto, faz-se imprescindível que o baldrame em destaque deriva dos postulados já contidos no artigo 6º da Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776^[1], considerada como um dos documentos precursores dos direitos de primeira dimensão. O dispositivo em comento já ditava que as eleições dos representantes do povo em assembleia devem ser livres e que todos os homens que demonstrem provas suficientes de interesse permanente pela comunidade, e de vinculação com esta, tenham o direito de sufrágio e não possam ser submetidos à tributação nem privados de propriedade por razões de utilidade pública sem seu consentimento, ou o de seus representantes assim eleitos, nem estejam obrigados por lei alguma à que, da mesma forma, não hajam consentido para o bem público.

Igualmente, o corolário em comento encontrou assento no artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em especial quando dicionou que “todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação”^[2]. Por derradeiro, a título de ilustração acerca da proeminência assumida pelo corolário em comento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com clareza ofuscante, em seu artigo 21, item “1”, reconheceu o princípio da plenitude do gozo dos direitos políticos de votar e de ser votado. Para tanto, o dispositivo retro mencionado dispôs que: “Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”^[3].

Faz-se mister sublinhar que a pertinência dos direitos ao indivíduo é que o erige em cidadão. Logo, a privação ou a restrição do exercício configura exceção àquele princípio. Desta feita, no que atina à interpretação das normas constitucionais ou complementares concernentes

aos direitos políticos busca atender à maior amplitude do princípio, direcionando-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado. Doutra banda, no que tocam às regras de privação e restrição, reclamam compreensão dos limites mais estreitos de sua dicção verbal. Neste sentido, inclusive, o Tribunal Superior Eleitoral já externou entendimento acerca do dimensionamento das regras supramencionadas e a extensão de seu alcance, conforme se infere:

Ementa: 1. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura. Vereador. Presidente de associação cujos serviços à população em geral são mantidos com recursos públicos, mediante convênio. O prazo de afastamento do cargo é de 6 (seis) meses antes do pleito. Art. 1º, II, a, 9, da Lei Complementar nº 64/90. Decisão do TRE. Impossibilidade de reexame. Súmula 279 do STF. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. 2. Interpretação das normas eleitorais. Inelegibilidades. Proteção. Estado Democrático de Direito. Moralidade pública e liberdade do voto. **Esta Corte tem interpretado as normas eleitorais de forma a preservar os valores mais caros ao regime democrático, em especial a liberdade do voto e a moralidade pública. Embora se referiram a direitos políticos negativos, essa nova exegese não se mostra extensiva ou contrária ao Direito, mas justa medida para a proteção de bens jurídicos constitucionalmente tutelados.** Agravo a que se nega provimento^[4].

Cuida destacar que a expressão “direitos políticos negativos”, à luz das disposições constitucionais, alude àquelas determinações que, em decorrência de seu aspecto, desdobram na privação do cidadão do direito de participação no processo políticos e nos órgãos governamentais. Ora, o adjetivo “negativo”, em tal painel, encontra assento precisamente porque substancializa um conjunto de regras que obstaculizam, ao cidadão, o direito de eleger (direitos políticos positivos, na modalidade ativo) ou de ser

eleito (direitos políticos positivos, na modalidade passivo) ou, ainda, de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública. Em tom de complementação, o escólio apresentado por Gutierrez Sobrinho, em especial quando sublinha que:

Ao contrário dos direitos políticos positivos, os negativos se caracterizam por estabelecer certos impedimentos e certas restrições à atividade político-partidária, retirando do indivíduo a condição de cidadão, pois o despoja do exercício de certos direitos políticos, seja pela impossibilidade de eleger certo candidato seja pela impossibilidade de se candidatar a algum cargo ou função públicos, eletivo ou não^[5].

Em consonância com Sobreiro Neto^[6], os direitos políticos negativos são entendidos como o rol das disposições constitucionais que ensejam óbices ao direito de participação no processo político (sufrágio ativo ou passivo), bem como ao direito de alcance às funções públicas. A partir de tal sedimento, seguindo o ensinamento de José Afonso da Silva^[7], os direitos políticos negativos abarcam as regras que privam o cidadão, pela perda definitiva ou temporária (suspensão), da totalidade dos direitos políticos de votar e de ser votado, tal como aquelas disposições que afixam restrições à elegibilidade do cidadão, em certas circunstâncias: as inelegibilidades.

2 Da Privação dos Direitos Políticos

De maneira excepcional, o cidadão pode ser privado, definitivamente ou temporariamente, dos direitos políticos, o que implicará, como efeito imediato, na perda da cidadania política. Assim, deixa, imediatamente, de ser eleitor, caso já fosse, ou, ainda, torna-se inalistável como tal, com o que, por consequência, fica privado da elegibilidade e de todos os direitos alicerçados na qualidade de eleitor. Oportunamente, convém pontuar que a Constituição Federal de 1988^[8], em seu artigo 15, *caput*, veda, de maneira expressa, a cassação dos direitos políticos.

É importante, de acordo com Gutierrez Sobrinho^[9], que, em matéria de privação dos direitos políticos, não subsiste em hipótese alguma, que se falar, no sistema do Estado Democrático de Direito, em cassação, porquanto tal instituto é próprio dos regimes totalitários, que não cuidam das máximas do devido processo legal (*dwe process of law*). Tal fato se dá em razão da ordem de cassação ser exarada sem observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Por sua vez, a privação definitiva dos direitos políticos é denominada de *perda*; ao passo que a privação temporária recebe alcunha de *suspensão*, sendo que, em ambas as espécies, o dispositivo constitucional estabelece a incidência de tais hipóteses, conforme se extrai:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º^[10].

Ao examinar o dispositivo constitucional em comento, denota-se que o Constituinte não se ocupou, de maneira expressa, de estabelecer quais seriam as hipóteses de amoldaria à perda ou à suspensão dos direitos políticos. José Afonso da Silva^[11], porém, em seu magistério, aludindo à interpretação tradicional do dispositivo em destaque, alude que as hipóteses capituladas nos incisos II, III e IV do artigo 15 substancializam típicas situações de suspensão; já as demais configuram a perda do direito político.

2.1 Da Perda dos Direitos Políticos

Tal como pontuado anteriormente, a perda dos direitos políticos consiste na privação definitiva de aludidos direitos, com que o indivíduo perde sua condição de eleitor e todos os direitos da cidadania nela fundados. Em consonância com a dicção constitucional, são os casos de perda dos direitos políticos: (a) a perda da nacionalidade brasileira em razão da aquisição de outra nacionalidade (art. 12, §4º, inciso II); (b) o cancelamento da naturalização (art. 15, inciso I); e (c) a recusa do cumprimento de obrigação a todos imposta e a cumprir prestação alternativa (artigo 15, inciso IV).

Com efeito, o artigo 15 do Texto de 1988 não incluiu a *perda da nacionalidade* entre os motivos ensejadores de perda ou de suspensão dos direitos políticos. Contudo, a interpretação sistemática culmina à conclusão de que sua ocorrência, por meio da aquisição de outra, implicará a perda dos direitos políticos, na proporção em que isso importa em converter o brasileiro em estrangeiro. Logo, como o estrangeiro não pode alistar-se como eleitor, o eventual alistamento eleitoral daquele perde o elemento básico de existência. “Ora, se a nacionalidade brasileira é pressuposto da posse dos direitos políticos, perde-os quem perde com a aquisição de outra (art. 12, §4º, II[12]), ainda que isso não conste do art. 15”, de acordo com Silva[13].

Trata-se, de forma indireta, de acordo com Gutierrez Sobrinho[14], de perda dos direitos políticos, posto que a exclusão dos direitos políticos é simples consequência da perda da nacionalidade. Ora, a aquisição, por cidadão brasileiro, d’outra nacionalidade, por naturalização voluntária, a perda dos direitos políticos decorrerá, *ipso iure*, do ato que declarar a perda da nacionalidade, independentemente de qualquer outro ato administrativo ou de sentença. Mais do que isso, convém rememorar que a nacionalidade substancializa pressuposto essencial da cidadania.

Como segunda hipótese, capitulada no inciso I do artigo 15 do Texto de 1988[15], é oportuno assinalar que um dos pressupostos do direito de sufrágio é a nacionalidade brasileira, logo, quando um indivíduo sofre o cancelamento daquela nacionalidade, ele ficará, por via de consequência, privado, de maneira completa, dos direitos abarcados pelo sufrágio, haja vista que retorna à condição de estrangeiro. Em tom de

complemento, sobre a hipótese supra, Gutierrez Sobrinho^[16] vai obter que a perda dos direitos políticos decorrente do cancelamento da naturalização dá-se por via indireta, pois o que acarreta tal cancelamento é a ocorrência de ato contrário ao interesse nacional, cuja materialização se verifica nos casos de crime cometido antes da naturalização e no envolvimento no tráfico ilícito de entorpecentes.

Neste sentido, o cancelamento da naturalização, por sentença transitada em julgado, ocorrerá quando o naturalizado exercer atividade nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, inciso I^[17]). A perda dos direitos políticos por cancelamento de naturalização decorre *ipso iure* do trânsito em julgado da sentença que decretar o cancelamento. Assim, independentemente de qualquer específica menção, na sentença, à perda dos direitos políticos, está ocorrendo automaticamente ante o cancelamento do seu pressuposto essencial, a nacionalidade. Vindica-se, porém, que o cancelamento seja advindo de sentença, ou seja, de ato do Poder Judiciário. Esta situação deflagra a perda da nacionalidade brasileira, requisito fundamental para o exercício dos direitos políticos. Em decorrência do exposto, a doutrina denomina a perda da nacionalidade brasileira de perda-sanção.

Já a terceira hipótese de perda dos direitos políticos encontra respaldo no inciso IV do artigo 15 do Texto Constitucional, ao fazer alusão à escusa de consciência, isto é, a recusa de cumprir obrigação legal a todos imposta que é faculdade reconhecida pela Constituição a todos em razão da liberdade de crença religiosa ou de convicções filosóficas ou políticas^[18]. Com supedâneo na regra encartada no inciso VIII do artigo 5º, ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Sensível ao texto constitucional contido no inciso VIII do artigo 5º^[19], a escusa de consciência não seria punível e nem implicaria em perda de direito algum, pois o escusante teria que cumprir prestação alternativa. Havendo recusa ao cumprimento de determinada obrigação por escusa de consciência, manifesta-se a possibilidade de prestação

alternativa. Com o descumprimento da obrigação e posteriormente da prestação alternativa, haverá a perda dos direitos políticos. Silva, ainda, vai esclarecer que a única forma de incidir a hipótese em comento é afixando que pela simples recusa não se perdem os direitos políticos, o que ocorre apenas se o escusante se recusar em cumprir a prestação alternativa. Contudo, exercendo a faculdade de escusa de consciência, submete-se à prestação alternativa, não sofrerá perda de direitos. Como exemplo do acinzelado, podem-se mencionar as disposições contidas na Lei nº 8.239/1991, que, ao regulamentar o artigo 143, §§1º e 2º da Constituição de 1988, explicitou na redação do §2º do artigo 3º que “entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar”[20].

2.2 Da Suspensão dos Direitos Políticos

A suspensão dos direitos políticos implica na privação temporária de aludidos direitos. De acordo com Silva[21], as causas de suspensão dos direitos só encontram assento nas seguintes hipóteses: (a) incapacidade civil absoluta (inciso II do artigo 15); (b) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (inciso III do artigo 15); e (c) improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, §4º (inciso V do artigo 15). Gutierrez Sobrinho[22], em seu escólio, vai afirmar que, conquanto o Texto Constitucional não afirme expressamente, a incapacidade civil absoluta de que ela versa como causa de suspensão dos direitos políticos é a incapacidade superveniente e por uma razão mais do que lógica: só pode ser suspenso aquilo que se possui. Logo, o incapaz de nascimento nunca terá direitos políticos, por isso, para ele não é possível cogitar da suspensão ora esmiuçada. Em tal cenário, tem-se o impedimento para o exercício dos direitos políticos.

Tratando-se da primeira hipótese, o que comina a suspensão dos direitos políticos decorre da sentença proferida no processo de interdição. Ora, é conveniente, em tal cenário, afirmar que a sentença só produzirá efeitos, no que atina à suspensão, depois de decorrido o lapso temporal ensejador do trânsito em julgado. Não se pode conceber a privação de um direito fundamental sem que subsista o exaurimento de

todas as possibilidades processuais colocadas à sua disposição. “A razão de ser de tal suspensão reside na seguinte lógica: quem não tem capacidade para cuidar de seus negócios pessoais não terá capacidade para cuidar dos negócios públicos, isto é, de participar do governo de um país, seja elegendo ou sendo eleito”[23].

A *condenação criminal* transitada em julgado tem o condão de fazer surgir a suspensão dos direitos políticos enquanto durar os efeitos dela, condenação. Desta feita, tão logo seja extinta a punibilidade do agente delituoso, quer pelo exaurimento da pena, quer pelas demais formas prescritas no artigo 107 do Código Penal[24], cessa igualmente a suspensão dos direitos políticos. “Referido dado é muito importante, porque o fim da suspensão se dá com a efetiva extinção da punibilidade, de modo que o curso da ação de revisão criminal não elide os óbices ao gozo da cidadania”[25]. Neste sentido, ainda, o Supremo Tribunal Federal assentou que:

Ementa: Questão de ordem na ação penal. Constitucional. Perda de mandato parlamentar. Suspensão e perda dos direitos políticos. 1. A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento[26].

Ementa: Constitucional. Direitos políticos. Suspensão em decorrência de condenação criminal transitada em julgado. Art. 15, III, da Constituição Federal. Consequência que independe da natureza da sanção. Recurso improvido. I – A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

não impede a suspensão dos direitos políticos. II – No julgamento do RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves, firmou-se o entendimento no sentido de que não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação. III – Agravo regimental improvido[27].

Ementa: Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração. A oposição de embargos declaratórios visando à solução de matéria antes suscitada basta ao prequestionamento, ainda quando o Tribunal a quo persista na omissão a respeito. II. Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença: o contrário implicaria retroação da lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade in melius já determinara. III. Suspensão de direitos políticos pela condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 15, III): interpretação radical do preceito dada pelo STF (RE 179502), a cuja revisão as circunstâncias do caso não animam (condenação por homicídio qualificado a pena a ser cumprida em regime inicial fechado). IV. Suspensão de direitos políticos pela condenação criminal: direito intertemporal. À incidência da regra do art. 15, III, da Constituição, sobre os condenados na sua vigência, não cabe opor a circunstância de ser o fato criminoso anterior à promulgação dela a fim de invocar a garantia da irretroatividade da lei penal mais severa: cuidando-se

de norma originária da Constituição, obviamente não lhe são oponíveis as limitações materiais que nela se impuseram ao poder de reforma constitucional. Da suspensão de direitos políticos - efeito da condenação criminal transitada em julgado - ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição - resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político[28].

Destarte, ainda que esteja sob o *sursis* (suspensão condicional da pena), o condenado sofrerá os efeitos da suspensão dos direitos políticos. Nestes termos, preciosa é a lição de José Afonso da Silva[29], sobretudo quando afirma que a condenação criminal, como causa de suspensão dos direitos políticos, pelo íterim que durar seus efeitos, ensejou alguma controvérsia acerca se o *sursis* é um dos efeitos da condenação ou não. O *sursis*, por si só, não é efeito da condenação, mas sim um modo do seu cumprimento. Ademais, a suspensão dos direitos políticos constitui uma das penas restritivas de direitos, estendendo-se, pois, à suspensão condicional da pena.

A improbidade administrativa, pela primeira vez, entra no ordenamento constitucional como causa ensejadora de suspensão dos direitos políticos. Em complemento, o §4º do artigo 37 do Texto de 1988 vai diccionar que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”[30]. Neste sentido, pacífico é o entendimento jurisprudencial externado pelo Tribunal Superior Eleitoral:

Ementa: Eleições 2016. Recurso especial. Registro de candidatura. Indeferimento. Vereador. Art. 1º, I, L, da LC Nº 64/90. Ato doloso de improbidade administrativa. Dano ao erário. Enriquecimento ilícito. Requisitos. Preenchimento. Condenação. Suspensão dos direitos políticos. Trânsito em julgado. Inelegibilidade. Incidência. Após o cumprimento de

todas as penas. [...] 2. A suspensão dos direitos políticos, no caso de condenação por ato doloso de improbidade administrativa, que importe lesão ao Erário e enriquecimento ilícito, opera-se a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20 da Lei nº 8.429/92 e do art. 15, V, da CF), perdurando seus efeitos até o cumprimento da pena, sendo, portanto, uma consequência dessa sentença. Já a inelegibilidade prevista na alínea ??do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, por sua vez, é um efeito secundário dessa condenação.3. Conforme estabelece a parte final da referida alínea ?, somente após o cumprimento de todas as penas decorrentes de sentença condenatória ou de decisão colegiada - que suspendeu os direitos políticos do candidato (art. 37, § 4º, da CF) -, que o prazo de 8 anos da inelegibilidade em questão começará a fluir. Precedentes[31] [...].

Com destaque, a improbidade diz respeito à prática de ato capaz de produzir prejuízo ao erário público em proveito do agente. Trata-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo. Silva[32], ainda, vai afirmar que outra ideia que exsurge do dispositivo constitucional colacionado acima é que a suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa pode ser cominada independentemente de um processo criminal. Inclusive, é o que se extrai da parte final a qual todas as sanções indicadas antes são sem prejuízo do manejo da ação penal cabível. Importa dizer que a suspensão dos direitos políticos não constitui pena acessória, sendo carecido, contudo, que decorra de processo judicial e não de procedimento administrativo.

2.3 Competência para decidir sobre perda e suspensão dos direitos políticos

O Texto Constitucional de 1988 não indicou, de maneira explícita, que autoridade goza de competência para decretar a perda e a

suspensão dos direitos políticos. Constituições pretéritas, porém, conferiam competência ao Presidente da República para decretar a perda em alguns casos e ao Poder Judiciário em outros. Silva^[33], neste sentido, vai afirmar que a redação do artigo 15 é ofuscante em afirmar que dependem de decisão judicial a perda dos direitos políticos nas hipóteses de cancelamento da naturalização e a suspensão em virtude da incapacidade civil absoluta e de condenação criminal, porquanto a medida em si decorre de outro julgamento. Em tais variáveis, a perda e a suspensão dos direitos políticos são efeitos secundários do pronunciamento exarado pelo Poder Judiciário.

Em igual sentido, a suspensão decorrente de improbidade administrativa derivará de decisão judicial, em processo principal civil ou penal ou, ainda, como pena acessória. Ora, a tese é inescapável, pois não se pode admitir a aplicação de penas restritivas de direito fundamental por via que não seja a judiciária, quando o Texto de 1988 não aponte outro mecanismo. Resta, entretanto, afixar a quem compete a aplicação da perda dos direitos políticos no caso de recusa de cumprir obrigações a todos impostas ou prestação alternativa. A Constituição da República em vigor é silente sobre isso, distintamente da Carta de 1969^[34] que atribuía, expressamente, a competência ao Presidente da República para a decretação da perda dos direitos políticos em tal hipótese. Diante do silêncio da contemporânea Constituição, salta aos olhos que inexistente a aplicação de interpretação extensiva, logo, não incumbirá ao Presidente da República tal atribuição. Dessarte, só resta ao Poder Judiciário, detentor do monopólio para dirimir a questão, em processo suscitado pelas autoridades federais em face do caso concreto.

3 Das Inelegibilidades: Aspecto Conceitual e Objeto

De acordo com as ponderações de Silva^[35], as inelegibilidades revelam o impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Trata-se, pois, de obstáculo à elegibilidade. É oportuno frisar que a inelegibilidade não se confunde com a inalistabilidade, que substancializa impedimento à capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor), nem com a incompatibilidade, impedimento ao exercício do mandato depois de eleito. No que toca ao objeto, as inelegibilidades visam proteger a probidade

administrativa para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, consoante preceitua o artigo 14, §9º, do Texto Constitucional de 1988[36].

É oportuno compreender que a cláusula “contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função”, contida no dispositivo constitucional supramencionado, só faz alusão à normalidade e à legitimidade das eleições. Isto é, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato são valores autônomos em relação àquela cláusula. De acordo com Silva, não são protegidos contra a influência do poder econômico ou abuso de função, mas como valores em si mesmos, dotados de dignidade para serem protegidos, eis que a improbidade e imoralidade, por si só, maculam a lisura do processo eleitoral[37].

Desta feita, denota-se que as inelegibilidades possuem um alicerce ético, tornando-se ilegítimas quando abalizam o fundamento político ou, ainda, para assegurar o domínio do poder por um grupo que o venha detendo, a exemplo do que se verificou no sistema constitucional revogado. Ademais, o sentido ético encontra relação com a democracia, não podendo ser entendido como um moralismo desgarrado da base democrática do regime que se exsurge. De maneira direta, a Constituição de 1988 afixa vários casos de inelegibilidades, conforme se extrai da redação dos §§4º ao 7º do artigo 14:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
[omissis]

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído

no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição[38].

Denota-se que as normas positivas nos parágrafos supra são dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou seja, incidem independentemente da lei complementar aludida pelo §9º do mesmo dispositivo. Com efeito, a legislação infraconstitucional está autorizada a fixar hipóteses outras de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, com o escopo de proteger os valores de alicerce do regime democrático. “A explicitação do objeto, quanto às inelegibilidades a serem criadas pela lei complementar, era necessária, porque, configurando elas restrições a direitos políticos, importa sejam delimitadas aos objetos”, bem como fundamentos expressos e claramente indicados[39]. No mais, por serem restritivas de direitos fundamentais, a técnica sempre norteou que fossem disciplinadas integralmente em dispositivos constitucionais.

4 Inelegibilidades Absolutas e Relativas

Ao analisar o sistema de inelegibilidades afixado pela ordem constitucional vigente, cuida agrupá-las em dois âmbitos distintos, a saber: absolutas e relativas. As denominadas “inelegibilidades absolutas” substancializam impedimento para qualquer cargo eletivo. Neste quadrante, aquele que se encontra em situação de inelegibilidade absoluta

não pode concorrer a eleição alguma, não pode vindicar eleição para qualquer mandato eletivo e não possui prazo para desincompatibilização que lhe permita sair do impedimento a tempo de concorrer a determinado pleito. Só há o desaparecimento de tal modalidade de inelegibilidade quando a situação for definitivamente eliminada. Destarte, ela é excepcional e só encontra legitimação quando contida no próprio Texto Constitucional de 1988.

A Constituição consigna apenas duas hipóteses de inelegibilidades absolutas, conforme preconiza o §4º do artigo 14: “§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos”^[40]. Verifica-se que uma hipótese é genérica, compreendendo quaisquer indivíduos que se encontrem em situação de inalistabilidade, a saber: os menores de 16 anos (ou de 18 não alistados), os conscritos e os estiverem privados, temporária ou definitivamente, de seus direitos políticos. Outra, contudo, é específica para um tipo de cidadãos alistados eleitores, a quem a Constituição nega o direito de elegibilidades: os analfabetos. “Rigorosamente absoluta, como se percebe, é apenas a inelegibilidade dos analfabetos e dos que perderam os direitos políticos, porque os demais têm, ao menos, uma expectativa de cessação do impedimento”^[41].

Observa-se que os absolutamente inelegíveis são aqueles que não são titulares de elegibilidade. O *absoluto* está precisamente assentado nisto, porquanto não podem pleitear eleição alguma e nem dispõem de prazo para cessação do impedimento. Ora, não é absoluta a inelegibilidade, quando se prevê prazo para que ocorra a desincompatibilização e meios de liberação do vínculo dependente do sujeito inelegível. Em decorrência disso, é possível afirmar que as hipóteses contidas nas alíneas “b” a “e” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: [omissis]

b) os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto

nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subseqüentes ao término da legislatura;

c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando[42];

Por sua vez, as *inelegibilidades relativas* materializam restrições à elegibilidade para determinados mandatos em razão de situações especiais em que, no momento da eleição, se encontre o cidadão. “O relativamente inelegível é titular da elegibilidade, que, apenas não pode ser exercida em relação a algum cargo ou função eletiva, mas o poderia relativamente a outros”[43], em decorrência de estar sujeito a um vínculo funcional ou de parentesco ou de domicílio que obsta sua candidatura na situação vinculada.

Assim, as hipóteses de inelegibilidade relativa podem ser agrupadas em três âmbitos distintos: (a) por motivos funcionais; (b) por motivo de parentesco; e (c) por motivo de domicílio. No que atina ao primeiro âmbito, são relativamente inelegíveis para os mesmos cargos, num terceiro período subsequente: (i) o Presidente da República; (ii) os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; (iii) os Prefeitos; e (iv) quem os houver sucedido, ou substituído, nos seis meses anteriores ao pleito. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 16/1997[44] alargou a possibilidade desses titulares de mandatos executivos pleitearem um novo mandato sucessivo para o mesmo cargo, porém apenas para um único mandato subsequente, valendo dizer que a inelegibilidade especial perdura para um terceiro mandato imediato.

De acordo com Silva^[45], trata-se de privação de elegibilidade para o mesmo cargo que pela segunda vez está sendo ocupado pelo interessado. Ora, uma recondução é possível; contudo, a segunda é vedada. Denota-se, pois, que a proibição repousa sobre uma segunda reeleição, bastando, para tanto, que se componha a inelegibilidade em causa, que o titular, originário ou sucessor, tenha exercido, por um instante, o cargo no período de seu segundo mandato, ou o substituto, em qualquer momento, dentro dos seis meses anteriores ao pleito. Assim, se apenas tomar posse e não entrar em exercício do cargo, não se compõe a inelegibilidade.

Pode-se afirmar, diante de tal cenário, que o Vice-Presidente da República, o Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Vice-Prefeito do Município não estão proibidos de pleitear a reeleição, indefinidamente, como também podem candidatar, sem restrição alguma, à vaga dos respectivos titulares, salvo se os sucederem (assim, passando a titular) ou os substituírem nos últimos seis meses antes do pleito do segundo mandato. Ainda no que concerne ao âmbito funcional, é oportuno assinalar que, para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos, salvo desincompatibilização, por meio de renúncia aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. Oportunamente, frisa-se que os Vices são elegíveis a qualquer mandato, sem que sobrevenha a necessidade de renunciarem.

O segundo âmbito, *por motivo de parentesco*, consoante a redação do §7º do artigo 14^[46], no território da circunscrição do titular, os cônjuges e os parentes consanguíneos ou afins, até segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. Silva^[47], em seu escólio, vai afirmar que essa inelegibilidade aproxima-se da absoluta, notadamente no que atina ao cônjuge e aos parentes do Presidente da República, não titulares do mandato, que não podem vindicar eleição para cargo ou mandato algum. Ora, a distinção está em que ela deriva da situação especial com

possibilidades de desaparecer pela vontade das pessoas envolvidas e com prazo certo para terminar. Cuida obtemperar que a renúncia do Presidente, seis meses antes do pleito, por si só, tem o condão de desvencilhar da restrição seu cônjuge e seus parentes.

O terceiro âmbito, *por motivo de domicílio*, deriva da premissa encartada no inciso IV do §3º do artigo 14[48], responsável por estabelecer que uma das condições de elegibilidade é o domicílio eleitoral na circunscrição. Desta feita, é inelegível para mandato ou cargo eletivo em circunscrição em que não seja domiciliado pelo tempo estabelecido no artigo 9º da Lei nº 9.504/1997, que afixa: “para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito”[49].

5 Da Desincompatibilização

Nomeia-se *desincompatibilização* o ato pelo qual o candidato se desvencilha da inelegibilidade, com o escopo de concorrer a eleição cogitada. “O mesmo termo, por conseguinte, tanto serve para designar o ato, mediante o qual o eleito sai de uma situação de incompatibilidade para o exercício do mandato, como para o candidato desembaraçar-se da inelegibilidade”[50]. Com destaque, a desincompatibilização é um dos critérios empregados para superar o óbice da inelegibilidade infraconstitucional e tem prazo a ser cumprido que difere para cada cargo eletivo ocupado de acordo com a legislação complementar, em que fixa os prazos de cessação e dá outras providências.

Neste sentido, a “existência se justifica, pois tem o objetivo de impedir que o servidor público, no uso de cargo, função ou emprego público, utilize-se da própria administração pública em benefício pessoal”[51], assegurando maior lisura ao processo eleitoral, com o escopo de evitar a prática de abuso de poder político ou econômico e proteger a normalidade e legitimidade das eleições. Ora, além de promover a neutralidade dos poderes públicos na campanha eleitoral e, de consequência, a isonomia entre os candidatos, a exigência de desincompatibilização de determinados candidatos ou pré-candidatos com certa antecedência de tempo em relação às eleições, evitando-se, dessa

forma, que titulares de cargos públicos, quando aspirantes a candidatos, valham-se de seus cargos para obter vantagens ilegítimas.

Sobre a temática, cuida reconhecer que existem algumas espécies de afastamento do cargo que o eventual candidato pode se utilizar, a saber: as definitivas ou heterodesincompatibilização e as temporárias ou autodesincompatibilização. A forma definitiva ocorre por renúncia ao mandato eletivo, pedido de exoneração daqueles que ocupam cargos de confiança. Silva[52], ainda, vai explicitar que deve afastar-se definitivamente, por renúncia ou por exoneração, aquele que ocupa função ou cargo de Chefe de Executivo, ou de sua confiança. Já a temporária é a simples licença especial requisitada por servidores públicos, sendo voluntário o afastamento do cargo o qual ocupa para concorrer às eleições, inexistindo a necessidade de renúncia por parte do pretense candidato[53]. Em complementação, são casos de simples licenciamento a desincompatibilização de agentes que exerçam cargos ou funções efetivas, a exemplo de agentes do fisco, do Ministério Público, da polícia, bem como da administração e representantes de certas entidades, instituições ou empresas, para ocupantes se estatuem inelegibilidades.

Para as hipóteses que não reclamam afastamento definitivo, Silva[54] afirma que a jurisprudência tem sustentado a tese de que ocorre a desincompatibilização por qualquer forma que demonstre a desvinculação efetiva do exercício da função ou do cargo, como férias, licença-prêmio ou faltas injustificadas. Ao lado disso, o afastamento do eventual candidato restará comprovado mediante o afastamento do fato, ele não mais poderá atuar investido na função que desempenhava, a simples demonstração do afastamento tem o condão de caracterizar a desincompatibilização. A comunicação promovida após o afastamento e depois da data limite é irrelevante quanto a desincompatibilização, pois se opera no plano fático, logo, o afastamento de fato prevalece sobre o formal. Assim, é imprescindível a comunicação para o recebimento dos proventos daqueles que se afastaram.

Os servidores públicos em geral, estatutários e que não sejam de livre nomeação, é amparado o direito à sua remuneração integral. Para comprovar, portanto, o afastamento para concorrer as eleições, o

candidato terá que comprovar por meio de documentos imune de dúvidas, de que o interessado promoveu o afastamento. De igual modo, inexistente exigência legal para que o pedido de afastamento seja registrado em cartório.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997**. Dá nova redação ao §5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em: . Acesso em 22 jul. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: . Acesso em 22 jul. 2017.

_____. **Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991**. Regulamenta o art. 143, §§1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

_____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

CHAVES, Eric Raphael Pereira. **Desincompatibilização Eleitoral**. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2014. Disponível em: . Acesso em 22 jul. 2017.

DECLARAÇÃO de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776. Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembléia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. A disciplina constitucional dos direitos políticos. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 17, n. 122, mar. 2014. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional nº 90 de 15.9.2015). São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SOBREIRO NETO, Armando Antônio. **Direito Eleitoral: teoria e prática**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NOTAS:

[1] DECLARAÇÃO de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776. Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembléia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[2] DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 21 jul. 2017.

[3] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[4] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão proferido em Recurso Especial Eleitoral nº 29.662. Ministro Relator: Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Julgado em 16 dez. 2008. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[5] GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. A disciplina constitucional dos direitos políticos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 17, n. 122, mar. 2014. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017, s.p.

[6] SOBREIRO NETO, Armando Antônio. **Direito Eleitoral: teoria e prática**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41.

[7] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional nº 90 de 15.9.2015). São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 384.

[8] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[9] GUTIERREZ SOBRINHO, 2014, s.p.

[10] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[11] SILVA, 2016, p. 385.

[12] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017. Art. 12. São brasileiros: [omissis] § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: [omissis] II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;

[13] SILVA, 2016, p. 385.

[14] GUTIERREZ SOBRINHO, 2014, s.p.

[15] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[16] GUTIERREZ SOBRINHO, 2014, s.p.

[17] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017. Art. 12. São brasileiros: [omissis] § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

[18] SILVA, 2016, p. 386-387.

[19] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[20] Idem. **Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991**. Regulamenta o art. 143, §§1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[21] SILVA, 2016, p. 387.

[22] GUTIERREZ SOBRINHO, 2014, s.p.

[23] Ibid.

[24] BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017. Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou preempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005); VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005); IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

[25] GUTIERREZ SOBRINHO, 2014, s.p.

[26] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Questão de Ordem em Ação Penal nº 396. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator Cármen Lúcia. Julgado em 26 mar. 2013. Acórdão eletrônico publicado no DJe-196. Publicado em 04 out. 2013. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[27] Ibid. Acórdão proferido em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 577.012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Julgado em 09 nov. 2010. Publicado no DJe em 25 mar. 2011. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[28] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário nº 418.876. Órgão Julgador: Primeira Turma. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 30 mar. 2004. Publicado no DJe em 04 jun. 2004, p. 48. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[29] SILVA, 2016, p. 388.

[30] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[31] BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Acórdão proferido em Recurso Especial Eleitoral nº 13.021. Ministro Relator: Luciana Lóssio. Publicado no DJe em 12 mai. 2017, p. 29. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[32] SILVA, 2016, p. 388.

[33] Ibid.

[34] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017. Art. 149. Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos. §1º O Presidente da República decretará a perda dos direitos políticos: [omissis] *b*) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral;

[35] SILVA, 2016, p. 391.

[36] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [omissis] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

[37] SILVA, 2016, p. 391.

[38] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[39] SILVA, 2016, p. 393.

[40] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[41] SILVA, 2016, p. 393.

[42] BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: . Acesso em 22 jul. 2017.

[43] SILVA, 2016, p. 393.

[44] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997.** Dá nova redação ao §5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em: . Acesso em 22 jul. 2017.

[45] SILVA, 2016, p. 394.

[46] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [omissis] § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

[47] SILVA, 2016, p. 395.

[48] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [omissis] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: [omissis] IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

[49] Idem. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: . Acesso em 21 jul. 2017.

[50] SILVA, 2016, p. 395.

[51] CHAVES, Eric Raphael Pereira. **Desincompatibilização Eleitoral.** Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2014. Disponível em: . Acesso em 22 jul. 2017, p. 10.

[52] SILVA, 2016, p. 395-396.

[53] CHAVES, 2014, p. 11.

[54] SILVA, 2016, p. 396.

O CRIME DE DESACATO: UMA ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA ATUAL ACERCA DA "DESCRIMINALIZAÇÃO"

ADALBERTO DE OLIVEIRA CORDEIRO JÚNIOR:

Mestrando em Direito Penal. Defensor Público do Estado de Pernambuco. Tem especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior da Advocacia de Pernambuco-ESA e Faculdade Joaquim Nabuco de Recife - PE, tem especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB e é Bacharel em Direito pela ASCES/UNITA - Universidade Tabosa de Almeida de Caruaru - PE.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a recente celeuma oriunda das questões jurídicas envolvendo a descriminalização da conduta delituosa de desacato prevista no art. 331 do Código Penal, mormente no que se refere às decisões do Superior Tribunal de Justiça prolatadas no Recurso Especial nº 1.640.084/SP e no HC nº 379.269/MS. Analisar-se-á, ainda, a tipicidade penal do desacato após aquelas decisões do STJ, bem como os prognósticos legislativos que visam a revogação daquele delito.

Palavras – chave: tipicidade; descriminalização; desacato; delituosa; conduta.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O desacato como crime no Direito Penal brasileiro – 3. As decisões do STJ no recurso especial nº 1.640.084/sp e no HC 379.269/MS: o desacato ainda é crime? – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da organização do Estado, buscou-se, de alguma maneira, incessantemente, a proteção da administração pública e de seus agentes contra os atos contrários à lei praticados por particulares. O Estado busca o cumprimento de sua finalidade pública objetivando o bem-estar de toda uma sociedade.

No Estado, como organização política, vigora o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O fim público é o objetivo almejado pelo Estado afim de satisfazer as necessidades da administração pública e de seus administrados.

Para gerir interesses da administração pública, ao Estado lhe é facultado utilizar os meios coercitivos visando o bom funcionamento da coisa pública.

De certo, como não poderia ser diferente, o crime de desacato atualmente previsto no Código Penal em seu art. 331, visa a proteção da administração pública, bem como a proteção do funcionário público no exercício de sua função pública.

2. O DESACATO COMO CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Historicamente, após alguns anos da proclamação da Independência do Brasil, a qual era colônia do Reino de Portugal, foi promulgado o Código Penal do Império^[1], no qual não foi inserida, ao menos expressamente, a conduta delitiva de desacato.

O crime de desacato foi inserido, na legislação penal brasileira, pela primeira vez, com a promulgação do Código Penal brasileiro de 1890, nos seguintes termos:

“Art. 134. Desacatar qualquer autoridade, ou funcionario publico, em exercicio de suas funcções, offendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração devida e á obediencia hierarchica:

Pena – de prisão cellular por dous a quatro mezes, além das mais em que incorrer.

Paragrapho unico. Si o desacato for praticado em sessão publica de camaras legislativas ou administrativas, de juizes ou tribunaes, de qualquer

corporação docente ou dentro de alguma repartição pública:

Pena – a mesma, com aumento da terça parte.”[\[2\]](#)

Hodiernamente, o crime de desacato está previsto no art. 331 do Código Penal brasileiro no Título XI - Dos crimes contra a administração pública, e mais especificamente, no capítulo II - Dos crimes praticados por particular com a administração em geral, cujo tipo penal reza *in verbis*:

“Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.” [\[3\]](#)

Aplicável apenas para os crimes militares, a Lei Castrense também prevê o crime de desacato, tipificado nos arts. 298 a 300 do Código Penal Militar, senão vejamos, *in verbis*:

“ Desacato a superior

Art. 298. Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade:

Pena - reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Agravação de pena

Parágrafo único. A pena é agravada, se o superior é oficial general ou comandante da unidade a que pertence o agente.

Desacato a militar

Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

Desacato a assemelhado ou funcionário

Art. 300. Desacatar assemelhado ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.”[4]

O núcleo verbo do tipo penal é desacatar, todavia a letra fria da lei não nos descreve explicitamente o que vem a ser a conduta de desacatar e nem tampouco em que consiste o ato praticado que é o desacato. No que pese a lacuna da lei em explicitar a ação de desacato, trazemos à baila do léxico o significado do vocábulo *desacatar* como sendo: “*faltar com o devido respeito a; desrespeitar*”[5] Na mesma linha de raciocínio o vocábulo *desacato* significa *desrespeito*. [6]

A renomada Doutrina de Delmanto nos traz o sentido do verbo *desacatar* nos seguintes termos:

“O núcleo desacatar traz o sentido de ofender, menosprezar, humilhar, menoscar.” [7]

Inicialmente, observamos, no linguajar popular, que o crime de *desacato* é entendido como “*desacato à autoridade*”.

No entendimento jurídico moderno, é errônea a utilização do jargão popular “*desacato à autoridade*”, pois o sujeito passivo do crime de *desacato* é, primariamente, o Estado como administração pública, e, secundariamente, o funcionário público, ou seja, em tese, qualquer agente da administração pública, é sujeito passivo daquele delito e não apenas servidores como juízes, delegados entre outros que detém certa parcela de poder ou de autoridade.

O crime de desacato é praticado contra o funcionário público no exercício de sua função ou a em razão dela, sendo este seu sujeito passivo secundário, e ainda tendo tal tipificação penal o objetivo primário de proteger a administração pública e seus agentes no cumprimento de sua finalidade pública. O sujeito passivo do delito de desacato pode ser qualquer pessoa.

A conduta típica de desacato prevista na lei penal não é apenas uma garantia do funcionário público, mas também garantia do Estado-administração e ainda de toda a coletividade.

Em contraponto, como garantia dos administrados há o crime previsto na Lei de abuso de autoridade^[8], visando punir os abusos praticado por autoridade no exercício de sua função ou a pretexto de exercê-la.

3. AS DECISÕES DO STJ NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.640.084/SP E NO HC 379.269/MS: O DESACATO AINDA É CRIME?

Em decisão inédita, no dia 15 de dezembro de 2016, a quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1640084/SP, por intermédio do seu Relator Ministro Ribeiro Dantas, decidiu pela descriminalização da conduta de desacato previsto no art. 331 do Código Penal.

A referida decisão que culminou na pseudo descriminalização daquele delito, teve como fundamentação base a suposta violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, nominada de Pacto de São José da Costa Rica^[9], cuja decisão tem como fulcro o controle de convencionalidade.

O julgamento no RE nº 1640084/SP teve como foco, como já foi dito, a violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, decidiu-se que o crime de desacato estaria em descompasso com o art. 13 da referida convenção, sendo norma anacrônica, que culminaria em afronta à liberdade pensamento e de expressão dos indivíduos, pondo em patamar desigual o cidadão e os agentes públicos, e, certamente, ferindo os

princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do regime democrático de direito. Em síntese, este é o fundamento jurídico daquele *decisum*.

Em argumento contínuo para fundamentar a decisão da descriminalização do crime de desacato foi ponderado que descriminalizar tal conduta não retiraria a proteção do Estado e de seus agentes, já que a ofensa ao funcionário público seria considerada ainda conduta criminosa só que não mais como desacato mas como crime de injúria previsto no art. 140 do Código Penal.

Em nosso entendimento, não é cabível extirpar o crime de desacato e substituí-lo por crime de injúria a ofensa praticada contra o funcionário público, já que esta visa proteger a honra objetiva da pessoa humana, sendo crime de iniciativa privada, enquanto que aquele (desacato) protege, primariamente, o Estado-administração, como bem jurídico tutelado, e, secundariamente, o funcionário público, sendo crime de iniciativa pública, dada sua maior importância penal para a coletividade.

A descriminalização, no sentido tecnicamente jurídico, está consubstanciada no instituto da *abolitio criminis*, sendo este considerado como a lei posterior que põe fim a existência jurídica de uma conduta considerada como crime. Pois pelo princípio da legalidade ou da reserva legal, previsto no art. 1º do Código Penal, criminaliza-se a conduta por intermédio da aprovação de uma lei federal e, como não poderia ser diferente, descriminaliza-se uma conduta com a revogação daquela lei por lei posterior, consoante o art. 2º do Código Penal.

Não podemos nos olvidar que, em sede de Direito Constitucional, tratando-se da aplicabilidade das normas constitucionais, o STF, guardião da Constituição, se for provocado, poderá apreciar em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) a possibilidade da conduta de desacato não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ou não ser recepcionada por Tratados ou Convenções Internacionais de Direito Humanos que tenham status de norma constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º da CF/88. É possível ainda a

análise da constitucionalidade do crime de desacato pelo STF por intermédio de uma ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Até o presente momento, a conduta de desacato foi, tão somente, apreciada sob o prisma da convencionalidade, não tendo sido apreciada a constitucionalidade ou a não-recepção do referido delito perante a Constituição Federal de 1988.

Vejamos a ementa da decisão do STJ que “*descriminalizou*” a conduta típica de desacato:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código

de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.

3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal

ral no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é d estituída de validade." 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art.

331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP).^[10]

Antes de adentrarmos no cerne daquela decisão, faz-se mister tecermos alguns comentários acerca do Princípio da legalidade, bem como acerca da abolitio criminis.

O princípio da legalidade, ou como também é conhecido, princípio da reserva legal encontra-se, com redação quase idêntico e com igual sentido, tanto previsto na CF/1988 como no Código Penal brasileiro, *in verbis*:

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”^[11]

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”^[12]

Pelo princípio da reserva legal, a conduta descrita em um tipo penal só poderá ser considerada como crime se for criada por lei em sentido formal e estrito, ou seja, a conduta delituosa não poderá ser criada por outro ato normativo senão for por lei.

Acerca do instituto da abolitio criminis, este encontra-se previsto no Código Penal, vejamos in verbis:

“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.” [13]

A *abolitio criminis*, ou, abolição do crime, indica que somente a lei posterior poderá revogar uma conduta delitiva (crime), como exemplo temos a abolição do crime de adultério que era previsto no art. 240 do Código Penal brasileiro, revogado pela Lei nº 11.106/2005.

A decisão disposta no referido Recurso Especial que descriminalizou a conduta típica de desacato foi prolatada em caso concreto com efeitos inter partes, tornando-se um precedente jurisprudencial.

Em decisão contraposta ao REsp nº 1640084/SP prolatada pela 5ª Turma do STJ, na data de 24/05/2017, no Habeas Corpus nº 379.269 / MS prolatada pela 3ª Seção do STJ decidiu-se, em suma, que o conduta típica de desacato continua sendo crime. Vejamos:

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE

CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha".

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das

responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional."

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.

20. Habeas Corpus não conhecido. [\[14\]](#)

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul decidiu pela não descriminalização do crime de desacato, vejamos:

E M E N T A – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO ACUSATÓRIO – CRIME DE DESACATO – REFORMA DE DECISÃO JUDICIAL QUE REJEITOU A DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

1. O Controle de Convencionalidade do crime de desacato realizado pela 5.^a Turma do STJ é, além de desprovido de força vinculante ou de reconhecimento de repercussão geral, inadequado considerando a natureza da referida norma penal, que trata essencialmente da violação de bem jurídico fundamental essencial à manutenção da ordem democrática de direito. 2. A justa causa, condição genérica da ação penal e necessária ao recebimento da denúncia, diz respeito ao lastro probatório mínimo comprobatório da materialidade e indicativo da autoria do fato delituoso. Não equivale, pois, à prova

plena dos fatos, o que somente ocorrerá após a instrução do processo. [\[15\]](#)

O Tribunal Superior Militar, em sede de Habeas Corpus, decidiu que a conduta de desacato continua sendo crime, já que a decisão do STJ que descriminalizou aquela conduta não pode ser aplicada aos crimes militares, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. DESACATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO TIPO PENAL DO ARTIGO [299](#) DO [CPM](#). DECISÃO STJ. DESCRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO [331](#) DO [CÓDIGO PENAL](#). NÃO EXTENSÃO AO CRIME DE DESACATO A MILITAR, PREVISTO NO ARTIGO [299](#) DO [CPM](#). BENS TUTELADOS DIVERSOS. ORDEM DENEGADA. A decisão do Superior Tribunal de Justiça de descriminalizar o crime de desacato previsto no artigo [331](#) do [Código Penal](#), ante sua desconformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, não alcança o tipo penal previsto no artigo [299](#) do [Código Penal](#) Castrense. É que este tutela o respeito à dignidade da função de natureza militar, visando não prejudicar o exercício da função constitucional maior atribuída às Forças Armadas, que é a defesa da soberania e garantia da lei e da ordem, enquanto aquele resguarda a Administração Pública nos seus interesses material e moral. Porquanto, são propósitos diversos. Conclui-se que a citada decisão em nada afetou o ordenamento jurídico substantivo castrense, em face do princípio da especialidade das leis, o qual consigna que a lei especial afasta a geral. Ordem denegada. Decisão unânime.[\[16\]](#)

Em decisão monocrática, o Supremo Tribunal Federal corrobora a tese encampada acima pelo Superior Tribunal Militar de que não se aplica

aos crimes militares a descriminalização do crime de desacato, senão vejamos o *decisum*:

Decisão

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de Girleu Oliveira de Asevedo, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar - STM nos autos do HC 8.163/RJ, de relatoria do Ministro Tenente Brigadeiro do Ar Francisco Joseli Parente Camelo, assim ementado: HABEAS CORPUS. DESACATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO TIPO PENAL DO ARTIGO [299](#) DO [CPM](#). DECISÃO STJ. DESCRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO [331](#) DO [CÓDIGO PENAL](#). NÃO EXTENSÃO AO CRIME DE DESACATO A MILITAR, PREVISTO NO ARTIGO [299](#) DO [CPM](#). BENS TUTELADOS DIVERSOS. ORDEM DENEGADA. A decisão do Superior Tribunal de Justiça de descriminalizar o crime de desacato previsto no artigo [331](#) do [Código Penal](#), ante sua desconformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, não alcança o tipo penal previsto no artigo [299](#) do [Código Penal](#) Castrense. É que este tutela o respeito à dignidade da função de natureza militar, visando não prejudicar o exercício da função constitucional maior atribuída às Forças Armadas, que é a defesa da soberania e garantia da lei e da ordem, enquanto aquele resguarda a Administração Pública nos seus interesses material e moral. Porquanto, são propósitos diversos. Conclui-se que a citada decisão em nada afetou o ordenamento jurídico substantivo castrense, em face do princípio da especialidade das leis, o qual consigna que a lei especial afasta a geral. Ordem denegada. Decisão unânime. Consta na inicial que o paciente foi

denunciado pela suposta prática dos seguintes crimes, previstos no [Código Penal Militar](#): (i) violência contra militar de serviço com lesão corporal (art. 158, § 2º); (ii) lesão leve (art. 209); (iii) desacato a militar (art. 299). Irresignada com o recebimento da denúncia, a defesa impetrou habeas corpus no STM. Entretanto, a ordem foi denegada pelo Plenário da Corte Castrense, em sessão do dia 9/5/2017. A Defesa informa que nesse ínterim, a Juíza Auditora da 2ª Auditoria 1ª CJM, designou audiência de julgamento para o dia 5/6/2017, às 13h30min. Aduz que, em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça, em 15/12/2016, descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato a autoridade, por entender que a tipificação é incompatível com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (pág. 2 do documento eletrônico 1). Sustenta, assim, que a denúncia deve ser rejeitada na parte que diz respeito ao crime de desacato, em razão do entendimento do STJ sobre o crime de desacato, consignado no julgamento do REsp 1.640.084/SP. Requer, liminarmente, o cancelamento da Audiência de Julgamento, designada para o dia 5/6/2017, às 13h30, pelo Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM (Ação Penal Militar nº 0000151-71.2013.7.01.0201) e, no mérito, que seja rejeitada a denúncia recebida pelo Juízo a quo, em relação a conduta tipificada como crime de desacato, prevista no art. 299, do CPM (pág. 7 do documento eletrônico 1). É o relatório. Decido. A concessão de medida liminar necessita da presença de seus requisitos autorizadores, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Em relação ao *fumus boni iuris*, impende registrar que a ação penal ainda encontra-se em sua fase inicial, cujo trancamento pela via do habeas corpus ocorre somente diante de flagrante ilegalidade ou teratologia.

Ademais, à primeira vista, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça STJ no julgamento do REsp 1.640.084/SP não tem o condão de produzir efeitos na ação penal a qual responde o paciente. Isso porque, mesmo que analisado pela sistemática de recursos repetitivos, o caso analisado por aquela Corte tratou do crime de desacato praticado por cidadão contra funcionário público civil e não entre militares, como se observa no presente writ. Vislumbro, ainda, que a realização da audiência de julgamento não causa prejuízo iminente e irreparável ao paciente. Destarte, verifico a ausência dos requisitos autorizadores à concessão de medida cautelar. Isso posto, indefiro a liminar. Requistem-se informações à autoridade coatora. Ouça-se o Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 1º de junho 2017. Ministro Ricardo Lewandowski Relator. [\[17\]](#)

Mormente após a decisão da 3ª seção do STJ, no Habeas Corpus, a qual julgou que o crime de desacato continua sendo crime, os operadores do Direito andaram se perguntando como será resolvida tal divergência jurisprudencial. Acerca de celeuma criada em torno do tema, entende-se que não há mais aquela divergência, uma vez que a 3ª seção do STJ reunindo as duas turmas de Direito Penal desse Tribunal pacificou aquela questão jurídica no sentido de que a conduta de desacato continua sendo crime.

Paralelamente às decisões do STJ no sentido da descriminalização ou não do crime de desacato, tramita no Congresso Nacional, ao menos, dois projetos de lei tendo como objetivo a revogação do crime de desacato, como se pode observar a seguir:

PROJETO DE LEI Nº 602, DE 2015. (Do Sr. Jean Wyllys)

Altera dispositivo do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e acrescenta dispositivos à Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 11 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

“XXII - invocar sua função ou cargo público para eximir-se de obrigação legal ou obter privilégio indevido.”

“Parágrafo único – No caso previsto no inciso XXII, qualquer autoridade deverá informar o fato ao órgão público onde o agente está lotado.”

Art. 2º Revoga-se o artigo 331 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

*Projeto de Lei de autoria do Deputado Federal
WADIIH DAMOUS.*

PROJETO DE LEI nº 2769/2015.

Revoga o artigo 331 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), art. 299 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) e a Lei 7.170, de 14 de setembro de 1983, que “Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências;”.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Fica revogado o art. 331 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Art. 2º Fica revogado o art. 299 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar)

Art. 3º. Fica revogada a Lei 7.170, de 14 de setembro de 1983, que “Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

Art. 4º. Esta lei em vigor na data da sua publicação.

Indubitavelmente, diante disso, os prognósticos para a permanência do desacato como conduta delitiva no nosso ordenamento jurídico não são dos melhores, haja vista a existência de propostas legislativas para sua revogação.

Lamentavelmente, tramita ainda no Congresso Nacional o anteprojeto do novo Código Penal, considerada como emenda ao substitutivo do projeto de lei nº 236/2012, que, dentre outras providências, revoga o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (atual Código Penal), cujo anteprojeto não dispõe mais acerca do crime específico de desacato, tornando-o crime de injúria qualificada previsto no parágrafo único do art. 149, vejamos abaixo:

“ Injúria

Art. 143. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – prisão, de seis meses a um ano.

Injúria qualificada

§1º *Se a injúria consiste em referência à raça, cor, etnia, sexo, identidade ou opção sexual, idade, deficiência, condição física ou social, religião ou origem: Pena – prisão, de um a três anos.*

Aumento de pena

Art. 145. As penas cominadas neste Capítulo são aplicadas até o dobro se qualquer dos crimes é cometido:

*I – na presença de várias pessoas; II – por meio jornalístico, inclusive o eletrônico ou digital, ou qualquer outro meio de comunicação que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria; III – por servidor público, ou quem exerça cargo, emprego ou função pública, inclusive em entidade paraestatal, prestadora de serviço contratada ou conveniada, que revele ou facilite a revelação de fato que, em razão da atividade, deva permanecer em segredo, ou que viole sigilo legal ou juridicamente assegurado; **IV – contra servidor público, em razão das suas funções;** ou V – mediante paga ou promessa de recompensa. (grifo nosso)*

Ação penal

Art. 149. Nos crimes previstos neste Capítulo, somente se procede mediante queixa.

*Parágrafo único. **Nas ofensas irrogadas contra o servidor público, no exercício de suas funções,** ou na injúria qualificada por racismo, é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a propositura de ação penal. **[18]** (grifo nosso)*

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante as decisões antagônicas prolatadas pelo STJ, a celeuma originada acerca da descriminalização da conduta de desacato está, pelo menos, neste momento, pacificada, pelas razões acima exposta, no sentido de que continua sendo aplicável o artigo 331 do Código Penal brasileiro.

Indubitavelmente, a decisão da Terceira Seção do STJ no sentido de afirmar que continua sendo crime a conduta de desacatar foi a mais acertada, sobretudo porque o crime de desacato visa a proteção do Estado e de seus agentes no cumprimento de sua finalidade pública.

Faz-se mister entender que a existência no ordenamento jurídico do crime de desacato não retira, de modo algum, o direito à livre expressão e manifestação do pensamento do cidadão, cujo exercício de tal direito deverá ser exercido nos limites da lei e da própria Constituição Federal de 1988.

No que pese todas as divergências em torno do desacato, prevalece a derradeira decisão do STJ que julgou o caso, pacificando, por hora, tal questão jurídica. Todavia, o STF ainda não foi provocado a julgar o tema em sede de Direito Constitucional, no qual poderá haver mudança de entendimento, embora a decisão do STJ pela continuidade da criminalização do desacato seja o melhor e mais acertado juízo de entendimento sobre o caso, visando a proteção do Estado, dos seus agentes, e, sobretudo, do interesse público.

Ademais, consoante vimos acima, em favor da revogação do crime de desacato já se levantam vozes no Congresso Nacional com projetos de lei visando extirpar do nosso ordenamento jurídico referida conduta delitiva, o que demonstra, inexoravelmente, que mencionado delito corre o risco iminente de ser revogado, caso algum daqueles projetos de lei seja aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo chefe do Poder Executivo Federal.

Portanto, defendemos a tese pela continuidade da tipicidade da conduta delitiva de desacato, só podendo ser revogada por lei posterior que deixar de considerá-la crime, ou, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o STF julgar dita conduta inconstitucional à luz da Constituição Federal de 1988, ou por intermédio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) julgar aquela conduta como não recepcionada pela Constituição Federal.

Por fim, também defendemos que a conduta de desacato não deve ser revogada, mas sim seja modificada para aumentar a pena, para punir exemplarmente os infratores da lei penal, deixando de ser crime de menor potencial ofensivo e proteger, efetivamente, a administração pública e seus agentes públicos, já que o sentido da norma penal é a proteção da coletividade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acesso em: 29/06/2017.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 29/06/2017.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm> Acesso em: 11/07/2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 29/06/2017.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 11/07/2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm. Acesso em: 02/07/2017.

BRASIL. [Lei de 16 de dezembro de 1830](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Código Penal do Império. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 11/07/2017.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3ª ed., São Paulo: Editora Lisa, 1990.

DELMANTO, Celso., DELMANTO, Roberto., DELMANTO JÚNIOR, Roberto., DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3). Terceira Seção – STJ.

STJ - REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

XIMENES, Sérgio. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. Editora Ediouro, 2001.

NOTAS:

[1] Lei de 16 de dezembro de 1830 – Código Penal do Império.

[2] Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código penal brasileiro.

[3] Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal brasileiro.

[4] Decreto – Lei nº **1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969 – Código Penal Militar.**

[5] XIMENES, Sérgio. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. Editora Ediouro, 2001, p. 293.

[6] BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3ª ed., São Paulo: Editora Lisa, 1990, p. 198.

[7] DELMANTO, Celso., DELMANTO, Roberto., DELMANTO JÚNIOR, Roberto., DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 946.

[8] **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 - Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.**

[9] Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

[10] REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

[11] Art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

[12] Art. 1º do Código Penal brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

[13] Art. 2º do Código Penal brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

[14] HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3). Terceira Seção – STJ.

[15] TJ/MS, 2ª Câmara Criminal, julgado em: 13 de março de 2017, Recurso em Sentido Estrito - Nº 0006137-27.2015.8.12.0110, Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

[16] Processo HC 00000816320177000000 RJ, Data da Publicação: 18/05/2017 Vol: Veículo: DJE, Julgamento: 9 de Maio de 2017, Relator Francisco Joseli Parente Camelo.

[17] Processo MC HC 143968 RJ - RIO DE JANEIRO 0004952-40.2017.1.00.0000. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Julgamento: 1 de Junho de 2017, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

[18] Emenda no substitutivo do projeto de lei nº 236/2012.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL NO TRATO DE NOVOS PROCEDIMENTOS BIOTECNOLÓGICOS NA ÁREA DE ENGENHARIA GENÉTICA

BARBARA MARQUES SILVEIRA: Curso de Especialização em Ciências Criminais da Universidade Luterana do Brasil. Pós-graduanda.

RESUMO^[1]: Com o presente estudo, objetivou-se fazer uma investigação sobre reprodução assistida, frente à legislação atual brasileira e suas lacunas no trato de novos procedimentos biotecnológicos na área da engenharia genética, verificando a ausência de leis para evitar o risco eugênico nas práticas laboratoriais de fertilização assistida. O método utilizado no presente trabalho será, inicialmente, o dedutivo fazendo um breve relato das origens eugênicas, abordando as evoluções da biotecnologia no cenário de reprodução assistida e a legislação brasileira que regulamenta os procedimentos. Para o desenvolvimento da pesquisa, será utilizado o método bibliográfico e descritivo, a partir da observação de obras e legislações do referido tema, fazendo análises comparativas de opiniões e questionamentos envolvendo a sociedade, profissionais da área saúde e jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Biotecnologia; Eugenia; Legislação; Reprodução assistida.

ABSTRACT: The present study aimed to investigate the assisted reproduction, facing the current brazilian legislation and its gaps in the treat of new biotechnological procedures in the area of genetic engineering, verifying the absence of laws to avoid the eugenic risk in the laboratory practices of assisted fertilization. The method used in the present work will, primarily, the historical, making a brief report of the eugenic origins, approaching the evolutions of biotechnology in the scene of the assisted reproduction and the brazilian legislation that rules the procedures. For the research development, the bibliographic and descriptive methods will be used, from the observation of literature and laws about the subject, making comparative analysis of opinion and questionings concerning society, and professional from the health and law areas.

KEYWORDS: Biotechnology; Eugene; legislation; assisted reproduction.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Reprodução assistida e riscos de eugenia: As lacunas na legislação brasileira; 2.1 Bioética, biodireito e reprodução assistida; 2.1.1 Riscos de eugenia; 3 O Conselho Federal de Medicina e a regulamentação da reprodução assistida; 3.1 A Resolução Nº 2.01313 do Cfm; 3.2 A Força normativa das resoluções; 4 A eugenia e a negação da diversidade cultural; Conclusão; 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Esse fato gera a necessidade de uma lei específica para regular estes procedimentos evitando os riscos eugênicos já existentes e outros que podem vir a surgir com o tempo, visto que existem falhas na lei quanto aos limites na reprodução assistida. Os avanços da ciência visam melhorias nos procedimentos de reprodução assistida e também no trato da saúde em geral. Contudo, essas vantagens oferecidas trazem consigo discussões acerca da bioética e da biossegurança.

Os progressos tecnológicos na área de reprodução assistida são inevitáveis. Por essa razão, frente ao progresso da ciência e dos avanços no ramo da biotecnologia é necessária uma adaptação legislativa, a fim de evitar abusos e pôr limites em práticas que ponham em risco o patrimônio genético e que possam ferir a dignidade humana.

Com a falta de parâmetros jurídicos específicos, há um grande risco de desvirtuação dos procedimentos de reprodução assistida, por meio da utilização das técnicas da inseminação in vitro para escolher características, ao invés de prevenir de síndromes e demais má formações, doenças genéticas ligadas ao sexo, tornando essas técnicas, assim, eugênicas.

Diante deste contexto, essa pesquisa centrar-se-á na discussão sobre a eficácia da legislação brasileira na prevenção de riscos de eugenia, no que se refere ao uso de técnicas de reprodução assistida. Esse fato gera a necessidade de uma lei específica para regular estes procedimentos evitando os riscos eugênicos já existentes e outros que podem vir a surgir

com o tempo, visto que existem falhas na lei quanto aos limites na reprodução assistida. Os avanços da ciência visam melhorias nos procedimentos de reprodução assistida e também no trato da saúde em geral. Contudo, essas vantagens oferecidas trazem consigo discussões acerca da bioética e da biossegurança.

Os progressos tecnológicos na área de reprodução assistida são inevitáveis. Por essa razão, frente ao progresso da ciência e dos avanços no ramo da biotecnologia é necessária uma adaptação legislativa, a fim de evitar abusos e pôr limites em práticas que ponham em risco o patrimônio genético e que possam ferir a dignidade humana.

Com a falta de parâmetros jurídicos específicos, há um grande risco de desvirtuação dos procedimentos de reprodução assistida, por meio da utilização das técnicas da inseminação in vitro para escolher características, ao invés de prevenir de síndromes e demais má formações, doenças genéticas ligadas ao sexo, tornando essas técnicas, assim, eugênicas.

Diante deste contexto, essa pesquisa centrar-se-á na discussão sobre a eficácia da legislação brasileira na prevenção de riscos de eugenia, no que se refere ao uso de técnicas de reprodução assistida.

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E RISCOS DE EUGENIA: AS LACUNAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 Bioética, Biodireito e Reprodução Assistida

Bioética é a ética da vida; ciência que estuda os valores morais, procurando estabelecer a licitude e ilicitude das possibilidades experimentais e tecnológicas referentes à vida humana. A Bioética:

[...] tem como objetivo orientar a humanidade num direcionamento racional mais cauteloso no trato dos avanços biotecnológicos prezando os valores à luz constitucional. Visa também a bioética proteger a dignidade da pessoa humana, os direitos pessoais, princípios e direitos coletivos frente à revolução de

novas descobertas biotecnológicas (JUNGES, 2013, p. 48).

Enquanto disciplina, a bioética é nova, sendo examinada à luz dos princípios éticos e morais. Trata-se de um estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas, com objetivo de melhorar a saúde e qualidade de vida.

Neste sentido, há diferentes classificações da bioética conforme suas temáticas. Assim, a bioética das situações emergentes é aquela que se refere aos conflitos entre o progresso da ciência e os limites dos direitos humanos e, a bioética das situações persistentes, a que trata de temas cotidianos, problemas que o mundo enfrenta com o passar do tempo.

Essa ligação entre a bioética e os direitos humanos remete a um novo conhecimento jurídico, o Biodireito, que denota a necessidade de se considerar o fato como um todo, não particularizando cada etapa. Isso significa que, dentre os elementos que constituem a experiência humana, o direito e a bioética estão interligados na formação de valores e conceitos.

Até que o Biodireito surgisse, a Bioética, de acordo com Sgreccia (1996, p. 42-44), procurou solucionar as questões existentes entre os seres humanos e o ecossistema, em um primeiro momento. Posteriormente, se preocupou com a análise dos problemas éticos dos pacientes, dos médicos e de todos os envolvidos na assistência médica e pesquisas científicas, relacionadas com o início, a continuação e o fim da vida. Nessa perspectiva, Barboza (2004, p. 73), destaca:

[...] o objeto do Biodireito é matéria complexa, heterogênea e que lhe confronta normas existentes que na maioria das vezes lhe são estranhas. Pode-se afirmar, contudo, que sua base principiológica está construída. A partir de 1988 instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica que encontra na Constituição da República seus princípios estruturais. Tais princípios constitucionais ou princípios gerais de direito compreendem os valores primordiais de nossa

sociedade, traduzindo em sua maioria os direitos fundamentais do homem. Por sua natureza, conforme antes exposto, os princípios constitucionais devem constituir os princípios de Biodireito.

Posteriormente, o Biodireito ao ser erigido à categoria de área do conhecimento e estando atrelado à Bioética, ao Direito Penal, ao Direito Civil, ao Direito Ambiental e ao Direito Constitucional, ele se propõe a trabalhar no limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra a pessoa ou a espécie humana. Abrange, desse modo, todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas e voltadas a impor (ou proibir) uma conduta médico-científica danosa ao ser humano e que sujeitam seus infratores às sanções por elas previstas.

O Biodireito apresenta-se como um rol de normas positivadas que regem os limites nas atividades científicas e orientam os profissionais de saúde, pesquisadores, cientistas prevendo também sanções em caso de violação da lei, vindo a ser então a disciplina jurídica, que relaciona as normas positivadas aos avanços biotecnológicos (VALLE; TELLES, 2003, p. 108).

Sabe-se que o respeito à autonomia do paciente tem como objetivo garantir-lhe a liberdade de escolha sobre seu bem-estar. Ser autônomo, no entanto, não pressupõe só a liberdade de agir, mas também a capacidade de agir em consonância com as escolhas feitas e as decisões tomadas. É certo que os avanços tecnológicos abrem um leque enorme para que escolhas sejam feitas de forma clara, mas, ao falar em reprodução assistida, depara-se com alguns questionamentos éticos.

A busca de um estereótipo ditado pela sociedade como ideal é a primeira inquietação, ainda que se saiba que o paciente tem o direito de optar por características genéticas que o satisfaçam. Esta autonomia também não é absoluta; há limites a serem respeitados, como a diversidade cultural.

Assim, ao referenciar a reprodução assistida, percebe-se que esse procedimento intervém no processo de fecundação natural, embora tenha o objetivo de possibilitar que a pessoa possuidora de infertilidade ou de esterilidade satisfaça o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Segundo a igreja católica, a reprodução assistida abre a porta a novos atentados contra a humanidade. Entre eles está o incentivo à produção de embriões em número superior ao necessário para a implantação no útero da mulher, depois suprimidos ou utilizados para pesquisas, a pretexto de progresso científico e médico, e o estímulo ao aborto eugênico (eugenia negativa), que acolhe a vida do embrião sob certas condições, recusando a limitação e a enfermidade (PAULO II, 1995, p. 21-22).

As técnicas da reprodução assistida são: a inseminação artificial homóloga ou heteróloga e a fecundação *in vitro*. Na fecundação homóloga as células reprodutivas usadas são do próprio marido ou companheiro e, na heteróloga, ambas as células reprodutivas podem ser de pessoas desconhecidas.

A fecundação *in vitro* é uma outra técnica da Reprodução Assistida, através da qual se dá a fecundação do óvulo *in vitro*, ou seja, os gametas masculinos e femininos são previamente recolhidos e colocados em contato, *in vitro*. Sendo, então, o embrião resultante, posteriormente transferido para o útero ou para as trompas (VALLE; TELLES, 2003, p. 102).

A técnica de inseminação artificial trata de depositar no útero os espermatozoides previamente coletados e selecionados em laboratório. Utilizam-se, para isso, meios artificiais em técnicas distintas, o que permite a seleção genética e a prática eugênica.

Assim, ao fazer as escolhas dos melhores genes, surge uma preocupação que parte da análise dos possíveis tratamentos. Ao substituir

genes maus por genes bons, gera-se a ideia de que se poderá conceber uma humanidade nova, aperfeiçoada, fazendo, dessa forma, com que a eugenia seja vista como uma forma discriminatória de constituir uma sociedade.

2.1.1 Riscos de Eugenia

Atualmente, já há nos bancos de doadores a seleção de gametas e sua devida triagem para comercialização. Mesmo sendo vedados os procedimentos que selecionem sexo, raça e demais características, implicitamente estas técnicas podem ser aplicadas em clínicas de reprodução assistida. Basta analisar o fato da escolha do doador para se constatar que há uma seleção de características antecedendo o procedimento.

O Brasil tem questões preocupantes que precisam ser solucionadas ao ponto de vista jurídico quanto as possibilidades tratadas na fecundação in vitro, entre elas podemos citar os experimentos com embriões, precisa-se decidir se são considerados pessoas ou apenas objetos experimentais, o que gera dilemas éticos quase insolúveis frente a diversas opiniões sobre conceito vida, concepção e seus atributos (DINIZ, 2014, p. 192).

Outra questão importante é o congelamento dos embriões, referente ao tempo que devem permanecer congelados. Isso gera discussões sobre posse, vínculo familiar, geração, se podem ser objeto de divisão em caso de separação de casais ou, simplesmente, se podem ser considerados produtos e vendidos a terceiros, no caso de abandono ou omissão de doadores.

O descarte de embriões feito em laboratório é chamado também de perda planejada ou redução embrionária. A questão que permeia essa discussão é como diferenciar o aborto deste procedimento, que deixa subentendida uma prática semelhante e com a mesma finalidade, apenas em tempo diferente.

Neste sentido, o Estatuto do Nasciturno (2007) afirma que:

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de terem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um 'basta' a tamanhas atrocidades (BRASIL, 2007, p. 7).

Verifica-se, então, a previsão de vedação destas práticas pelo Projeto de Lei nº 1184, de 2003, ainda que a prática frequente destes procedimentos, acima citados, mostre a falha legislativa, visto que, muitas vezes, não recebem a devida sanção. Surge, então, o questionamento de que o descarte embrionário também seria permitido em sua legalidade, e tal ideia parte da existência do Projeto de Lei Originário da Câmara 3/2013, ou PLC 3/2013. Tal projeto, tramitado em regime de urgência, dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, tornando obrigatório, na rede hospitalar do Sistema Único de Saúde (SUS), o atendimento emergencial, integral e multidisciplinar às vítimas de violência sexual. Pretende-se, com isso, o controle e o tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social.

O jurista não poderá quedar-se inerte ante a realidade de consequências jurídicas sobre a técnica conceptiva, ficando silente diante de tão intrincada questão, nem o legislador deverá omitir-se, devendo, por isso, regulá-la, rigorosamente, se impossível for vedá-la (DINIZ, 2014, p. 193).

Nota-se que o sistema legislativo deixa lacunas em muitas questões, que necessitam ser revistas e formuladas decisivamente, a fim de estabelecer o que é permitido e quais são as práticas vedadas.

É evidente que o procedimento feito com finalidades seletivas eugênicas ocasiona uma série de conflitos sociais, trazendo mais desigualdades numa sociedade já atingida por este mal. As pessoas tornam-se objetos, podendo ser feitas sob medida. Perdem, assim, conceitos de família, características naturais, sendo portador de uma identidade genética desconhecida ou omissa.

Dessa forma, a seleção genética impõe a necessidade de se reavaliar o reconhecimento do estado de filiação, sendo que esse é visto pela LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, correlacionado à identidade genética, a qual é um direito humano. “A identidade genética é um novo direito humano ou fundamental que atinge a constituição do ser humano enquanto espécie e pessoa têm como fundamento a dignidade do ser humano e é um bem jurídico fundamental” (LOUREIRO, 2009, p. 181).

Para ilustrar essa discussão, pode-se citar o filme *Gattaca* (NICCOL, 1997) que trata da preocupação com a tecnologia reprodutiva e as consequências que esta pode trazer para a humanidade. A partir de uma visão futurística, o filme apresenta oimenso conflito social provocado, quando somente os embriões perfeitos eram selecionados e validados para nascer. Os considerados inválidos seriam discriminados.

Sabe-se que os métodos de inseminação não são acessíveis para toda a população. Logo, a escolha e seleção dos embriões também não estão disponíveis a todos, sendo viáveis apenas para aqueles que têm um poder aquisitivo maior. Esse fator agrava o distanciamento entre pessoas e a segregação por classes sociais, econômicas e raciais.

Isso gera a ideia de que os descendentes das classes sociais mais privilegiadas financeiramente venham a ser uma raça humana mais evoluída que o restante da população. No entanto, essa seleção só

aumenta a desigualdade social, de modo que se faz imperiosa a regulamentação e fiscalização dos procedimentos de reprodução assistida.

3 O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

3.1 A Resolução nº 2.01313 do CFM

Segundo o Portal Médico 2010 – 2015^[2], o site do Conselho Federal de Medicina, as normas e princípios que deram início à regulamentação dos procedimentos biotecnológicos surgiram, a partir do contexto histórico da segunda guerra mundial, que expôs o perigo da eugenia e os conflitos que esta desencadeia.

Em Nuremberg, na Alemanha, após a 2ª Guerra Mundial, médicos foram julgados por crimes voltados a investigações científicas envolvendo seres humanos. No código de Nuremberg há diversas regulamentações tratando dos experimentos e como devem ser conduzidos para evitar sofrimento ao paciente. Entre as advertências o código se pode mencionar os riscos e seus respectivos graus sem exceder a importância do problema, a suspensão dos experimentos e a manutenção da integridade física, dentre outras que visam à preservação dos direitos humanos em experimento médico-científicos.

Considerando-se a superação da infertilidade com a nova ciência e tecnologia em reprodução assistida, o código, nas suas resoluções, destaca precisamente princípios bioéticos como a inviolabilidade do corpo humano e a não comercialização deste, incluindo as células reprodutivas e embriões. Trata também da doação de gametas; normatizando a forma como deve ser procedida e salienta que este procedimento deve ser anônimo por regra.

Com base na regulamentação do CFM, as técnicas de reprodução assistida têm como objetivo ajudar a solucionar problemas de infertilidade. Estas técnicas devem ser usadas, apenas quando existe chance de sucesso na gestação e resguarda à exposição do paciente ao risco.

Dentre os princípios do CFM, cita-se a impossibilidade do uso de técnicas com fins seletivos referentes ao sexo e características embrionárias, permitindo o uso de triagem embrionária com a finalidade exclusiva de prever doenças genéticas e síndromes ligadas ao sexo. Há também uma vedação quanto ao uso de oócitos, para fins que não sejam reprodutivos. Regulamenta, inclusive, o número de embriões a serem implantados em mulheres, de acordo com a faixa etária destas.

No ponto de vista ético há uma preocupação crescente na delimitação dos atos permitidos na reprodução assistida visto às novas descobertas de engenharia genética expande-se o rol de procedimentos experimentais e técnicas que trazem inúmeras situações que antigamente eram apenas utopias, incluindo a clonagem humana (LENZA, 2009, p. 68).

Em 2013, novas regras foram implantadas na Resolução do CFM, que destacam a segurança da saúde da mulher e a defesa dos direitos reprodutivos para todos os indivíduos. Entre esses direitos está o respeito à diversidade no trato de casais homoafetivos, garantindo sua inclusão no acesso à reprodução assistida.

Ainda no rol das novas regras, pode-se mencionar a doação compartilhada, que regulamenta a doação de óvulos de uma mulher mais jovem em tratamento para engravidar outra mais madura que não produz mais óvulos; o descarte embrionário; a observação de padrões experimentais em diferentes faixas etárias e seus respectivos gametas e a eficácia gestacional, a fim de evitar gestações múltiplas e descarte embrionário.

A nova redação também deixa mais claro quanto ao número de oócitos [mesmo que óvulos] e embriões [fecundação entre óvulo e espermatozoide] a serem transferidos no caso de doação: estes devem ser respeitadas a idade da doadora e não da receptora. José HiranGallo explica que a decisão se dá porque a

qualidade dos óvulos doados são maiores: “a paciente acima de 40 anos tem probabilidade de engravidar em torno 10%, já as pacientes menores de 35 tem chances acima de 40%.Essa limitação reduz as chances de gestação múltipla, que seria mais um fator de risco para mulheres mais velhas. É preciso ficar atento à maturidade desses óvulos e não de seu receptor[3].

Em setembro de 2015, o Conselho Federal de Medicina (CFM) trouxe atualizações nas regras de reprodução assistida. Uma alteração significativa trata do diagnóstico genético ou triagem embrionária, dando possibilidade para investigação de doenças genéticas familiares. No texto anterior da resolução, este procedimento era pouco usual, sendo vedado com fins de evitar seleção de sexo e características.

O novo texto traz também alterações no capítulo que trata do diagnóstico genético pré-implantação de embriões. A nova regra vale para casos em que sabidamente existe uma doença genética na família, como hemofilia ou distrofia muscular progressiva. A estratégia consiste em utilizar a evolução da medicina para evitar que uma criança nasça com graves problemas de saúde, além de permitir a seleção de embrião compatível para doar células-tronco a um irmão doente, por exemplo (FRANCO, 2015).

Assim, a resolução busca, de uma forma coerente, proteger as ações de cunho reprodutivo, para que sejam orientadas e prestem a devida atenção a quem opta pelo método assistido. Sabe-se que são normas, não leis, mas ainda assim validam e valorizam as orientações prestadas em âmbito geral.

3.2 A Força Normativa das Resoluções

O Ordenamento Jurídico Brasileiro é um conjunto de normas que se estrutura hierarquicamente. Há uma série de dispositivos a partir dos quais

seus elementos são estruturados e regrados. Acima de todas as leis e demais dispositivos está a Constituição Federal, que é considerada a lei maior do país.

A unidade do ordenamento jurídico, construído de modo escalonado, parece estar em questão, uma vez que uma norma de grau inferior não corresponde a uma norma de grau superior determinante, seja em sua produção seja em seu conteúdo, ou seja, quando é contrária à determinação que constitui a supra e a infra-relação do ordenamento. É o problema da norma contrária à norma, que se apresenta aqui: a lei inconstitucional, o regulamento, a sentença ou o ato administrativo contrários à lei ou ao decreto (KELSEN, 2001, p. 109 e 112).

As resoluções são atos legislativos de conteúdo concreto e efeito interno, que não possuem força de lei. As regras que tratam de seus procedimentos são previstas nos regimentos internos. São emitidas por autoridades superiores com intuito de regular matéria de competência específica, sem entrar em choque com demais dispositivos legislativos, podendo também produzir efeito externo em casos atípicos.

As resoluções de efeitos internos ou típicas são atos administrativos que irão reger os regimentos internos locais, criar comissões parlamentares e demais disposições de ordem exclusivamente local. Nos casos atípicos de resoluções com efeitos externos, exemplifica-se a suspensão da aplicabilidade de uma lei considerada inconstitucional.

Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa (SARLET, 2005, p. 34).

Um órgão administrativo não pode expedir atos que possuam força e eficácia de lei, pois o interesse maior no conteúdo das resoluções é

regulamentar fatos concretos, dentro de um determinado órgão. Logo, seria de aplicabilidade individual, ao contrário das leis que prezam os direitos e garantias fundamentais, que são coletivas.

Sendo assim, as resoluções não possuem eficácia nem força normativa de lei. Além disso, seu poder é restrito ao âmbito administrativo interno, de modo que não podem criar direitos nem impor obrigações.

4 A EUGENIA E A NEGAÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL

A partir da análise de alguns aspectos históricos da humanidade (AGUILAR FILHO, 2012), comprova-se que diversos povos eliminavam as pessoas doentes e as nascidas com deficiência ou má-formação. Assim, Francis Galton, em 1883, criou o termo eugenia e o conceituou como o estudo dos agentes sob o controle social, que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações, seja física ou mentalmente.

Galton defendia a ideia de que deveria ser aplicado o melhoramento genético na população humana.

[...] as forças cegas da seleção natural, como agente propulsor do progresso, devem ser substituídas por uma seleção consciente e os homens devem usar todos os conhecimentos adquiridos pelo estudo e o processo da evolução nos tempos passados, a fim de promover o progresso físico e moral no futuro (GALTON, 1865, p. 157).

Portanto, a eugenia tem por objetivo trabalhar as influências que melhorariam, hipoteticamente, as qualidades raciais em prol de uma evolução humana. A possível melhora estaria nos cérebros de uma elite, na qual seriam realizados aprimoramentos, ao menos era isso que defendiam os autores da eugenia.

Os princípios da eugenia, no início do século XX, tornaram-se muito geneticistas, ou seja, a origem genética pautou o evolucionismo humano,

enquanto as alterações genéticas herdadas ficaram desfavorecidas, o que provocou justificativas para eugenia e disgenia (AGUILAR FILHO, 2012).

Percebe-se, então, que as relações sociais e econômicas na era escravocrata, no Brasil do século XIX, foram pautadas na lógica eugenista, que pretendia tornar legítima a escravidão ou dar ênfase à liberdade sem a igualdade. Por essa razão, os imigrantes europeus do século XIX, que até então eram trabalhadores que salvariam a raça brasileira, em função dos racistas, ficaram à mercê de preconceito e xenofobia, que foi se disseminando de forma crescente contra negros e pardos (AGUILAR FILHO, 2012).

Após o holocausto, a lógica que dividia a raça humana teve seu declínio, ao menos do ponto de vista teórico. No Brasil, entre 1939 e 1945, após a Segunda Guerra Mundial, a eugenia tornou-se tabu e houve a solidificação da nação “sem preconceitos”. O que, até então, causava constrangimento, ficou no esquecimento e a igualdade entre todos ganhou destaque (AGUILAR FILHO, 2012).

Atualmente, as limitações no patenteamento de invenções e descobertas na área da biotecnologia decorrem de diversos argumentos de ordem pública como a moralidade e a defesa dos direitos fundamentais. Ao referenciar a cultura do direito, não se pode deixar de ressaltar o direito à diferença como uma forma de rastreio pelo reconhecimento. Desse modo, a busca pela diferença se insere ao lado da identidade de uma luta pela igualdade.

Se é o respeito pela dignidade da pessoa se fundamenta uma doutrina jurídica de direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano em sua própria pessoa como na das outras (PERELMAN, 2005, p. 401).

Sabendo-se que o princípio da igualdade, escudado pelos direitos fundamentais, ratifica o respeito às diferenças e define que o tratamento

entre os indivíduos deve ser igual, no momento em que a desigualdade puder implicar em prejuízo de alguns, surge a ideia de que o ser humano tem o direito de ser diferente.

Conforme asseverou Charles Evans Hughes, quando perde-se o direito de ser diferentes, perde-se o privilégio de ser livre. Nesse sentido, o princípio da igualdade defendido pelos direitos humanos fundamentais assegura o respeito às diferenças e determina que todos devem ser tratados iguais, quando a desigualdade puder implicar em prejuízo de alguns (CHATT, 2010).

Cabe, então, à sociedade, internalizar a concepção de que a diversidade não é um problema, mas uma solução, tornando-se capaz de conviver com as diferenças. É preciso que se crie uma consciência de que se todos estiverem unidos em torno da mesma ideia, a sociedade caminhará para uma estrutura mais justa, pacífica e igualitária.

Com o passar do tempo e com as evoluções de ordem tecnológica e social, muitas das modificações legislativas são consideradas obsoletas. No que se refere à reprodução assistida, o Código Civil de 2002 não a regulamenta nem autoriza, apenas a cita no intuito de dar solução ao aspecto da paternidade. No entanto, com a relevância e amplitude do tema, surge a exigência de uma lei específica.

Relativo à reprodução humana assistida, surgem, no Brasil, normas éticas presentes na Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina (CFM), e no Novo Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1.931/2009, em vigor desde 13 de abril de 2010. A resolução, no que se refere à sexagem, proíbe, diante das técnicas de reprodução assistida, selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do embrião, a não ser que evitem doenças ligadas ao sexo do bebê que vai nascer.

Ainda, a Resolução CFM 1.957/2010, n. 4, dos Princípios Gerais, diz que:

[...] as técnicas de RA [reprodução artificial] não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o

sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Por sua vez, o Novo Código de Ética Médica, no artigo 15, § 2º, inciso III^[4], não concede ao médico, no que diz respeito à seleção do sexo, a realização da reprodução assistida para criar embriões com finalidades de eugenia, originar híbridos ou quimeras ou escolher o sexo.

Salienta-se, também, o fator referente ao anonimato do doador, que refuta princípios constitucionais e direitos fundamentais e fazem parte das resoluções que tratam de reprodução assistida. A Resolução CFM 1.358/92 prevê, ainda que não haja no Brasil uma lei específica sobre o assunto, a privacidade sobre a identidade do doador, que só poderá ser aberto em situações especiais, somente para médicos. Essas informações devem compreender também dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

A resolução salienta ainda o princípio de que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e prevê que, na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, em uma área de um milhão de habitantes.

A doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato (LEITE, 1995, p. 145).

Assim, o autor supracitado defende o anonimato do doador e ressalta que, se a identidade do doador é revelada, este pode pedir uma

reparação civil aos responsáveis pelos danos a ele acarretados. Defende ainda a ideia de que o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação.

Atualmente, a modernização das práticas de reprodução assistida, decorrente do progresso biotecnológico, tem afetado a família, a filiação, a paternidade, a maternidade e o direito sucessório, sendo todos estes conflitos jurídicos decorrentes da falta de uma legislação específica. Na Constituição, os constituintes não inseriram nenhuma previsão de lei específica que trate dos conflitos gerados, no que se refere à filiação nas técnicas de reprodução assistida.

Em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade dessa investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana (PETTERLE, 2007, p. 89).

A Constituição Federal limitou-se, portanto, à proteção dos nascituros, desde sua concepção até o direito à vida, que consiste em garantir a todos os direitos a uma vida digna, com todas as necessidades vitais básicas para a sobrevivência. Sendo assim, faz-se necessária uma lei específica para regulamentar a reprodução assistida, impedindo as práticas eugênicas com eficácia plena, bem como que tais procedimentos fiquem a cargo única e exclusivamente de resoluções sobre a matéria.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar as resoluções da legislação que trata da reprodução assistida, com ênfase para as suas lacunas, que deixam margem para o risco de eugenia. A partir da consideração do progresso da ciência e dos avanços no ramo da biotecnologia, observou-se que a nova configuração dessa área exige uma adaptação legislativa. Tais alterações na legislação se fazem necessárias no sentido de evitar abusos.

Além disso, as resoluções que deliberam acerca dos procedimentos relacionados à reprodução assistida, carecem de um detalhamento mais minucioso, no que se refere à prescrição dessas práticas que, como se sabe, podem pôr em risco o patrimônio genético e a dignidade humana.

Diante dos avanços em relação às técnicas e aos procedimentos de reprodução assistida e das lacunas jurídicas da legislação brasileira que trata do assunto, fica evidente que a falta de regulamentação pode resultar na prática de diversos procedimentos questionáveis, em especial, a eugenia.

Portanto, as lacunas legislativas, ou seja, a falta dos parâmetros jurídicos específicos tende a desvirtuar os procedimentos de reprodução assistida, fazendo com que as técnicas utilizadas na inseminação *in vitro* visem características fenotípicas, ao invés da prevenção de síndromes, más formações e doenças genéticas ligadas ao sexo, tornando-se, assim, eugênicas.

5 Referências Bibliográficas

AGUILAR FILHO, S. **Educação e Eugenia no Brasil da década de 1930**. In: VIII

Congresso Luso Brasileiro de História da Educação, 2010, São Luis. Infância,

Juventude e relações de Gênero na História da Educação, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1957/2010**. Disponível

em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23788:resolucao-de-reproducao-assistida-&catid=3> Acesso em: 23 set. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANCO, Sandra. Flexibilização das normas sobre reprodução assistida: um avanço! **Hospitais Brasil**. Editado: 25 set. 2015. Disponível em: Acesso: 17 out. 2015.

JUNGES, José Roque. **Bioética perspectivas e desafios**. São Leopoldo, RS: Unissinos, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PERELMAN, C. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NOTAS:

[1] Bárbara Marques Silveira, do Curso de Especialização em Ciências Criminais da Universidade Luterana do Brasil. Pós- graduanda. Artigo realizado como requisito de obtenção parcial de aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso em Ciências Criminais, do curso de Pós Graduação da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Professor Orientador. Joao Alexandre Netto Bittencourt

[2] Disponível em:
<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23788:resolucao-de-reproducao-assistida-&catid=3>. Acesso em: 10 out. 2016.

[3] Disponível em:
<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23788:resolucao-de-reproducao-assistida-&catid=3>. Acesso em: 10 out. 2016.

[4] Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10377>. Acesso em: 15 out. 2016.

DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ATÉ ONDE VAI A SUA EFICÁCIA?

DANIELA BENEVIDES ESSY:
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Aluna especial do Mestrado em Direito e Justiça Social - FURG e Advogada.

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo analisar os principais aspectos da Lei 11.340/06, também denominada Lei Maria da Penha, que trata da violência doméstica contra a mulher, bem como debater as considerações gerais sobre tal violência e a forma como é tratada pela lei em questão.

Foi realizada uma abordagem didática que buscou analisar a legislação de proteção à mulher; leis internacionais e nacionais, bem como a evolução legislativa brasileira que concede proteção estatal às mulheres. Foram elencadas as falhas e a eficácia da Lei Maria da Penha visando debater quais lacunas da lei ainda precisam ser efetivadas para que a violência contra a mulher não seja tratada apenas no âmbito punitivo, de forma que possa receber uma atenção panorâmica do contexto social como um todo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER . 2. A LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICABILIDADE . 2.1 Das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. 2.2 Da aplicabilidade da Lei Maria da Penha. 2.3 Da efetividade da Lei 11.340/2006: 10 anos após sua promulgação. 2.4 Da necessidade de políticas públicas no combate a violência de gênero. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Palavras-chave: Violência; Mulher; Lei Maria da Penha.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como diretriz demonstrar a efetividade da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, no combate a todos os tipos de violência contra a mulher. Diante dos elevados números de violência e homicídios registrados contra mulheres pelo Mapa da Violência no ano de 2015, nove anos após a Lei Maria da Penha ser sancionada, tal pesquisa busca compreender a violência como expressão do patriarcado, em que a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino até os dias atuais.

A violência de gênero, termo utilizado atualmente para caracterizar a violência contra a mulher, demonstra que os papéis impostos a ambos os sexos, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado, induz a uma relação de poder entre homens e mulheres. Além do mais, indica que a prática deste tipo de violência deriva do processo de socialização das pessoas. Portanto, a violência não se trata de algo natural do ser humano, mas de um processo social e educacional aplicados durante a sua evolução.

A partir do momento em que foi sancionada a Lei 11.340/2006, várias foram as alterações realizadas no judiciário para buscar uma eficácia concreta em seus efeitos, que vão desde a criação de Juizados de Violência Doméstica até a prisão preventiva do agressor.

Se fez necessária uma desconstrução social a partir da extrema necessidade da criação de uma lei que visasse proteger e garantir os direitos das mulheres no seio familiar e doméstico, visto que esse tipo de violência ainda hoje é vista como natural e, na maioria dos casos, não é levada a sério nem mesmo pela própria vítima.

Dessa forma, buscou-se relacionar as medidas judiciais paliativas utilizadas na tentativa de proteger o direito à vida com a necessidade de criação de políticas públicas que tenham eficácia no combate a este tipo de violência. Ademais, mister ressaltar a importância da intervenção estatal como meio de coibir e erradicar qualquer tipo de violência de gênero desde

o seu contexto inicial, e também oferecer todo o suporte necessário, desde social a psicológico, para as vítimas desse tipo de violência.

Foi realizada uma abordagem didática que buscou analisar a legislação de proteção à mulher; leis internacionais e nacionais, bem como a evolução legislativa brasileira que concede proteção estatal às mulheres. Foram elencadas as falhas e a eficácia da Lei Maria da Penha visando debater quais lacunas da lei ainda precisam ser efetivadas para que a violência contra a mulher não seja tratada apenas no âmbito punitivo, de forma que possa receber uma atenção panorâmica do contexto social como um todo.

1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência doméstica 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 detêm 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.

2. A LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICABILIDADE

2.1 Das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher

A Convenção de Belém do Pará, também invocada na ementa da Lei Maria da Penha, define a violência doméstica 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. Este conceito serviu de base norteadora para que a legislação buscasse criar mecanismos que visem coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como também criar mecanismos pedagógicos e inserir a entidade familiar ao falar não só em violência contra a mulher, mas também em violência doméstica.

Portanto, resta evidente a necessidade das instâncias públicas dotadas de poder resguardarem os direitos fundamentais dos membros da família, e não mais vislumbrar o ambiente doméstico como algo privado e intocável pelo poder público.

Para chegar ao conceito de violência doméstica, se faz necessária a análise do artigo 5º e do artigo 7º da Lei Maria da Penha, pois somente a partir desta análise conjugada de tais artigos se torna possível extrair o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher de maneira ampla.

Primeiramente, como é definida no artigo 5º, a violência doméstica abrange o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. Essa conduta violenta só se torna existente em razão dessa unidade da qual a vítima faz parte. No entanto, a mulher agredida no âmbito da unidade doméstica deve fazer parte da relação familiar.

Já o artigo 7º da lei Maria da Penha descreve quais são essas ações consideradas violentas, ademais, incluiu-se a expressão “entre outras” para não restar dúvidas de que outras ações fora da nominata legal, bem como as que não se configuram como delitos em sede de

Direito Penal podem ser reconhecidas como violência doméstica. Pode, portanto, haver o reconhecimento de outras ações que configurem violência doméstica e familiar contra a mulher.

Sendo assim, denota-se que a Lei Maria da Penha preocupou-se em primeiro definir o que é a violência doméstica. Conceito esse que é definido pelo art. 5ª da Lei, e logo após estabelece o campo de abrangência desse tipo de violência, que pode ser praticada no âmbito da unidade doméstica, no âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, independente da orientação sexual da vítima.

Ademais, para que se configure violência doméstica ou familiar, a ação ou omissão deve ocorrer na unidade familiar ou em razão de qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor tenha conviva ou tenha convivido com a ofendida, não necessariamente vivendo sob o mesmo teto, mas desde que mantenham ou tenham mantido um vínculo de natureza familiar.

Para que seja assegurada sua aplicação, a lei Maria da Penha define família em seu art. 5º, inciso II, como sendo a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Como bem salienta Maria Berenice Dias,

pela primeira vez uma lei define o que é família, iniciativa que não teve o Código Civil. Além disso, o faz de forma corajosa. O conceito corresponde ao formato atual dos vínculos familiares que têm por elemento identificador o elemento afetivo de sua origem (2015, p. 52).

Em razão disso, a lei Maria da Penha se mostrou uma exceção ao conservadorismo velado diante da violência de gênero, reconhecendo a união homoafetiva como família ao dizer que sua orientação independe da orientação sexual.

Também inovou ao deixar expressa a ideia de que família não é constituída por imposição da lei, mas por vontade de seus próprios membros, bem como ao tratar homem e mulher como “indivíduos”, e não limitou o reconhecimento da família a algo que se constitui somente através do casamento. Desse modo, contempla todos os modelos familiares, visto que a própria Constituição Federal utiliza da expressão “entende-se também como entidade familiar” para evidenciar que todas as entidades familiares devem receber proteção estatal. Até mesmo a tutela e curatela enquadram-se no conceito de família, e, portanto, mesmo que o tutor ou curador não tenham vínculo de parentesco com a tutelada ou curatelada, a relação entre eles permite identificar um espaço de convivência.

Ademais, até mesmo os vínculos afetivos que não constituem o conceito de família ou entidade familiar possuem marcas de violência, portanto, mesmo que não vivam sob o mesmo teto, na existência de violência, merece a mulher receber amparo da Lei Maria da Penha.

Também com relação às inovações trazidas pela Lei Maria da Penha quando se trata de avanços jurídicos, em seu art. 5º, inciso III, ela empresta proteção à violência perpetrada em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Nota-se, diante do artigo em questão, tamanha abrangência da Lei, em razão de englobar uma nova concepção de família que se define pela presença do vínculo da afetividade.

Abandona-se, portanto, o modelo de família romana patriarcal e hierarquizada e passa-se a um modelo familiar de atuação conjunta, igualitária e solidária de todos os membros da família, possuindo como núcleo o afeto e tendo origem plural.

Em razão disso, para que se configure violência doméstica basta que a relação íntima de afeto seja a causa da violência, o que engloba também agressões cometidas por namorado ou ex-namorado, devendo ser, no entanto, analisada em face do caso concreto. Mas para qualquer caso, havendo nexos de causalidade entre a conduta criminosa e a relação

de intimidade entre agressor e vítima, é situação apta a atrair a incidência da Lei 11.340/2006.

Os sujeitos da relação não precisam necessariamente ser marido e mulher para que se configure violência doméstica. O sujeito ativo pode ser tanto um homem como outra mulher, não importando o gênero do agressor. Agressores de ambos os sexos podem sujeitar-se aos efeitos da lei, desde que reste demonstrada a hipossuficiência física ou econômica entre as partes, característica essa que evidencia a violência sofrida em razão do gênero.

Podem, portanto, ser agentes ativos o filho, o pai, irmão, marido, namorado, companheiro, cunhado, também entre irmãs ou entre ascendentes e descendentes. Também o patrão e a patroa da empregada que presta serviço doméstico podem ser sujeitos ativos, visto que a empregada também está sujeita à violência doméstica, bem como companheiras de quarto ou coabitantes de república.

No que diz respeito ao sujeito passivo, ou seja, a vítima da violência, se exige preferencialmente que seja mulher. Portanto, lésbicas e transmulheres: transexuais, travestis e intersexuais que tenham a identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. Ademais, as amantes também enquadram-se como sujeito passivo de violência doméstica, bem como a filha, neta, mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente do sexo feminino com quem o agressor tenha um vínculo de natureza familiar.

Com relação a aplicação da Lei a favor do homem, houve enorme resistência em reconhecer a possibilidade de o sexo masculino ser vítima da violência doméstica. Já na união homoafetiva entre dois homens, foi reconhecido ser possível a concessão de medida protetiva, quando um dos parceiros é vítima de violência. Ademais, se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência, seja de que sexo for, a pena do seu agressor é dilatada.

As violências reconhecidas na Lei Maria da Penha são as seguintes: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. No

entanto, como descreve o artigo 7º da Lei, “entre outras” ações podem ser reconhecidas que configurem violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto, como já preceitua Maria Berenice Dias,

ações fora da nominata legal, bem como as que, pela falta de tipicidade, não são delitos em sede de Direito Penal, podem ser reconhecidas como violência doméstica e gerar aumento de pena e a adoção de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (2015, p.70).

Ademais, mesmo que o crime possa ser reconhecido como de menor potencial ofensivo, a ação deve tramitar nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfMs. Caso não se tenha varas especializadas para isso, deve tramitar nas Varas Criminais e não mais nos Juizados Especiais, conforme decidiu o STF através da ADC 19-3/610 e da ADI 4.424. Além do mais, o réu não faz jus aos benefícios da Lei dos Juizados Especiais, como transação, sursis processual e transação do processo.

A violência física, como já preceitua o art. 7º, inciso I, da Lei Maria da Penha: *é entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal.* “Ainda que a agressão não deixe marcas aparentes, o uso da força física que ofenda o corpo ou a saúde constitui *vis corporalis*, expressão que define a violência física”. (DIAS, 2015, p.71). Basta que a mulher alegue ser vítima de violência e seja usada força bruta para que se consuma a violência física, ainda que não existam sinais aparentes da agressão. Cabe ao réu comprovar que não a agrediu. Não se faz necessária a existência de hematomas, arranhões ou fraturas, no entanto, quando a violência física deixa marcas ou sintomas, se torna mais fácil sua identificação.

Desde 2004, a violência doméstica já configurava forma qualificada de lesões corporais. Ainda que não tenha havido mudança na descrição do tipo penal, a Lei Maria da Penha garantiu a ampliação do seu âmbito de abrangência, visto que dilatou-se o conceito de família e englobou-se também as unidades domésticas e das relações de afeto.

A violência psicológica, descrita no artigo 7º , inciso II, da Lei Maria da Penha, é entendida como

qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Diante disso, a violência psicológica consiste na agressão emocional, sendo tão ou mais grave que a violência física. O comportamento típico do agressor se dá através de ameaças, rejeição, humilhação, manipulação ou discriminação da vítima, que acaba por sentir-se diminuída e inferiorizada.

Muitos companheiros se utilizam de xingamentos, palavras depreciativas para reduzir sua companheira a uma condição inferior, enquanto se coloca em posição de superioridade hierárquica em relação a ela. O principal intuito é fazer com que a vítima sinta-se diminuída diante da agressão, perca a autonomia e a capacidade de discordar, bem como de procurar ajuda.

De tal modo, está relacionada a todas as demais modalidades de violência doméstica, pois encontra alicerce no impedimento da mulher de exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação ao agressor.

A violência psicológica foi incorporada ao conceito de violência contra a mulher através da Convenção de Belém do Pará, pois tal violência encontra forte alicerce nas relações com desigualdade de poder entre os sexos.

É a violência mais frequente e talvez a menos denunciada, pois na maioria dos casos, a vítima sequer se dá conta das agressões verbais, tensões, manipulações e desejos que configuram violência e devem ser denunciadas (DIAS, 2015, p. 48).

Para o reconhecimento de dano psicológico, não se faz necessária a elaboração de laudo técnico. Ademais, qualquer delito praticado sob violência psicológica impõe a majoração da pena, segundo consta no art. 61, II, alínea *f* do Código Penal.

Cabe salientar que a violência psicológica muitas vezes não é reconhecida pela própria vítima, que já se encontra em situação de violência ou abuso pelo agressor. No entanto, a manipulação e os modos como o agressor exerce essa violência fazem com que a vítima sujeite-se a isso sem sequer questionar ou buscar entender o que realmente está acontecendo.

Na maioria das vezes, o afeto pelo companheiro ou pelo familiar que desempenha o papel de agressor a impedem de enxergar a violência psicológica pelo viés lógico de que aquele tipo de tratamento não é correto dentro do relacionamento.

Portanto, na maioria das vezes a vítima submete-se por anos a esse tipo de violência, negando para si mesma um fato concreto e acreditando que aquele tipo de tratamento é um comportamento típico do agressor ou típico de sua personalidade, que este não possui a intenção de feri-la, pois as coisas que faz e fala são natas do seu ser, passando, portanto, a aceitar tal violência dentro de seu cotidiano e submeter-se a algo que, mesmo sabendo que não é correto, aceita por acreditar ser algo nato do agressor.

A partir dessa aceitação, começa a diminuir sua capacidade de autonomia dentro da relação, seja conjugal ou familiar, e, portanto, torna-se um alvo fácil de qualquer tipo de violência advinda da violência psicológica, já que seu psicológico e seu emocional já encontra-se desestruturados pela violência que já sofrera.

A violência sexual é descrita no artigo 7º, inciso III da Lei Maria da Penha, é entendida como

qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Tal violência, assim como a psicológica, só foi reconhecida na Convenção de Belém do Pará, e está tipificada no Código Penal nos artigos 213 à 234, que cuida dos crimes contra os costumes e contra a liberdade sexual.

A identificação tardia se deu devido à tendência de identificar, ainda hoje, o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, legitimando a insistência do homem, como se lhe fosse um direito assegurado. A violência sexual legitima a mulher a submeter-se ao desejo sexual do seu companheiro. Em razão disso, a prática do estupro sequer era reconhecida pelo marido, sob o argumento de que se tratava de exercício regular do direito inerente ao casamento. Assim, tal obrigação poderia ser exigida mesmo mediante violência.

Se trata de violência que traz consequências à saúde da mulher, tanto que a própria Lei assegura à vítima acesso aos serviços de contracepção de emergência, profilaxia de DSTs, da Síndrome da AIDS, entre outros. A vítima precisa ter acesso não só à pílula do dia seguinte, mas também ao aborto, quando a gravidez é fruto de estupro. Para a interrupção da gravidez decorrente de violência sexual não é necessária autorização judicial, no entanto, diante da negativa comum de médicos e hospitais para a realização de aborto, se faz necessária tal autorização.

A violência patrimonial descrita no artigo 7º, inciso IV da Lei Maria da Penha, é entendida como

qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Tal violência encontra definição no Código Penal entre os delitos contra o patrimônio, como por exemplo o furto, a apropriação indébita, etc. Reconhecido o ato de subtração de objetos da mulher como violência patrimonial, configura-se furto. Identifica-se portanto, como violência patrimonial, os atos de subtração de valores, direitos e recursos econômicos destinados a satisfazer as necessidades da mulher, bem como o não pagamento de alimentos quando dispõe de condições econômicas, sendo também tipificada como abandono material pelo Código Penal, sem seu artigo 244.

Por fim, a violência moral, no artigo 7º, inciso V da Lei Maria da Penha, é entendida *como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria*. Portanto, tal violência é recebida pelo Código Penal nos crimes contra a honra, os quais são denominados delitos que protegem a honra. No entanto, quando cometidos em detrimento do vínculo familiar ou afetivo, configura violência doméstica.

Na calúnia, o agressor imputa fato à vítima definido como crime, na injúria não há imputação de fato determinado e na difamação há atribuição de fato ofensivo à reputação da vítima. A violência moral configura grande afronta à autoestima e ao reconhecimento social, apresentando-se na forma de desqualificação, inferiorização ou ridicularização. Tal violência, dá ensejo, na seara cível, a ação indenizatória por dano material e moral, visto que denigrem a honra da mulher e prejudicando-a em diversos aspectos de vida.

2.2 Da aplicabilidade da Lei Maria da Penha

Denota-se, portanto, que a Lei Maria da Penha não possui tipos penais próprios, mas sim circunstâncias qualificadoras ou agravantes e alterando penas. Ademais, a fim de buscar uma penalidade menos branda aos agressores, a Lei não se olvidou de excluir os crimes cometidos em atos de violência doméstica da competência dos Juizados Especiais Criminais, como prevê expressamente o artigo 41, bem como de vetar as penas de natureza pecuniária como sanção aos agressores, a fim de manter o caráter punitivo e pedagógico da lei, conforme prevê o artigo 17 da referida lei.

De forma majoritária, considerou-se constitucional o artigo 41 pelo fato de existir um tratamento desigual entre homens e mulheres no mundo fático, portanto, devem ter o mesmo tratamento desigual perante a lei. Ademais, tratar os crimes de violência doméstica como crimes de menos potencial ofensivo atentam contra o bom senso a dignidade da pessoa humana.

Se tratando da representação, o artigo 16 da Lei Maria da Penha confere à vítima a possibilidade de renunciar à representação manifestada, antes que a denúncia seja recebida pelo juiz. A partir do registro da ocorrência, das declarações da vítima são levadas a termo pela autoridade policial, portanto, a posterior manifestação da vítima perante o juiz de não querer que a ação seja instaurada trata-se de retratação à representação.

Para que exista a retratação, deve o juiz estar ciente da vontade da vítima em renunciar, e portanto, designar audiência específica para que seja registrada e manifestada essa vontade da parte. Portanto, pode existir a retratação à representação após a denúncia, mas antes de ser recebida pelo juiz.

A ausência da vítima na audiência de retratação é interpretada como uma retratação tácita, demonstrando falta de interesse na ação. Denota-se, portanto, que a referida lei concedeu à vítima a possibilidade de retratar-se diante da queixa oferecida, quando existe ainda a vontade de reatar os laços afetivos com o agressor e exercer seu direito à convivência familiar.

No entanto, cabe salientar uma pequena falha existente ao garantir a desistência da ação penal, visto que se torna praticamente impossível a possibilidade de penalizar ao agressor pela violência cometida contra a vítima, possibilitando, no entanto, com que novas agressões voltem a existir e a vítima sujeite-se novamente a este tipo de violência.

Em relação às medidas protetivas, são medidas cautelares que visam proteger a mulher contra a violência doméstica e familiar assim que a vítima buscar amparo judicial, e estão elencadas nos artigos 11, 22, 23 e 24 da referida lei, no entanto, para a adoção de tais medidas deve existir a vontade da vítima. Para que concretizem, deve a autoridade policial encaminhar ao juiz o requerimento das medidas protetivas no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, vide inciso I do artigo 12 da referida lei. É dispensada a oitiva da parte contrária, conforme expressa o artigo 19, parágrafo 1º.

Em linhas gerais, as medidas protetivas visam preservar a incolumidade da vítima, seus familiares e testemunhas, evitando a aproximação do agressor à vítima, seus familiares e testemunhas. Essas medidas estendem-se a outros locais além do domicílio da vítima, como o trabalho e alguns ambientes que a vítima frequenta com frequência. Mesmo que a ação esteja tramitando no juízo de família, nada impede que a vítima realize o registro de ocorrência perante a autoridade policial para a concessão de medida protetiva.

Tais medidas podem ser de caráter administrativo, como por exemplo, a garantia de proteção policial da ofendida, como elenca o artigo 11 da Lei Maria da Penha. No artigo 22 são descritas as medidas que obrigam o agressor, e consiste no afastamento do agente agressor da vítima, bem como tem por objetivo dificultar novas agressões, além de pressões e ameaças.

Essas medidas são definidas pelo juiz observando os critérios da razoabilidade, de forma que tais restrições venham a ocorrer dentro daquilo que seja imprescindível para manter a vítima e familiares em segurança.

Como medida cautelar, a lei também prevê a prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Também é possível, como expressa o artigo 23 da lei, as medidas de urgência, de modo a encaminhar a vítima ao programa oficial de proteção ou de atendimento, visando a tutela da vítima em caráter de urgência quando demonstrada a probabilidade de o agressor reiterar nova violência contra a vítima de maneira mais violenta.

Para que seja garantida a eficácia das medidas protetivas, a qualquer momento pode o juiz substituí-las ou conceder outras medidas, podendo o juiz requisitar força policial ou decretar a prisão preventiva do agressor.

Com relação a prisão em flagrante e a prisão preventiva, encontram-se elencada no artigo 20 da Lei 11.340/06. Quanto à prisão preventiva, cabe em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação da autoridade policial.

Com a vigência da Lei Maria da Penha, mesmo os crimes punidos com detenção, como ameaça e a lesão corporal, encontram-se preenchidos os pressupostos para decretação da prisão preventiva, desde que seja para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

2.3 Da efetividade da Lei 11.340/2006: 10 anos após sua promulgação.

As mudanças efetivadas pela Lei Maria da Penha na legislação infraconstitucional foram pouco notáveis. No Código Penal, acrescentou mais uma circunstância agravante quando o agente se prevalecer de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade (art. 61, II, *f*, do CP). Também houve aumento de pena quando o delito de lesões corporais for cometido em razão do relacionamento familiar, vindo a tornar mais branda a lesão corporal leve.

Ademais, foi estabelecida uma majorante quando a vítima da violência doméstica é portadora de alguma deficiência, inovação que merece destaque no âmbito legislativo, sendo de suma importância para

dar proteção às vítimas portadoras de deficiência que dependem exclusivamente da ajuda de seus companheiros, e, no entanto, acabam sendo agredidas pelos mesmos justamente pela incapacidade de defesa que possuem.

Ademais, cabe salientar que a Lei Maria da Penha não foi de todo modo eficaz, visto que não houve diminuição no índice de homicídios de mulheres. Para tanto, foi editada a Lei 13.104/2015, que acrescentou ao delito de homicídio (CP, art. 121) uma qualificadora e uma majorante. Portanto, o homicídio qualificado praticado contra a mulher em razão da condição de sexo feminino adotou o nome de feminicídio, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão.

O objetivo da Lei Maria da Penha, desde que entrou em vigor, é resguardar e amparar a mulher contra todo e qualquer tipo de violência, seja ela física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. No entanto, após uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) no ano de 2013, constatou que a Lei Maria da Penha não foi suficiente para a contribuir com a redução das taxas de mortalidade das mulheres, mesmo que tenha tornado mais rígida a punição dos crimes de violência contra a mulher.

No período de 2001 a 2006, a taxa constatou 5,28 homicídios contra as mulheres por cada grupo de 100 mil mulheres, e entre 2007 e 2011, a taxa alcançou o índice de 5,22 homicídios. Ademais, através da pesquisa realizada pelo Mapa da Violência no ano de 2015, denota-se que dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013 pelo SIM, 2.394, isso é, 50,3% do total nesse ano, foram perpetrados por um familiar da vítima. Portanto, isso representa perto de 7 feminicídios diários no ano de 2013, cujo autor foi um familiar. 1.583 dessas mulheres foram mortas pelo parceiro ou ex-parceiro, o que representa 33,2% do total de homicídios femininos nesse ano.

Também na pesquisa realizada pelo Mapa da Violência, utilizando dados de sistemas estaduais (boletins de ocorrência policial), dentre outras fontes, foi possível estimar um número de 4.918 homicídios de mulheres

para o ano de 2014. Tal estimativa leva a crer que o ritmo de homicídio feminino se mantém acelerado, observado entre os anos 2007 a 2013.

Observando os dados que evidenciam os elevados índices de violência e homicídios contra as mulheres, cabe perguntar-se: mesmo com uma Lei que visa coibir a violência doméstica e punir seus agressores de forma mais branda, por qual motivo ainda se mantém altíssimo o índice de feminicídio e violência contra a mulher? Estaria a solução na punibilidade dos agressores, depois que a violência chegasse ao extremo, com a morte da vítima? É preciso que muitas mulheres morram para que só assim seus agressores venham a ser punidos?

Mesmo que a Lei Maria da Penha tenha institucionalizado na teoria uma forma de proteger a mulher de forma abrangente em relação a todos os tipos de violência, na prática a abrangência dessa lei ainda encontra algumas falhas.

“A normalidade da violência contra a mulher no horizonte cultural do patriarcalismo justifica, e mesmo “autoriza” que o homem pratique essa violência, com a finalidade de punir e corrigir comportamentos femininos que transgridem o papel esperado de mãe, de esposa e de dona de casa. Essa mesma “lógica justificadora” também acontece em casos onde a violência é exercida por desconhecidos contra mulheres consideradas “transgressoras” do papel ou comportamento culturalmente esperado e/ou imposto a elas. Em ambos os casos, culpa-se a vítima pela agressão sofrida, seja por não cumprir o papel doméstico que lhe foi atribuído, seja por “provocar” a agressão dos homens nas ruas ou nos meios de transporte, por exhibir seu corpo ou “vestir-se como prostituta”. (Mapa da Violência, 2015, p.77)

Primeiramente, a mulher agredida possui diversos motivos concretos para não levar a agressão às autoridades policiais. Seja pela dependência financeira, pela possibilidade de desconstituição da família

com a prisão do agressor, pelo afeto existente na relação que a impede de querer ver o companheiro ou familiar preso, pelo medo de que não tenha o retorno esperado das autoridades e nem a proteção de que precisa. E de fato, essas são coisas realmente existentes e para a sociedade em geral, são vistas de forma incompreendida. No entanto, para a vítima possuem grande peso ao se colocar na balança a prisão do agressor e a possibilidade de perdôá-lo.

Ademais, a possibilidade de renúncia da vítima desestabiliza o caráter corretivo da Lei, já que na maioria dos casos as mulheres agredidas arrependem-se de levarem até as autoridades policiais a queixa da violência sofrida no momento em que se deparam com as consequências que virão a ocorrer em suas vidas.

Também se deve salientar sobre as vítimas que, amedrontadas por ameaças, ou não levam a agressão sofrida até a delegacia ou levam e logo desistem da ação, já que estão agindo sob vontade alheia e receio de que o agressor venha a chegar ao limite da violência, podendo tirar-lhes a vida caso exteriorizem a violência sofrida.

Ademais, tratando-se do atendimento à vítima no ato da queixa, a Lei preconiza o atendimento especializado desde a delegacia de polícia, mas não aponta como será concretizado, deixando margem para que o despreparo e até mesmo o machismo arraigado na esfera institucional prevaleça durante o atendimento a essas mulheres vítimas de violência, dando certo descrédito ao caso relatado e diminuindo a esperança das vítimas de contarem com a proteção estatal.

São muitos os motivos que não permitem que, na prática, a Lei Maria da Penha seja realmente efetivada e garanta a proteção de todas as mulheres, em todos os lares. Teoricamente, é bem estruturada e, se tivesse os alicerces de que necessita, poderia sim prevenir a violência contra a mulher e também punir os agressores na intenção de corrigi-los.

No entanto, a falta de aparato estatal faz com que a Lei se mantenha bonita apenas no papel, pois na prática a realidade feminina não

condiz com a facilidade de buscar e receber a proteção dos direitos humanos mínimos, na qual a Lei Maria da Penha fundamenta-se.

Esclarece Fernando Vernice dos Anjos (2006, p. 10) nesse sentido:

“O combate à violência contra a mulher depende, fundamentalmente, de amplas medidas sociais e profundas mudanças estruturais da sociedade (sobretudo extrapenais). Como afirmamos a nova lei acena nesta direção, o que já é um bom começo. Esperamos que o Poder Público e a própria sociedade concretizem as almejadas mudanças necessárias para que possamos edificar uma sociedade mais justa para todos, independentemente do gênero. Desta forma, o caráter simbólico das novas medidas penais da lei n. 11.340/06 não terá sido em vão, e sim terá incentivado ideologicamente medidas efetivas para solucionarmos o grave problema da discriminação contra a mulher”

Portanto, para que o combate à violência contra a mulher se concretize de forma ampla, abrangendo a todas as mulheres em situação de violência e vulnerabilidade, é preciso mais do que a punibilidade dos agressores. Faz-se necessária a efetividade de políticas públicas que visem contornar a padronização social dos papéis de gênero impostos.

2.4 Da necessidade de políticas públicas no combate à violência de gênero

Nítidos são os índices atuais de violência contra a mulher. Atualmente, mesmo com a existência da Lei Maria da Penha, as agressões contra as mulheres, vindas de companheiros ou familiares, ainda atinge níveis assustadores. De todo modo, fica evidente que só o caráter corretivo da Lei não basta para que seus objetivos sejam alcançados.

Mais do que isso, é necessário existir uma consciência social de que homens e mulheres não mais se enquadram em papéis até então

ocupados alguns anos atrás. Os tempos são outros, e mais do que nunca, a mentalidade humana deve acompanhar as alterações existentes no contexto social, para que não se torne demasiada ultrapassada e entre em choque com o contexto atual em que vivemos. Assim, cabe ao Estado adotar medidas que visem conscientizar a sociedade de que regras até então estabelecidas em outros tempos não mais encaixam-se no sistema atual adotado pelo ser humano.

Através de medidas educativas e políticas públicas que visem abordar a equidade entre os sexos, é possível iniciar um processo de reformulação social de que homens e mulheres não devem obedecer o padrão patriarcal familiar, pois o contexto em que vivemos não condiz com as regras estabelecidas por esse padrão adotado em outras épocas.

Atualmente, as mulheres possuem autonomia, limitam seu modo de viver ao que condiz com a própria vontade e não precisam da autorização masculina para exercer o direito de ir e vir. Após muitas conquistas obtidas ao longo dos anos, as mulheres adquiriram o livre arbítrio para guiarem suas vidas, da maneira que pretendem e sem a necessidade de aprovação ou submissão ao sexo masculino.

No entanto, esse tipo de mudança social, pelo fato de não ter sido bem recebida de forma abrangente, acabou por gerar um conflito social entre a aceitação masculina da liberdade conquistada pelas mulheres e a capacidade das mulheres de exercerem essa liberdade conquistada. Fato esse que, gerado por uma divergência de interesses, ocasiona na maioria dos casos, a violência de gênero.

Para que a violência contra as mulheres seja enfrentada de forma a obter resultados satisfatórios, deve-se primeiramente enxergar a situação como sendo, de fato, um problema social. Para que sejam elaboradas políticas públicas que visem modificar a estrutura de gênero estabelecida, deve-se enxergar que o contexto atual clama pela desconstrução desse tema.

De igual modo, reconhece-se que o processo de elaboração de uma política inicia-se com a

“percepção e definição de problemas”. No entanto, não basta apenas o reconhecimento de uma dificuldade ou situação problemática é preciso transformá-la em um problema político, para que se insira na agenda pública (SCHMIDT, 2008).

Não só no intuito de viabilizar os direitos femininos, a desconstrução dos papéis impostos a cada gênero também se faz necessária para garantir a efetividade de toda e qualquer questão na qual o gênero se faça presente, como por exemplo, direitos homossexuais, transexuais, entre outros. Denota-se que, mesmo com grandes avanços da ciência e do ser humano, o estigma construído acerca do padrão social ainda é visto como regra, reforçado pelo Estado e pela sociedade, o que acaba por dificultar a busca pela igualdade de gênero e consequentemente, evitar que a violência contra a mulher se perpetue ao longo dos anos.

Para que uma mudança social seja estabelecida de forma abrangente, é preciso que sejam criadas políticas públicas voltadas para a reeducação e desconstrução social acerca dos direitos femininos. Políticas que visem garantir a efetividade dos direitos das mulheres, sem que seja necessário fazê-las vítima do machismo até então arraigado no seio social e familiar. É preciso que o poder público tome consciência de que gênero precisa ser debatido sim, em todo e qualquer espaço, e que considera-lo um tabu, mesmo em pleno século XXI, caracteriza nosso Estado como ultrapassado e conservador e legitima ainda mais todo tipo de violência de gênero.

Cabe ressaltar que, mesmo que um problema social seja incluído na agenda governamental, isso não significará que ele será considerado prioritário. Isso só ocorre quando diversos fatores se juntam, tais como vontade política, mobilização popular e a percepção de que os custos de não resolver o problema serão maiores que os custos de resolvê-los (CALDAS, 2008).

Do ponto de vista econômico, o não investimento em ações de prevenção e erradicação da violência tem altos custos para o Estado e a sociedade. No entanto, são muitas as dificuldades para responder com políticas efetivas, dada a precariedade da estrutura dos órgãos governamentais.

Ademais, o atendimento dado às pessoas vítimas de violência tem se dado de modo fragmentado, pois não existe um serviço público voltado para o atendimento integral para esse tipo de violência e que realize todos os procedimentos necessários em todos os âmbitos: saúde, justiça, segurança, educação, social, etc. Por vezes, o desencontro desses serviços ou até mesmo a inexistência deles, faz com que o que deveria se tornar uma ajuda na vida da vítima se torne um sacrifício, já que existe uma estrutura desabando por trás de toda queixa, que necessita do aparato estatal para reerguer-se.

Todas as políticas públicas até então criadas voltam-se para o enfrentamento da violência e seu viés criminalístico, quando setores como a educação, saúde e assistência social, bem como a compreensão das relações desiguais de gênero de forma ampla, não recebem a devida atenção social necessária para desconstruir os estigmas já enraizados e assim iniciar um processo de igualdade entre homens e mulheres.

É de fundamental importância que os homens sejam vistos como aliados e considerados como protagonistas nesses esforços. Intervenções com mensagens alternativas de gênero voltadas para meninos, homens e jovens são fundamentais para uma mudança de comportamento. Por isso, o período da infância e da adolescência é fundamental para trabalhar com meninos e homens jovens questões voltadas a gênero e masculinidade.

Mesmo que haja uma Lei específica no combate à violência contra a mulher, se faz necessária uma conscientização social a respeito do tema e a adoção de políticas públicas capazes de suprir as necessidades das vítimas, sejam no âmbito social, físico e psicológico. Ademais, cumpre ressaltar que também é preciso existir meios de transformar as normas jurídicas em ações concretas.

Na análise da Lei Maria da Penha, nota-se que o legislador ao criá-la, usou os verbos será, determinará, assegurará e compreenderá no tempo futuro, salientando que o tipo de suporte necessário à vítima de violência doméstica ainda não se faz existir de forma satisfatória.

Portanto, a Lei Maria da Penha visou, além de definir a violência doméstica e impor mecanismos repressores, teve a cautela de determinar providências a serem adotadas pelos poderes públicos das esferas federal, estadual e municipal. (DIAS, 2015, p.190)

Portanto, mais do que criar uma lei que reprima os agressores e defina quais medidas devem ser criadas pelo Estado para a prevenção à violência doméstica, segundo a análise de Teles,

é preciso criar políticas de incentivo para o desenvolvimento de estratégias de reconhecimento da natureza complexa da violência contra a mulher, imbricada com as questões sociais e étnicas/raciais, para alcançar uma abordagem integral do fenômeno na aplicação de medidas resolutivas. (2012,p.116)

Outrossim, cabe trazer em comento que a implantação de uma lei que buscasse não só prevenir a violência de gênero, mas também punir os agressores, foi de fato um avanço no contexto social brasileiro, de forma que a violência de gênero ganhou visibilidade. Dessa forma, com a existência de uma lei protetiva, a propagação de uma consciência social tornou-se mais fácil, trazendo esclarecimento a uma grande parcela da população que sequer tinha conhecimento dos variados tipos de violência.

Em contrapartida à propagação de informações através da Lei Maria da Penha, bem como de suas medidas protetivas, denota-se que o número de mulheres em situação de violência ainda continua elevado, trazendo ao debate se a lei trouxe para a superfície o elevado número de casos ou, se mesmo com a existência de uma lei protetiva, os números continuam avançando.

Dessa forma, acima de qualquer planejamento estatal, deve existir a conscientização social de que a igualdade de gênero é algo concreto e que precisa ser trabalhada, cabendo ao Estado usar de seus meios para expandir essa conscientização. Ademais, deve buscar desconstruir em massa a ideia ainda existente de hierarquia entre os sexos, para que assim, a partir da base, possamos ter uma sociedade livre de padrões ultrapassados e conseqüentemente a igualdade finalmente deixe de ser uma utopia para se tornar uma realidade social.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do presente trabalho, conclui-se que, mesmo nos dias atuais e com diversas conquistas obtidas ao longo dos séculos por homens e mulheres, ainda assim vivemos em uma sociedade repleta de paradigmas e padrões que precisam ser desconstruídos, como por exemplo, a hierarquia ainda existente entre os sexos.

A falta de conscientização estatal de que é preciso conscientizar a sociedade sobre a importância da equidade entre gêneros faz com que apenas existam mais leis buscando reprimir agressores do que visando uma construção social de que homens e mulheres são iguais entre si em direitos e deveres.

A Lei Maria da Penha foi de importante avanço no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Pois estabeleceu meios de repressão dos agressores, bem como também estabeleceu medidas a serem adotadas socialmente para a erradicação desse tipo de agressão e formas de garantir proteção às vítimas.

No entanto, não foi suficiente. Os índices gerados pelo Mapa da Violência do ano de 2015 mostram o crescente aumento de violências e homicídios cometidos contra mulheres em razão do sexo feminino, o que deixa em dúvida a real eficácia da Lei que tem como intuito prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar. A necessidade de criar uma Lei específica para reprimir quem comete homicídios contra mulheres apenas evidenciou isso, deixando claro que o caráter preventivo da Lei falha em algum ponto.

Bem além do caráter repressivo, as políticas públicas estabelecidas pela Lei Maria da Penha devem ser colocadas em prática pelo Estado, de modo a buscar meios de conscientização social, através de um viés educacional, de que constitucionalmente não há hierarquia entre homens e mulheres. A própria Constituição Federal consagra essa igualdade, que deve ter o aparato estatal para que possa ser colocada em prática de modo eficaz.

Outrossim, a noção de que a família é algo a não ser tocado pelo Estado prejudica ainda mais a diminuição dos casos de violência, já que se trata de um dever estatal proteger todos os membros que constituem o ambiente familiar, principalmente a mulher e os filhos, as figuras mais vulneráveis desse ambiente.

Mais do que modos de repressão, é preciso que exista a desconstrução social de que gênero precisa ser debatido em qualquer lugar, sem que cause conflito de interesses entre as partes. Os papéis até então impostos em outras épocas devem desconstruir-se e dar lugar ao novo, à uma sociedade de igualdade e respeito mútuo entre os sexos, de modo que o poder público preocupe-se em conscientizar a sociedade da extrema importância dessa igualdade, para que assim seja possível a correlação social de maneira pacífica.

Não basta que mulheres precisem morrer para buscar uma solução, basta que todo e qualquer ser humano seja educado através de um viés igualitário e cresça sendo conscientizado de que todos ao seu redor possuem direitos iguais aos seus, sem a necessidade de estabelecer ordem ou poder ao seu próximo ou legitimar um papel estabelecido outrora e já ultrapassado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTHUR, Maria José. MEJIA, Margarita. **Violência Doméstica: a fala dos agressores**. Relatório “Província de Maputo, 2005, da WLSA Moçambique. Disponível em: < <http://www.wlsa.org.mz/artigo/violencia-domestica-a-fala-dos-agressores/> > Acesso: 21 de julho de 2017.

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 >.

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, Heleith. **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.

DIREITO DE FAMÍLIA: EXISTE CRISE NA FAMÍLIA BRASILEIRA?

JONATAS DE SOUSA SANCHES: Graduado em Sistema de informação pela UFPA e Graduando do 6º semestre de Direito pela Ulbra/Santarém/PA.

RESUMO: O presente artigo, tem como principal objetivo, trazer a discussão as principais mudanças ocorridas no últimos anos sobre o instituto família, suscitando a o debate sobre como essa mudanças ocorreram e se isso realmente poderá, hodiernamente, ser encarado como crise. Já que toda mudança social, sempre provocará debates acalorados entre os mais diferentes setores da sociedade, o quais sempre consignarão suas opiniões sobre as mudanças ocorridas, muitas vezes, carregadas de preconceitos ou valores cristalizados, resultado dos ambientes onde desenvolveram suas vidas. Não é possível, desassociar o Direito e a modificações sociais que aconteceram nessas últimas épocas, pois aquele como um fenômeno social que é, tem acompanhado essas transformações, procurando regular desta forma as novas maneiras de relação social existentes, por conseguinte, essa mudanças serão vistas pelo Direitos como demandas que precisam ser solucionadas, é Direito correndo atrás das mudanças sociais. Desta feita, a família, que é um fenômeno humano e social, também apresentou no decorrer dos tempos transformações significativas, consequentemente houve por parte de alguns grupos representantes de parcelas da sociedade a suposta afirmação de que família brasileira esteja passando por uma crise existencial. Neste diapasão, o presente artigo, tem como objetivo abordar as adaptações sociais pelas quais a família brasileira tem passado, bem como refutar algumas ideologias conservadoras, que insistem em creditar que haja crise na família, pelo simples fato desta passar por mudanças.

Palavra-chave: Família; Histórico; conceito; modalidades.

INTRODUÇÃO

Antes de de discutirmos sobre a celeuma que norteará esse trabalho, se a família brasileira esta em crise ou não?, faz-se necessária uma breve explanação sobre o conceito e evolução ocorrida no instituto

família nesses últimos anos. Desta feita, é importante que haja um breve entendimento de sua origem, a fim de que possamos chegar ao atual estágio pelo qual passa a família brasileira. Para melhor entender, é preciso compreender, nesse caso, é preciso recorrermos a um entendimento histórico sobre o instituto família. E isso se faz necessário, para que não sejamos mais um a cair em um clichê de cunho religioso ou em um discurso ideológico de grupos tradicionais.

É possível, ao ler sobre a origem desse instituto, que as famílias antigas eram detentoras de uma certa autonomia, em alguns casos, não é errado escrever, que havia uma independência em relação ao Estado. Ao nosso ver, o Estado é uma decorrência natural da evolução do instituto família, já que no evoluir dos convívios desses pequenos grupos sociais, é que virá a surgir o Estado, cujo o principal objetivo é normatizar essas relações. Porém, esse é ao nosso ver um assunto que foge a temática desse trabalho, portanto, é importante ressaltar que no princípio a família antiga era gestora de seus próprios conflitos por meio do chefe da entidade, o pater família.

A família era, como quase tudo na antiguidade, mais um campo fértil de atuação da religiosidade humana, não que seja aquilo que hodiernamente vemos, pois o que hoje vemos são influências pós cristianismo. Outrora, o culto era algo doméstico, como se pode ler no livro “A Cidade Antiga”, de Fustel de Coulanges, onde segundo o grande autor, o culto não era feito a uma pessoa especial, mas a todos os antepassados da família, fazendo oferendas em cerimônias restrita aos seus membros. Pois, para os membros dessas famílias, os antepassados surgiam como “o gerador” de suas existências, adquirindo, por isso, uma certa divindade, sendo passível, então, de adoração pelos descendentes.

Assim, a entidade familiar era unida em função das crenças por ela praticada, passando de pai para filho, sendo absorvido pelas novas gerações, ressalte-se que todos os rituais eram praticados pelo “homem”, aquele que possuía poderes ilimitados, inclusive, o próprio casamento, surge como uma perpetuação dos cultos e seus rituais aos seus antepassados, bem como continuidade da autoridade dada ao chefe da família. Ademais, é nesse ínterim, que encontramos o modo de gestão, até

pouco tempo presente nas famílias brasileiras, o pátrio poder. Pois naquela época, o filho varão não era igualado a sua irmã, havendo, portanto, diferenciação quanto a sexualidade. Quando a filha casava deixava de fazer parte da sua família de origem, por outro lado, o filho varão, deixava a família, porém passava a ser revenciado como o “deus” em uma nova família.

A autoridade máxima era atribuída ao pai, que detinha o poder ilimitado, tendo como fundamento o culto religioso e as suas credences, o homem era o princípio de todos que naquela família existiam ou vinham existir, e para da continuidade a esse clã, era necessário um salvador do lar paterno, o filho varão.

Como a família era gestora de seus próprios conflitos, não recebendo, portanto, influências externas, cabe ao pai de família o poder de vida e morte sobre os seus subordinados. Então, dentro desse ambiente doméstico, instituir, modificar e extinguir direitos era uma prerrogativa exclusiva do pater. Sendo essa jurisdição algo absoluto e irrecorrível, presume-se, inclusive, que as questões extrafamiliares, eram decididas também pelo pater.

Todavia, há um momento, em que tudo na vida para sobreviver, necessita se alimentar, e alimentar-se significa sair do comodismo, ou seja, é necessário movimentar-se em uma direção, com a entidade familiar não foi diferente, esta abre-se para absorver as principais transformações ocorridas na sociedade. Dentre essas mudanças, certamente o catolicismo foi um dos maiores responsáveis por provoca-las, trazendo consigo fortes influências sobre o instituto familiar, como a patrimonialização e matrimonialização, além desta ser vista como algo além de sagrado, também indissolúvel, por uma vontade divinal de Deus.

Nessa época devido as grandes mudanças econômicas e sociais , a família cede pedaços de sua privacidade ao espaço público, por conseguinte o Estado passa a intervir na gestão, outrora privativa, da entidade familiar, determinando regras e procurando trazer soluções aos conflitos e controvérsias surgidas no âmbito familiar. Assim, a família perde parte de sua clausura e se expõe e submete ao poder do Estado. A família

passa a ser uma instituição assistencial, administrando e distribuindo rendas e bens de consumo. O direito público começa a ditar os trilhos a serem seguidos pela família, esta agora é vista como um objeto de proteção por parte do Estado.

Outro momento marcante, pelo qual passou o instituto família, foi a revolução industrial, essa provocou um verdadeiro exôdo rural nos campos outrora bastante habitados, assim as células familiares passaram a viver na área urbana. As famílias passam a diminuir de tamanho, adaptando-se à uma nova realidade social. É nesse período, que acontecerá uma, senão a maior, das transformações no âmbito do seio familiar, a inclusão da mulher no mercado de trabalho. Assumindo um papel de destaque, bem como uma nova postura perante a sociedade, libertando-se da subordinação do pai de família e promovendo uma concretização da igualdade no campo material.

Sem mais digressões, hodiernamente, a família, especificamente a brasileira, tem sido fortemente influenciada pela Constituição Federal de 1988, a qual trouxe consigo, a efetivação de vários princípios, dentre eles, podemos citar alguns, a liberdade, a igualdade e, ao nosso ver o mais revolucionário supraprincípio, a dignidade da pessoa humana. É o sobre este manto de princípios, que encontraremos uma nova roupagem da família brasileira, com características que vão desde a despatrimonialização até o reconhecimento das uniões homoafetivas, ou seja, o grande princípio da felicidade é conquistado através do amor e afetividade entre os membros da nova família brasileira.

DESENVOLVIMENTO

1. CONCEITO DE FAMÍLIA:

Segundo, o grande jurista, Conrado Paulino da Rosa, “o matrimônio é união legal de duas pessoas com intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e igualdade de direitos”. Sendo, desta forma, um tipo de contrato especial do Direito de família, que traz consigo a normatização que regulará desde o enlace dessas pessoas, a forma como irão cuidar de sua prole que porventura venham a ter, além da maneira como será feita a partilha de seus bens, dentre outras coisas.

Claro que conceituar família não é umas das tarefas mais fáceis, uma vez que esta é consequência de um processo social, portanto, apresenta-se em constante modificação, e é por isso que ela, família, é de tão grande importância para entendermos e compreendermos melhor a sociedade. Dentre os grupos sociais, a família, destaca-se por desempenhar um papel fundamental na transmissão de valores culturais, éticos, morais, educacionais, etc. Ela é, sem dúvidas, responsável por dar continuidade aos valores e costumes de uma sociedade.

Logo, o conceito de família, não é um conceito simplório, já que trata-se de uma alta significação social, psicológica e jurídica. Portanto, deve haver um cuidado redobrado em sua conceituação teórica. conseqüentemente, não se pode olvidar da complexidade presente na significação do conceito família. Família, não é, pura e simplesmente, um ambiente de reprodução humana ou muito menos um minúsculo conglomerado econômico. Mas, antes disso, hodiernamente, é um lugar marcado pelo o amor e afeto.

Há um entedimento já sedimentado de que o direito é um fenômeno social. Desta feita, essa afirmação não é apenas mais um clichê hodierno, mas uma afirmação já reconhecida e confirmada. Diante disso, a família é, antes de qualquer coisa, uma mola propulsora que proporciona grandes transformações sociais na sociedade contemporânea. Como o Direito é ciência e também fenômeno cultural, este reconhece e normatiza todas transformações sociais, inclusive, as provenientes das mudanças ocorridas no ambiente familiar. Tanto o direito como a família são fatos sociais, sendo, portanto, produtos culturais do homem, jamais poder-se-á conceituar com exatidão.

Todavia, vale ressaltar, que quis o nosso legislador ao enfatizar no Art. 226, da Constituição Federal brasileira de 1988, a família como base da Sociedade, recebendo por isso, um tratamento protecionista do Estado. Por isso, para o poder legiferante, não resta dúvida, que a família é a base, ou seja, o começo de uma sociedade, bem como de todos os fenômenos sociais, morais, culturais, éticos, religiosos, políticos, psicológicos, etc, em todas a suas minúcias e expressões.

2. ESPÉCIES DE FAMÍLIA

Seguiremos neste item, o entendimento da doutrina jurídica brasileira, com as divisões e classificações em: Famílias explicitamente previstas na Constituição e Famílias previstas implicitamente na Constituição. Começamos pela primeira categoria:

2.1. FAMÍLIAS EXPLICITAMENTE PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO

2.1.1. Matrimonial

O matrimônio é uma união legal entre duas pessoas cujo objetivo é o de constituir família, sendo que os cônjuges vivem em plena comunhão de vida e igualdade de direitos e deveres. Segundo a visão da doutrina majoritária, trata-se de um contrato do tipo especial do Direito de Família vinculado a normas de ordem pública, promovendo o enlace de pessoas a fim de regularem suas relações sexuais, bem como de cuidarem da prole que porventura tiverem. Aqui, por muito tempo, fincou-se um conceito tradicional de família, albergando apenas o união entre pessoas heterossexuais. Todavia, contemporaneamente, foi possível o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, através da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, a qual passou a obrigar a todos os Cartórios de Registros Civil de Pessoas Naturais no Brasil a celebrar a união entre pessoas do mesmo sexo. Vale aqui destacar, que essa resolução só veio ratificar o que os avanços jurisprudencias, há algum tempo, já reconheciam.

A ADI. 4277/2009 e a ADPF 132/2008 após seus julgamentos pelo STF, foram essências para o reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pois após sua decisão sobre assunto, a Suprema Corte, manifestou-se pela interpretação extensiva do art. 1723 do Código Civil Brasil, sendo este interpretado em conformidade com Art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, incluindo como signatários desses extratos normativos a comunidade homoafetiva, até então não juridicamente assistida, apesar de costumeiramente já viver em um fenômeno social familiar.

A entidade familiar matrimonial, goza de uma característica muito mais formal e rígida na sua formação, como, por exemplo, um cerimonial do tipo formal, atendendo os requisitos jurídicos e formais como : Capacidade Civil dos nubentes, impedimentos para poder casar, as

causas suspensivas de um casamento, processo de habilitação para casar, celebração do casamento, da provas do casamento, etc.

2.1.2. Convivencial

Originalmente tratadas pejorativamente como concubinato, as famílias convivenciais, experimentaram um período de total não assistência jurídica por parte do Estado, não sendo reconhecida juridicamente como entidade familiar. Logo, era social e juridicamente um união ilegítima entre homem e mulher, sofrendo todos tipos de preconceitos em uma sociedade marcada pela religiosidade e tradicionalismo.

Todavia, com a promulgação da Carta Magna de 1988, essa temática ganhou a sua então merecida proteção, conforme podemos extrair do Art. 226, § 3º, já que a própria Constituição veio reconhecer juridicamente a União Estável como entidade familiar, retirando da penumbra social, pessoas que há muito tempo viviam em uma total desassistência jurídica e social por parte do Estado. Além disso, a Carta Magna, rompendo com o preconceito legal até então existente, passou a dispensar um tratamento equânime entre homem e mulher na relação familiar, ampliou o conceito de família, reconheceu a união estável e a as famílias do tipo monoparentais. E por fim, corrigiu um grande erro, concedeu um tratamento isonômico entre os filhos havidos ou não no casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos.

Sabe-se que a informalidade é característica marcante na família convencional, pois a mesma, diferente da família matrimonial, que tem como característica o formalismo e rigidez em sua formação. Já na família do tipo convencional, as coisas acontecem naturalmente, os conviventes unem-se com objetivo de constituir família, logo a voluntariedade e a espontaneidade são características preponderantes nesse instituto familiar.

2.1.3. Monoparental

Pelo que se pode extrair do Art. 226, § 4º da Constituição Federal de 1988, cujo pequeno trecho fazemos questão de descrever, assim enuncia: “ Entende-se também como entidade familiar[...] formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, pelo que se escreve, é

perceptível a intencionalidade do legislador constituinte, que ao nosso ver, passa a estabelecer uma nova forma de entidade familiar, a família monoparental. Desta feita, há pelo constituinte um reconhecimento do pluralismo na formação da entidade familiar brasileira. Apesar de não expressamente, o código civil não ter feito menção a esse tipo de formação familiar, a mesma é inegavelmente reconhecida pela constituição de 1988.

Famílias monoparentais são aquelas, cuja a principal característica, consiste em um progenitor convivente e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. São monoparentais, porque são formados por um e somente um dos pais com seus filhos.

2.2. DAS FAMÍLIAS IMPLICITAMENTE PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.2.1. Eudomonista

Importante antes de discorrermos sobre a temática, explicitar o significado etimológico desta palavra, a mesma tem origem em uma palavra grega “eudaimonia”, que tem em seu sentido o instituto da felicidade. Logo, felicidade é o temática que embasa e orienta todas relações intrafamiliares nesse tipo de entidade familiar.

Felicidade é um macroprincípio implícito em no ordenamento jurídico, porém, presente em toda a teleologia do Direito para com os seus signatários. Isto posto, observa-se que esta entidade familiar é baseada no afeto e na solidariedade, cujo os seus membros são constantemente impulsionados a viver em harmonia e fraternidade, buscando sempre a realização de seus sonhos, cooperando uns com os outros para que isso se perfaça em modo concreto em suas vidas. Há, portanto, uma característica forte nesse tipo de entidade familiar, que é o outro sobreprincípio, o da dignidade da pessoa humana, através do qual ser humano não é visto como um meio, mas um fim em si mesmo, conforme e visão Katiniana.

Portanto, a principal característica dessa forma de entidade familiar é intersecção entre a liberdade e dignidade da pessoa humana, uma vez que, a mesma, tem como principal marca a não intromissão do Estado em suas escolhas, ou melhor, na maneira como seus membros entre si se

relacionam, amparados, lógico, pelo princípio da legalidade. Logo, verifica-se que este tipo de entidade familiar tende a ter uma maior liberdade na forma de autogerir, conseqüentemente, por outro lado, há maior valorização do ser humano como pessoa, onde todos os membros da família são valorizados como seres humanos.

2.2.2. Unipessoais

Apesar do não reconhecimento desse modo de organização familiar por boa parte da doutrina nacional, os tempos atuais demonstram que é preciso reconhecer que o instituto família não é apenas a triade pai, mãe e filhos, mas muito mais que isso, a família conforme se extrai do Art. 226, § 4º é conceito aberto e plurio. Desta feita, não poderia estar engessada por um conceito preso aos preconceitos estabelecidos pelo tradicionalismo e religiosidade, que tanto mal fazem, tolindo a nossa liberdade de escolher os nossos próprios caminhos.

Assim, considera-se família aquele que optou em viver sozinho, seja por desejar ficar solteiro, ainda que se permita a viver relacionamentos amorosos ocasionais; seja por aquele que, após uma viuvez, decidiu viver uma vida em modo individual, sem que isso signifique solidão ou infelicidade; e por último as aqueles que não se relacionam amorosamente com ninguém, mas que vivem felizes e sentem-se resolvidos/realizados em suas escolhas pessoais, não necessitando de companhias amorosas para que possam ser felizes.

Vejamos, que tudo encontra-se pautado na liberdade de escolher, ou seja, é a forma como cada escolher para ser feliz, vivendo essa felicidade, desprezado de regras ou conceitos imposto pelo pensamento tradicional da sociedade. Assim, tem-se como mantra aquele adágio popular “antes só, que mal acompanhado”. Viver e ser feliz é que vale a pena, inaugura-se aqui, um novo tempo na sociedade, o de ser feliz mesmo que ainda sozinho, tendo o reconhecimento como entidade familiar, independentemente da forma como se apresenta.

2.2.3. Solidária

Este talvez seja uma das mais interessantes questões do momento, pessoas que vivem com outras, mesmo que não tenham

nenhum laço de parentesco, mas que por um questão de terem algo comum (idade, estudos, filosofia de vida, etc) decidem viver como uma família, compartilhando um mesmo local, aí encontra-se a característica marcante da solidariedade entre os seus membros. O modo altruístico e fraternal é que acaba prevalecendo como algo marcante, onde todos estão no “mesmo barco”, assim, navegar é preciso e unir-se, nesse caso, é obrigatório.

Tem-se, portanto, um grupo familiar moderno, onde a afetividade e solidariedade fazem parte do cotidiano de todos os seus membros, por isso, não há como disassociar esse conglomerado humano de uma entidade familiar.

2.2.4. Mosaíco

Também conhecidas como famílias pluriparentais, estas são resultado das pluralidades parentais, muitas vezes decorrentes de um divórcio, de uma dissolução de união estável, do recasamentos, da separação, da desuniões e da famílias não matrimoniais. Mosaíco, por ser marcado por uma diversidade de relações parentais, onde há uma miscigenação entre vários núcleos familiares, onde começa um, recomeça o outro e assim por diante. É uma miríade, mas todos são uma mesma família e, em muitos casos, há uma embricação entre as várias formas de parentesco, seja ela do tipo civil, consanguíneo e por afinidade. Todos em um mesmo e grande núcleos familiar, algo semelhante a um abacaxi, que é formado por diversas gomos (flores), mas é visto por todos como um só fruto.

2.2.5. Extensa

É o primeiro modo de relação familiar existente no mundo, pois é baseada em uma forma familiar, onde um único ancestral e mais velho, é o constituidor. Mas esse tipo e formação familiar ganhou uma nova roupagem com as mudanças dos Estatuto da Criança e Adolescente, trazidas com advento da Lei da Adoção (Lei nº 12.010/09), a família extensa ou ampliada , teve o seu conceito jurídico de família não apenas de forma restritiva aos seus genitores ou adotantes, como também a parentes mais próximos com os quais a criança e adolescente convivem e mantêm vínculos de afinidade e afetividade (Art. 25, parágrafo único ECA)

Neste diapasão, a família extensa é prova de que o direito cede às mudanças sociais que acontecem no mundo moderno, especificamente, no que tange aos relacionamentos familiares modernos.

2.2.6. Homoafetividade

Com advento da Constituição de 1988, ocorre uma mudança radical no conceito, até então preponderante, da entidade familiar. Está, antes da promulgação da Constituição, estava adstrita a paradigmas tradicionais, para os quais só haveria família, caso houvesse uma união entre pessoas do mesmo sexo. Desta feita, esse novo conceito é o reconhecimento do direito aos que habitualmente já vinham há algum tempo, convivendo em modo público, duradouro e cotinualmente, objetivando com isso constituir uma família, conforme esta descrito no Art. 1723 do Código civil brasileiro. Portanto, a Constituição de 1988, vem romper com preconceito legal até então existente, criando no nosso ordemento jurídico uma nova concepção de família, até então defenestrada pelo ordenamento jurídico nacional.

Com o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo, a familia deixa de ser apenas um núcleo social, nos quais há prevalecimento de fatores econômicos e reprodutivos, passando para um compreensão socioafetiva, baseada na afetividade e solidariedade fraternal. A dignidade da pessoa humana é a base de toda estrutra familiar moderna, é meio de promação e valorização do ser humano como ser digno de afeto e respeito. A familia é, portanto, deve ser esse ambiente de felicidade e amor.

Extrai-se do Art. 226 da Constituição Federal, um conceito jurídico aberto e inclusivo do instituto família, o qual não pode ser interpretado em modo fechado, ou seja, não não está nele enunciado uma lista fechada dos tipos de famílias brasileiras, mas sim uma interpretação aberta e extensiva, que não se coaduna com uma visão tradicional e retrogada do conceito família. Portanto, esse dinamismo democrático e inclusivo, que o Direito nacional passa a não deixar de albergar sobre o seu manto protetivo, a uniões homoafetivas, segmentando grupos de pessoas pela sua opção sexual, ou melhor, é permitir que próximo seja feliz da forma que o mesmo

escolheu para viver e como viver e com quem viver, merecendo por isso proteção estatal.

O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar é apenas uma forma natural/formal de se reconhecer que os direitos fundamentais são de aplicação imediata (Art. 5º, § 1º). Sendo portanto, aplicados em modo a incluir e não excluir pessoas pelas suas opções filosóficas, religiosas ou sexuais. Como dizia, o cantor e poeta Gonzaguinha “ Viver e não ter a vergonha de ser feliz”, o que importa é viver, desde que não lese direito de terceiros, independentemente da forma que se escolheu para viver.

2.2.7. Silmutânea

É um modelo familiar decorrente da duplicidade de células familiares, isto é, a manutenção simultânea de mais de um relacionamento afetivo estável, em muitos casos, ter-se-á um paralelismo ao casamento, sendo uma duplicidade de famílias convivenciais. Esse tipo de entidade familiar é aquela na qual há um paralelismo entre núcleos familiares, que em algum ponto sofrem intersecções, ou seja, diz respeito àquelas situações onde alguém se coloca concomitantemente como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Resumindo: existem dois ou mais núcleos familiares, entretanto, ligados por um membro em comum

2.2.8. Poliafetiva

É a estruturação familiar composta por três pessoas ou mais, cuja a intenção é constituir família, aplicando-se, no que couber, o regramento da união estável, salvo a possibilidade da conversão em casamento, conforme previsto no art. 1.726 do código civil. Ao contrário do que ocorre na família silmutânea, onde existe o desconhecimento por parte de alguém, ou em muitos casos, há apenas a moradia em locais diferentes, na família poliafetiva existe uma vivência coexistente entre os integrantes desse relacionamento familiar.

Não se busca proteger os relacionamentos extraconjugais clandestinos, ou seja, todos os núcleos coexistentes devem ser conhecidos e aceitos entre si, sendo que o caso de uma relação diversa da acordada,

ou seja, a inclusão de uma pessoa nova entremetida nos núcleos, do tipo não autorizada, merece demérito semelhante à traição conjugal.

3. EXISTE CRISE NA FAMÍLIA BRASILEIRA ?

Crise é uma mudança brusca, ou melhor, caracterizada pelo mau funcionamento de um órgão ou intuição, ou em muitos casos, a apresentação de sinais que descaracterizam algo do seu estágio de naturalidade. Portanto, afirmar que algo está em crise, é certamente um ato que exige uma certa perícia ou um estudo aprofundado sobre o caso. Por isso, no caso do instituto família, para afirmarmos que a mesma encontra-se em crise, é certamente, afirmar que **toda** (grifo nosso) sociedade apresentaria a sintomática falência múltiplas de seus institutos, algo que ao nosso ver, não é o caso.

Ao nosso ver, a família brasileira passa por um período de adaptação, típico do desenvolvimento cultural contemporâneo. Lógico que existem situações que são atentatórios a ordem social, moral e ética em nossa sociedade, algo reprovável, porém, ao nosso ver, não são justificativas plausíveis para que rotulemos isso como uma crise generalizada na família brasileira. Já que, em outros tempos, sempre existiram situações tal como a violência urbana, violência doméstica, separações conjugais, crises conjugais, dentre outros. Portanto, inegavelmente, existem problemas, mas não ao ponto de caracterizarmos isso como crise. Pois, certamente, famílias passam por revezes, sem que isso signifique que há uma crise instalada.

Hodiernamente, tem-se observado no Brasil, que existem sim crises no âmbito governamental e econômico, quase sempre, decorrente de uma cleptocracia instada nas instituições governamentais, algo, que inegavelmente irá provocar efeitos indigestos nas famílias brasileiras, bem como compromete a eficácia da políticas públicas governamentais.

Assim, se as políticas públicas dos Governos (Federal, Estadual, distrital e Municipal) são ineficazes, ou seja, não atingem em modo satisfatório seu objetivos, lógico, que seus signatários, direta ou indiretamente, sentirão os seus efeitos em modo direto. Assim, como fruto da omissão estatal, efeitos nefastos para a sociedade acontecerão, como,

por exemplo, o desemprego, aumento da desigualdade social, desassistência ambulatorial para os mais carentes, concentração de renda na mão de poucos em detrimento de maioria empobrecida, em fim, situações desastrosas para as famílias brasileiras. Todas essas mazelas governamentais, certamente, trazem um sentimento de abandono e prevailecimento da lei do mais forte, onde alguns, aproveitando-se disso, procuram estabelecer as suas regras, disseminando um sentimento de crise na sociedade.

Por outro lado, não podemos, como é característico das manchetes policiais e sensacionalistas, generalizar que o instituto família encontra-se em crise pelo fatores supramencionados, pois seria leviano tal raciocínio, além de desarrazoado. Pois, se assim o for, estaríamos colocando em uma vala comum, todas as famílias brasileiras, algo que a nosso ver, não condiz com os fatos e muito menos com as estatísticas dos institutos de pesquisa. Pois se tal linha raciocínio fosse verdadeira, estaríamos vivendo em um estado de beligerância.

Portanto, não se pode confundir desvios de condutas individualizada e isolada, decorrentes, muitas vezes, de uma falta de assistência estatal, com uma crise do instituto familiar. Pois, agindo assim estaremos engrossando o coro junto àqueles que querem nos fazer acreditar que há uma crise em todas as famílias brasileiras. E ao nosso ver, é o que querem nos fazer parecer os discursos de alguns grupos religiosos, bem como alguns grupos reacionários de extrema direita, que insistem em seus discursos falaciosos, objetivando com isso, agregar seguidores aos seus pensamentos ideológicos, caracterizados pelo saudosismo e a temeridade sobre um futuro de paz, como se o passado fosse melhor que o presente e o futuro como algo catastrófico, caso não sejam seguidos os padrões da ultimamente intitulada “família tradicional”.

Somado a isso, modificações culturais e condutas individuais, não previstas, em alguns casos, em nosso ordenamento jurídico, ou em muitos casos, comportamentos contrários a paradigmas de comportamento moral vigente, não são justificativa para caracterizar que a família brasileira encontra-se decadente. Muito pelo contrário, em nosso entender, é um

processo natural da sociedade contemporânea, a qual tem promovido a concretização do tripé da liberdade, igualdade e solidariedade dos povos, sendo a efetivação do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, tendo como corolário a concretização de outro supraprincípio, o da felicidade. E isso, independe da forma como as famílias atuais se organizam, seja no modo mais formal ou menos formal; seja a a partir da presença dos dois cônjuges ou de apenas um na sua formação; seja um família mononuclear ou formada a partir de vários núcleos; seja por uma família cujo os conviventes têm a heterossexualidade como um opção ou em um família formada por pessoas do mesmo sexo.

Portanto, ao nosso ver, devios de condutas e transformações sociais vividas pelas famílias brasileira atualmente, não deixam de ser um processo natural de um ser gregário como é o ser humano. Assim, não se pode levemente rotular que a família brasileira encontra-se em crise pelo simples fato de não apresentar-se como outrora, ou muito menos por vermos uma sociedade arrefecida por alguns incidentes sociais. Não é possível, com precisão, afirmar que as violências urbanas possam ser creditadas exclusivamente aos pais, como querem alguns. No nosso entender, não foram os pais que falharam na sua forma de criar e educar seus filhos, já que seria condenar precipitadamente os mesmo, além de deixar de considerar que o homem têm na sua autonomia da vontade a permissão para fazer as suas escolhas. Logo, afirmar que há crise na família brasileira, pelo fato de haver desvios de condutas morais ou sociais, ou pelo fato de haver transformação cultural de comportamento humano, é uma atitude desarrazoada. Já que, padronizar comportamentos humanos é forma de usurpar o direito da autonomia da vontade de cada indivíduo, golpeando bases do nosso Estado Democrático e Social de Direito.

CONCLUSÃO

A família é, sem sombra de dúvidas, a base da sociedade e como tal a mesma deve ser protegida e assistida pelo Estado. Tal a sua importância, que o constituinte etiquetou isso no art. 226 da Constituição Federal. Logo, a família é nucleo primário que somatizado a outros núcleos formam uma sociedade. Como toda manifestação humana, o instituto familiar tem apresentado modificações ao decorrer dos tempos, sendo,

inclusive, objeto de pesquisa do mais variados ramos de estudo, tais como a sociologia, antropologia, direito, economia, etc.

Toda a mudanças ocorridas são processos natural que trazem em consigo transformações de comportamentos nas famílias contemporâneas, onde cada modificação, em primeiro momento, certamente, entrará em conflito com paradigmas vigentes, passando com isso, uma visão equivocada de crise, como outrora na história da humanidade aconteceu. Por exemplo, em outros tempos não era admitida uma família constituída fora do padrão marido e mulher, e naquele momento, isto também recebia a rotulação de crise moral ou social, inclusive, recebendo a pecha de “conduta imoral” e “pecaminosa”, sendo condenada e reprovada pelos movimentos tradicionais e religiosos.

Portanto, ao nosso ver, a família brasileira não esta passando por uma crise, mas sim esta vivenciando um período de transformações, mudanças e adaptações a um novo tempo, pois como toda história da civilizações, as sociedades passaram por ciclos, e em cada um desses ciclos, houveram conflitos. Assim, é natural que existam as divergências ideológicas, característico de toda revolução social, decorrente da colisão entre os interesses grupos que representam partículas da sociedade. Portanto é natural que haja esse antagonismo, uma vez que em uma sociedade marcada pelo pluralismo de idéias e valores, isso é plenamente aceitável.

Assim, não são desvios de condutas individuais decorrentes de mais variados fatores (**governamentais, econômicos, religiosos, morais, etc**), tão presentes em todas as épocas, que servirão de embasamento para rotularmos que há uma crise instalada na família brasileira. Pois isso, certamente, em outro tempos, esses fenômenos sociais exitiram, posteriormente deixaram de ser considerados fatores de crise, passando a ser um contuda social perfeitamente aceitável e adequada. Desta feita, sempre haverá fatos reprováveis por parte de alguns indivíduos, sem que isso configure um cataclísma social e, muito menos, um preságio apocalíptico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito da Família Contemporâneo**. 2. Ed.rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p 21 -98.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Direito da Família**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p 41 – 75.

A INICIATIVA POPULAR DE PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO E SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DANTE SILVA TOMAZ: Advogado. Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação na FGV-RJ (2016). Graduado em Direito pela UFRJ (2015).

RESUMO: O presente artigo objetiva estudar a possibilidade de inclusão da iniciativa popular como meio apto a dar início ao processo legislativo de emenda constitucional. Para tanto, parte-se, inicialmente, de uma análise acerca da evolução dos conceitos de Constituição, Estado de Direito e democracia em nosso país. Pretende-se esclarecer, ainda, à luz da doutrina, a forma como os ideais de soberania popular e participação social se desenvolveram ao longo do tempo. Os referidos conceitos mostram-se essenciais à compreensão do presente tema, uma vez que a Constituição de 1988 consagrou a soberania popular como um dos seus principais fundamentos, e estabeleceu, além do plebiscito e referendo já existentes, inédito meio de participação do cidadão: a iniciativa popular de lei. Apesar de não haver previsão da iniciativa popular como meio legítimo a iniciar trâmite de emenda constitucional, a questão está longe de ser pacífica na doutrina e nos Tribunais Superiores, razão pela qual coteja-se, ainda, as opiniões divergentes a respeito do tema. De um lado, têm-se os que defendem a iniciativa popular como forma de fortalecimento da participação política dos cidadãos, e, de outro, os defensores da rigidez constitucional como instrumento hábil a manter a estabilidade política nacional. Para melhor compreensão do objeto de estudo, faz-se uma análise não apenas da Constituição da República, mas também da legislação federal pertinente ao tema, sempre em uma perspectiva crítica e atenta às implicações que eventuais mudanças constitucionais nesse sentido poderiam gerar.

Palavras-chave: democracia; rigidez constitucional; processo legislativo; emenda constitucional; iniciativa popular

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1) O Estado Democrático de Direito, Constitucionalismo e a base principiológica da Constituição

Federal. 1.1) Constitucionalismo: Aspectos históricos e constitucionalismo no século XXI.... 1.2) Estado de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito.... 1.2.1) Estado de Direito.... 1.2.2) Estado Social de Direito... 1.2.3) Estado Democrático de Direito.... 1.3) Democracia.... 1.3.1) Democracia representativa.... 1.3.2) Democracia direta.... 1.3.3) Democracia participativa.... 1.4) Os princípios de defesa e de reforma da Constituição..... 1.4.1) A supremacia constitucional e seus desdobramentos.... CAPÍTULO 2) A INICIATIVA POPULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.37 2.1) A iniciativa popular na Constituição Federal de 1988.... 2.2) A regulamentação da iniciativa popular pela Lei 9709/1998 2.3) A Proposta de Emenda Constitucional número 3 de 2011. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB88) é fruto da evolução histórica e política de nosso país, representando um marco de rompimento com o modelo político-constitucional ditatorial anterior, iniciado com o Golpe Militar de 1964 e constitucionalizado, em um primeiro momento, na Constituição Federal de 1967 e, posteriormente, radicalizado através da emenda constitucional (EC) 1/69, considerada uma nova Constituição, diversa daquela, e ainda mais autoritária.^[1]

Atendendo a essa necessidade de democratização das instituições e do ordenamento jurídico, a CRFB88 inovou em nossa tradição jurídica, dando um passo à frente da clássica ideia de democracia representativa simples, prevendo expressamente institutos de soberania popular, a ser exercida diretamente pelo povo, conforme consta do art. 1º, parágrafo único da CRFB/88.

A previsão de exercício de poder direto pela população caracteriza típica manifestação da democracia direta, expondo o caráter híbrido do modelo democrático inaugurado pela Constituição Federal de 1988, com previsão conjunta de institutos da Teoria Representativa e da Teoria Direta

da democracia, o que levou muitos autores a defenderem que a nossa Lei Maior adotou um modelo semiparticipativo ou participativo, expressões que serão utilizadas como sinônimas neste estudo. Estas expressões podem ser conceituadas como *“o regime democrático em que existe uma mescla entre a representação política e o exercício direto da soberania popular* [2].

Em vistas a uma melhor compreensão acerca do tema, é necessário tecer alguns breves comentários a respeito da evolução constitucional pátria, abordando o longo caminho que foi feito para a consolidação da participação popular direta no âmbito constitucional.

Inicialmente, ressalte-se que o conceito de democracia direta é defendido neste artigo como a forma de participação direta dos cidadãos na formação de vontade do Estado, sem intermédio de representantes eleitos para este fim. Por sua vez, a contrário senso, a democracia representativa define-se como o modo de participação indireto dos cidadãos na formação da vontade do Estado, em que as aspirações da população são manifestadas por representantes eleitos para este fim.

A primeira Constituição brasileira a prever algum mecanismo de democracia direta foi a de 1937, outorgada e conhecida também como “Constituição Polaca”, que previu 4 hipóteses de plebiscitos em seu texto – nos artigos 5º, 63, 174 e 186[3]. A Carta de 1946, por sua vez, não obstante tenha sido promulgada e surgida em um contexto democrático, previu apenas uma forma de plebiscito, em seu artigo 2ª[4]. A Constituição de 1967 e a EC 1/69, considerada pela maioria da doutrina uma nova Constituição, não estabeleceram nenhum mecanismo de democracia direta em seu texto.

Diante desse histórico das Constituições, que evidencia a timidez dos institutos de democracia direta em comparação aos de democracia representativa, no que tange aos meios de participação popular, é importante perceber os avanços advindos com a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, que, em seu artigo 14, trouxe três formas de participação direta da população, duas delas inéditas no contexto constitucional pátrio até então: referendo e iniciativa popular.

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;*
- II - referendo;*
- III - iniciativa popular.”*

Com esses novos mecanismos, o legislador constituinte buscou dar um passo além da mera consulta prévia à população, característica que define os plebiscitos, instituindo o referendo – consulta posterior a aprovação de um ato normativo de interesse público já previamente escolhido pelo legislador, para que os representados decidam “sim” ou “não” – e a iniciativa popular, instituto objeto deste estudo e prevista no caput do artigo 61 da Constituição, que legitima os cidadãos a iniciarem o processo de tramitação de leis.

Todavia, mesmo com essa nova posição incorporada pelos instrumentos de democracia direta, a iniciativa popular só é unanimemente aceita para elaboração de leis. Quanto ao processo legislativo de tramitação de propostas de emenda à Constituição (PEC), a CRFB/88, em seu artigo 60, nada prevê a respeito da capacidade de apresentação destas por meio de iniciativa popular, elencando um rol bem mais restrito de legitimados, sendo estes: o Presidente da República, um terço dos membros da Câmara Federal ou um terço dos membros do Senado Federal e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa dos seus membros.

No que tange aos outros mecanismos de participação popular pela via direta, quais sejam, o referendo e o plebiscito, a CRFB/88 não os tem como necessários quando da aprovação de PEC.

Dentre esses mecanismos, a iniciativa popular, é conceituada como um instrumento da democracia direta com grande teor democrático, visto que amplia, para além das três esferas de poder usualmente legitimadas a dar início ao trâmite legislativo – seja de forma típica, como o Legislativo, ou atípica, no caso do Executivo e do Judiciário –, este poder. Amplia-o,

portanto, ao conferir parcela deste diretamente ao próprio povo, que, quando mobilizado, pode levar a apreciação do Congresso Nacional projetos de seu interesse, sem necessidade de intermediação ou “apadrinhamento” por representantes eleitos.

Entretanto, a realidade muitas vezes mostra-se mais complexa e difícil do que as boas intenções do legislador poderiam prever. Apesar do princípio da soberania popular e dos já citados mecanismos de democracia direta, o Brasil continuou em um modelo majoritariamente representativo, com raríssimos plebiscitos, referendos e projetos de lei (PL) oriundos de iniciativa popular sendo vistos no dia a dia da nossa jovem democracia. A regra, infelizmente, não obstante as intenções do legislador constituinte originário, ainda é a baixa participação popular.

Percebe-se essa tendência à baixa participação na medida em que se constata que foram necessários 22 anos para que a primeira lei fruto de iniciativa popular fosse aprovada pelo Congresso Nacional.

Em 2010, foi aprovada a Lei Complementar nº 135, depois de recolher 1,6 milhões de assinaturas e ser entregue ao Congresso em 2009. Desde então, nos últimos quatro anos e meio, até meados de 2014, nenhum outro PL de iniciativa popular foi apresentado.

Assim, não obstante a ausência de efeitos práticos da referida previsão constitucional, muito em virtude das difícilimas exigências elencadas no artigo 61, §2º da CRFB/88, que serão vistas no decorrer desse estudo, existem algumas propostas de emenda à Constituição que visam ampliar o escopo da iniciativa popular. Nesse sentido, tem-se a PEC 3/2011, já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, que visa reduzir exigências e formalidades e estender essa possibilidade para a apresentação de PEC.

Diante de todas essas informações, deve ficar claro que se pretende, neste estudo, abordar alguns aspectos a respeito do instituto da iniciativa popular, com ênfase na sua aplicabilidade ao mecanismo de propostas de emenda. Abordar-se-á a situação atual do texto constitucional, com o intuito de esclarecer se a eventual ampliação do rol de legitimados para a

propositura de PECs estaria em conformidade, ou não, com o sistema previsto pelo legislador constituinte originário.

Dessa forma, objetiva-se fornecer uma visão geral de aspectos relacionados ao tema da iniciativa popular e ao direito constitucional pertinentes. Não se furtando a posicionar-se criticamente frente à problemática envolvida e, com o intuito de contribuir para o fortalecimento institucional brasileiro, o presente trabalho intenta, ao final, demonstrar a incompatibilidade da iniciativa popular com o rígido processo de tramitação de PECs no Brasil.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUCIONALISMO E A BASE PRINCIPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1. Constitucionalismo: Aspectos históricos e constitucionalismo no século XXI

O conceito de constitucionalismo, em sua forma básica, está diretamente ligado a limitação do poder e supremacia da lei. De acordo com este modelo de organização, o poder estatal está submetido ao império das leis e, como o nome sugere, a existência de uma Constituição. Ressalte-se, entretanto, que nem toda Constituição precisa ser escrita.^[5]

Luís Roberto Barroso^[6], aprofundando a matéria, em lição que conceitua as características do neoconstitucionalismo da forma como adotada por este estudo, leciona que:

“Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas

que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (checks and balances). Por fim, órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meio ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

Diante dessa exposição, vê-se que o neoconstitucionalismo assegura uma série de garantias aos cidadãos e limites ao Estado. Ressalte-se, entretanto, que nem sempre foi assim. Para atingir este patamar houve um longo caminho histórico, de enfrentamento de governos despóticos e autoritários.

Para uma melhor compreensão do quadro atual é necessário demonstrar, de forma breve, alguns aspectos mais destacados desta evolução, desde o embrião do conceito de constitucionalismo nas civilizações antigas, passando pela Idade Média, Idade Moderna, até chegar-se aos dias contemporâneos.

No caso das experiências das Idades Antiga e Média, invoca-se os casos das experiências da Grécia, na antiguidade, e Inglaterra, na Idade Média, como trazido em obra do Professor Nelson Saldanha.^[7] Segundo o referido autor, em Atenas, teria ocorrido o surgimento da mais avançada forma de governo vista à época, um verdadeiro caso de democracia constitucional. Já no caso inglês, alguns séculos depois, são estabelecidos aspectos embrionários do constitucionalismo liberal que viria a seguir, o Professor Marcelo Novelino expõe que aspectos seriam estes:

“I) a supremacia do parlamento; II) a monarquia parlamentar; III) a responsabilidade parlamentar do governo; IV) a independência do Poder Judiciário; V)

a carência de um sistema formal de direito administrativo; e VI) a importância das convenções constitucionais.^[8]”

Com o advento do Estado Moderno e o ocaso do feudalismo, surge uma nova fase do constitucionalismo. Na seara desta classificação, utilizar-se a divisão adotada por Paolo Biscaretti di Ruffia^[9], que divide os períodos do constitucionalismo entre clássicas, aquele compreendido como o período entre as revoluções liberais e o fim da Primeira Guerra Mundial, e modernas, que tiveram o seu auge no período entre guerras.

O constitucionalismo clássico, também chamado de constitucionalismo liberal, surge pela influência direta da Revolução Francesa e da Independência Americana.

Como grande exemplo deste período têm-se a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, que trouxe inúmeras inovações, como ter sido a primeira constituição escrita do mundo moderno. A respeito desta, o Ministro Luís Roberto Barroso^[10] afirma, em excelente lição:

“passou a ser um marco do tríplice conteúdo da Revolução americana, quais sejam: a) a independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de poderes, na igualdade e na supremacia da lei (rule of law).”

Outra inovação da experiência norte-americana foi adotar um modelo federalista de fato, com uma divisão relevante de competências legislativas e organizatórias entre os entes federados e uma separação entre os poderes constituídos, com a divisão equilibrada e equânime entre Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme preceituado por Montesquieu.

Chega-se, posteriormente, ao constitucionalismo moderno, cuja grande marca são as Constituições Sociais. Nestas, as questões existenciais passam a ser absorvidas pelo Estado, que vê-se instado a promover o bem-estar social, através de medidas ativas e positivas,

marcando um rompimento com a função meramente negativa típica do Estado Liberal. O Estado torna-se um prestador de serviços. [11] A Constituição de Weimar no pós-primeira guerra é o principal exemplo histórico dessa época.

Por fim, finda a Segunda Guerra, surgem os primeiros conceitos de neoconstitucionalismo. Este abrange tanto as Constituições de bem-estar social da Europa do pós-guerra, quanto Constituições analíticas, formadas por extensa gama de direitos positivos ao lado da presença de direitos clássico negativos, caso das Constituições da Índia e até a CRFB/88. O neoconstitucionalismo traz os valores morais de volta ao direito, visando evitar atrocidades dentro da Lei, como ocorreu com o nazi-facismo sob o manto do positivismo puro. No tópico destinado ao conceito de Estado de Direito, retorna-se este tema.

Uma conceituação única do neoconstitucionalismo moderno é tarefa inglória, de forma que o Ministro Barroso, trata esta como uma das grandes missões do constitucionalismo contemporâneo, conforme se depreende do excerto:

“ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre a soberania popular e os direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Esse continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.[12]”

Dessa forma, retorna-se ao conceito apresentado no início do capítulo, afirmando que o neoconstitucionalismo é definido neste estudo como a união entre a submissão do poder estatal às leis e a supremacia da constituição, que passa a irradiar princípios sobre todos os campos do direito. Um constitucionalismo moderno é, portanto, o modelo dos Estados que buscam efetivar a dignidade humana, o pluralismo e a diversidade.

O respeito a diversidade e o pluralismo exigem o respeito as minorias étnicas, política, entre outras, de forma que a democracia entendida

simplesmente como a vontade da maioria pode chocar-se com estes valores. O neoconstitucionalismo deve buscar respostas ao choque entre os desejos da maioria e direitos das minorias.

Os instrumentos de democracia direta, como é o caso da iniciativa popular, até pela exigência intrínseca de participação de uma grande quantidade de cidadãos, são apoiados na noção de democracia como expressão da vontade majoritária. Diante da nova realidade constitucional, que preconiza de ausência de direitos absolutos, podem ser relativizados para conviver com o núcleo essencial da Constituição.

1.2) Estado de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito

1.2.1) O Estado de Direito

O conceito de Estado de Direito é amplíssimo, possuindo definições que variam de acordo com quem se propõe a conceituar o tema. Dessa forma, o que se busca, portanto, é a melhor definição técnica possível. Com esse objetivo explicitado, invoca-se a lição de Roberto Lyra Neto, em passagem narrada por Gilmar Mendes, que definiu Estado de Direito como “*aquele Estado que tem limites e fundamentos definidos pelo direito*”^[13].

Essa definição, por óbvio, não engloba todas as características do Estado de Direito e nem a sua relação ou não com a democracia. Afinal, a própria experiência pátria mostrou que o Regime de Exceção que vigorou durante 20 anos no Brasil tentou apresentar-se como legitimado através de instrumentos legais, caso dos famigerados Atos Institucionais.

Quanto as suas origens, conceito de Estado de Direito surge “*no campo do direito administrativo, onde designa uma ordem de relações entre a lei, a administração e o indivíduo, e significa a máxima justiciabilidade possível dos atos da administração*”.^[14] Em virtude deste início, resta nítida a função negativa do Estado de Direito, que objetivava ser uma defesa do particular em face do Leviatã estatal.

Com o tempo, a noção de Estado de Direito foi sendo ampliada, até adentrar ao direito constitucional, aonde atingiu o ponto de “*se converter em sinal de legitimidade de todo sistema jurídico, inicialmente apenas do ponto de vista formal, mas, depois, ao término do processo, também do ângulo material.*”[\[15\]](#)

O avanço do Estado de Direito, corroborado pelas passagens citadas, alimentou-se mutuamente da consolidação do constitucionalismo liberal. Os burgueses que ascendiam não aceitavam mais a manutenção de privilégios feudais aos nobres e buscaram, através da defesa do direito positivo e da noção igualdade formal, o controle e limitação da atuação do Estado – que deveria ser neutra em relação aos Administrados.[\[16\]](#)

Atentando para os caminhos que levaram o Estado de Direito a sua posição proeminente, Gilmar Mendes entende que o Estado de Direito deve seguir, pelos menos as seguintes exigências fundamentais para ser caracterizado:

“a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;

b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial

c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e

d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material[\[17\]](#)”

Essas aspectos se estabeleceram surgiram durante a evolução, que abrangeu desde o início como meio de resistência burguesa ante o Estado absolutista, passando pela concepção social até atual concepção democrática de constitucionalização do direito, do Estado de Direito, que cada vez mais, como visto, se confunde com o ideal de democracia.

1.2.2) Estado Social de Direito

A mudança para o chamado Estado Social, sem alongar-se no tema já tratado no tópico dedicado a história do constitucionalismo, surgiu em decorrência da natural concentração de renda que o capitalismo provoca. O Estado liberal-burguês trouxe uma concentração de renda enorme, gerando grande tensão social. Essa situação passou a exigir do Estado uma atuação muito mais incisiva para resolução dos conflitos e manutenção da paz. Dessa forma, a clássica postura meramente negativa e respeitadora das liberdades públicas se mostra insuficiente para atender aos anseios da população.

A atuação de pacificação social busca fornecer mais serviços públicos, assegurando um mínimo a toda a população. Os direitos básicos, tais quais saúde, educação e segurança são reconhecidos como devidos pelo Estado em favor dos administrados. O conceito de “império da lei” sozinho, não é mais suficiente. O Professor Bonavides, assim define o Estado Social de Direito:

“O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.^[18]”

Se o Estado liberal foi produto das revoluções burguesas, o Estado social, por sua vez, teve como maiores expoentes a Revolução Russa de 1917, cujo ator principal foi o proletariado, e a chamada Revolução Mexicana de 1910, que não instaurou um regime socialista da mesma forma que a russa, mas obrigou o governo a assegurar mais direitos aos trabalhadores. Posteriormente, em 1919, surgiu a Constituição de Weimar, que tornou-se, como já explicado, o símbolo do período do Estado Social.

No Brasil, a primeira Constituição a adotar o modelo social foi a de 1934, o que é muito bem explicado por Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“Mantendo, embora, o regime republicano federativo e o sistema presidencialista de governo, incorpora inúmeras inovações, algumas dissonantes de ambos, e alinhava o texto constitucional no constitucionalismo moderno, na linha das constituições mais avançadas da época, sinalizando a introdução de um novo tipo de Estado Brasileiro: o Estado Social, apto a responder aos reclamos do momento histórico em que foi elaborada. [19]”

Esse modelo também não foi imune a problemas. Apesar de ter resistido a Segunda Guerra Mundial, as dificuldades de sua manutenção devido as crises econômicas dificultaram a sua continuidade.

Felizmente, as conquistas adquiridas foram mantidas, e, atualmente, a maioria dos Estados preveem deveres referentes a necessidade de assegurar o mínimo existencial aos seus cidadãos, com a importância cada vez maior da dignidade dos seres humanos. A busca se torna por um ponto de equilíbrio entre os Estados Liberais e Sociais.

Os horrores da 2ª Grande Guerra demonstraram que apenas o império das leis e o direito entendido como ciência totalmente independente da moral (positivismo) não foram suficientes para evitar que as maiores injustiças ou atrocidades fossem cometidas sob o seu manto. O nazismo e o fascismo, que assolaram e abriram chagas terríveis na Europa na primeira metade do século XX, estavam de acordo com as leis e o devido processo legislativo do período, de forma que autores renomados [20], entendem que:

“a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei.”

1.2.3) Estado Democrático de Direito

Ao final da Segunda Guerra, portanto, era necessário o surgimento de uma nova concepção de Estado de Direito. Esta necessidade foi atendida pela noção do neoconstitucionalismo, de valorização de princípios abstratos que devem guiar o legislador e a própria atuação da Administração Pública. O neoconstitucionalismo é relacionado com o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, caput, utilizou a expressão “*Estado Democrático de Direito*”. Uma parcela de autores, como Luís Roberto Barroso, preferem a expressão “*Estado Constitucional de Direito*”, entretanto, até por reverência ao texto adotado pelo legislador constituinte, adota-se, neste estudo, a nomenclatura utilizada pela Constituição.

É mister ressaltar que alguns doutrinadores de renome, como o Professor Nagib Slaibi Filho, consideram a Constituição redundante ao usar a expressão “Estado Democrático de Direito”, pois, nas palavras do referido autor, “*A Constituição é, talvez, redundante no emprego da expressão ‘Estado Democrático de Direito’, porque já estão indissociáveis as ideias de prévia regulamentação legal e democracia.*”^[21]

Discorda-se desta ideia, pois, como visto, o conceito de Estado de Direito é bem mais restrito que o Estado Democrático de Direito. Em nome da lei, inúmeras barbaridades foram praticadas e, pior, referendadas pelo positivismo. No Tribunal de Nuremberg a defesa dos agentes nazistas tentou justificar o genocídio de judeus a partir da alegação de “estrito cumprimento do dever legal”. O pior é que era um fato que estes agentes estavam apenas cumprindo as suas funções previstas em lei. Todavia, não era possível aceitar que tantos crimes ficassem impunes, sendo o resultado do julgamento dos crimes da 2ª Guerra um dos primeiros exemplos de superação do positivismo puro.

O conceito democrático ou constitucional dentro do de Estado de Direito, portanto, é fundamental para o colocar em um novo grau civilizatório, de respeito e submissão, inclusive da lei, a dignidade da pessoa humana.

O Ministro Alexandre de Moraes, leciona muito bem a respeito da questão, ao afirmar, que: *“O Estado Constitucional, portanto, é mais do que o Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder.”* [22]

O mesmo autor, em excelente lição, traça em linhas gerais o significado do Estado Democrático de Direito, assim o definindo:

“O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se reger por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado, por exemplo, no caput do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou igualmente em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que ‘todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’ para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que ‘a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular” [23]”

Diante disso, o princípio democrático busca evitar que tiranias ou governos autoritários venham a ser legitimados pelo ordenamento jurídico. A própria ordem principiológica-axiológica celebrada em constituições como a CRFB/88 ou a Lei Fundamental Alemã de 1949 não podem conviver com regimes racistas, autoritários ou preconceituosos, sem desvirtuar toda a sua base e romper com o conteúdo do seu núcleo.

A moderna noção de Estado Democrático de Direito tem como escopo da defesa do ser humano como um fim em si mesmo. Adota-se a moral kantiana de que *“objetos têm preço, pessoas têm dignidade”*. Ao lado do reconhecimento da dignidade, é reconhecido o direito de

participação. Os seres humanos devem ser ouvidos pelo Estado e autorizados a participar da Administração.

Nesse ponto de evolução das noções de constitucionalismo e do Estado de Direito, agora transmutado em Estado Democrático de Direito, vê-se que o conceito tradicional de democracia representativa deixa de reinar de forma absoluta e passa a conviver, cada vez mais, com a chamada democracia semidireta ou participativa.

A iniciativa popular é um bom exemplo de como a nova realidade do Estado e da Constituição busca celebrar o princípio da soberania popular e a superação da democracia representativa por um modelo misto, informado pelos princípios democráticos da CRFB/88. Em face dessa nova situação, faz-se necessário abordar algumas questões, como a convivência entre a vontade popular e a novo constitucionalismo, ponto em que retorna-se ao dilema de tratado por Luís Roberto Barroso sobre a nova missão do constitucionalismo do século XXI.

Antes, porém, de abordar a questão da coexistência entre a soberania popular, as noções de Estado democrático em que a iniciativa popular foi inserida e as prováveis colisões destes com os princípios da rigidez e da supremacia constitucional, é necessário tecer algumas considerações a respeito do que entende-se como democracia, democracia representativa e democracia participativa ou semidireta.

1.3) Democracia

A democracia já foi conceituada das mais variadas formas pelas mais diversas ciências, possuindo definições sociológicas, filosóficas e jurídicas. A clássica definição de Abraham Lincoln, é novamente trazida a tona por JJ Gomes Canotilho, afirmado ser a democracia o *“governo do povo, pelo povo, para o povo”*.^[24] Também pode-se definir a democracia como *“uma associação política, isto é, um dos modos pelos quais as pessoas se relacionam, unindo seus esforços no sentido de conseguir os bens de vida que sua individualidade exige.”*^[25]

José Duarte Neto, informa que tradicionalmente três regimes foram ditos como democráticos:

“Temos que, historicamente, três regimes constitucionais foram ditos como democráticos:

a) democrático direto: o povo, por ele mesmo, dirige o negócio público, existindo identidade entre o titular do poder político e aquele encarregado de exercê-lo;

b) democrático indireto ou representativo: no qual as decisões fundamentais do Estado são tomadas por mandatários que, periodicamente, são nomeados para o exercício desse mister;

c) democrático participativo: aliado a uma base decisória representativa ou indireta, institutos que permitem a intervenção direta e eventual do povo nos negócios públicos são admitidos.[\[26\]](#)

1.3.1) Democracia Representativa

A definição tradicional de democracia é bastante vinculada a ideia da democracia representativa, cuja definição é no sentido de o povo exercer o poder por intermédio de representantes eleitos para atuar em seu nome. Nesse contexto, a participação popular e a influência nos governantes acaba por se resumir ao momento do voto e não no dia a dia da administração pública.

Durante muito tempo, sob a égide do Estado Liberal, foi a forma preponderante de democracia. José Afonso da Silva trata da vinculação entre a ideia de democracia representativa e o Estado liberal, conforme pode-se extrair das suas palavras abaixo:

O regime representativo, no Estado Burguês, procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar. Maioria que nem

sempre exprime a representac?ao da maioria do povo, porque o sistema eleitoral opo?e grandes obstaculos a parcela pondera?vel da populac?ao, quanto ao direito de voto, para a composic?ao das Ca?maras Legislativas. Dai? decorre que a legislac?ao nem sempre reflete aquilo a que a maioria do povo aspira, mas, ao contra?rio, em grande parte, busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, a?s vezes, esta? em contraste com os interesses da Nac?ao. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representac?ao, nos Parlamentos, da maioria do povo, raza?o por que, fazendo a maioria parlamentar, obte?m uma legislac?ao favora?vel.[\[27\]](#)

A democracia representativa pura, portanto, não obstante a profunda evolução que representou frente ao Estado absolutista da Idade Moderna, não é suficiente, sozinha, para representar os anseios populares, ainda mais em um país cujo sistema política se encontra em uma situação de descrédito perante boa parte da população e em que a influência do capital nas eleições é enorme. Todavia, não pense ser exclusividade do Brasil o problema de representatividade da democracia representativa, nesse sentido Duarte Neto:

A total dissonância entre o titular da soberania e o encarregado de exercê-la, permitida pela figura do mandado político representativo, e presente ainda em dias atuais, é causa da nunca debelada crise de legitimidade do modelo de democracia indireta. Sobre ele detiveram-se não poucos autores, na tentativa de esclarecê-lo, justificá-lo e superá-lo em instituições factíveis.[\[28\]](#)

A democracia representativa foi adotada pela Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo (“*Nós, representantes do povo brasileiro*”), no parágrafo único do artigo primeiro (“*Todo o poder emana do povo, que o*

exerce por meio de representantes eleitos, ou...”), entre diversos outros dispositivos neste sentido.

1.3.2) Democracia direta

Outro modelo de democracia é a democracia direta, ou pura, que se encontra em desuso há muito tempo e não é preponderante em nenhum país do mundo (alguns países como a Suíça tem tradição nessa área, mas mesmo nela e em outros países de tradição plebiscitária, há convivência conjunta da democracia direta com a democracia representativa).

O grande exemplo de democracia direta citado na doutrina foi o da democracia ateniense, em que os cidadãos se reuniam em assembleias e nas praças para deliberar a respeito de decisões de interesse da comunidade. A grande dificuldade prática é de que maneira seria possível reunir a população dos enormes países existentes na atualidade, com grandes contingentes populacionais e sufrágio universal estabelecido, para que fosse possível tomar decisões de forma direta.

1.3.3) Democracia Participativa

A democracia mista, participativa, ou semidireta, por sua vez, é pode ser definida como a mistura dos dois modelos anteriores, Nagib Slaibi Filho, a define como *“reservando-se ao o povo, por previsão na Constituição e nas leis, para decidir as questões que repute mais importantes e deixando as outras questões para os representantes por ele escolhidos”*.

Neste estudo utilizar-se-á a nomenclatura democracia participativa, pois, conforme ensina José Duarte Neto:

“Na realidade, os instrumentos referidos são caracterizados pela atuação conjunta e cooperativa dos mandantes e dos mandatórios, e não por uma atuação dos primeiros independentemente dos últimos. Precisamente por isso preferimos apenas a utilização do termo democracia participativa, dado

o fato que melhor expressa a coexistência de norma(s) prevendo o uso de instrumento(s) de atuação conjugada (= mandante e mandatórios), direta (= mandantes) e indireta (= mandatórios agindo em nome de mandantes) num mesmo ordenamento jurídico.^[29]

A democracia participativa, portanto, foi o modelo adotado pela nossa Constituição Federal, tendo em vista que o já citado parágrafo único do artigo primeiro afirma: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”* (grifo nosso)

O modelo participativo impõe uma participação efetiva do povo não apenas no sentido formal, de cada pessoa um voto. O escopo participativo se manifesta também pela possibilidade de estar inserido na rotina administrativa, de poder fiscalizar a Administração Pública, de cobrar e opinar a respeito da atuação dos governantes.

A respeito da importância da participação para fortalecimento da democracia, o sempre preciso magistério de Paulo Bonavides ensina:

“Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.^[30]”

A importância da participação popular está presente em inúmeros dispositivos da Constituição Federal, do qual pretendemos destacar, novamente, o artigo 14, que estabelece, além do voto direto, universal e secreto, a possibilidade de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Todos típicos instrumentos desta modalidade de democracia.

A título de exemplo da opção pela democracia participativa, pode-se elencar: os remédios jurídicos processuais como ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo; a participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos; cooperação das associações representativas no planejamento municipal; ação popular penal em crimes de responsabilidade, entre inúmeros outros.

O Professor Luigi Bonizzato também trata do tema de participação democrática, ao analisar o artigo 14 da CRFB/88, leciona:

“Os três incisos [do artigo 14], de forma mais ou menos intensa, versam sobre formas de participação predominantemente entendidas como semidiretas da população na criação de direitos e obrigações no país. Ergue-se a participação popular senão a princípio, como já exposto, a um objetivo límpido, a uma característica patente da democracia brasileira, enfim, até mesmo, a um explícito princípio de natureza constitucional. [31]”

Por todo o exposto, resta evidente a força que a Constituição Federal conferiu aos instrumentos de participação direta da população na rotina do Poder Político, explicitando a adoção da democracia participativa. Dessa forma, muito bem faz o Professor Nagib Slaibi Filho, ao explicar, na mesma linha trazida por Bonizzato, que a legislação infraconstitucional também pode ampliar as formas de participação popular. Diz o autor:

Pergunta-se se somente a Constituição pode criar mecanismos de participação direta do povo no exercício do poder, em face da restrição aparente que se encontra no parágrafo único do artigo 1º - a resposta positiva seria absurda, e teria a consequência de se considerar inconstitucionais todos os mecanismos de democracia a serem exercidos diretamente pelo titular do poder. O próprio caput do artigo dispõe que é fundamento da atuação

do Estado o respeito à soberania (evidentemente do titular do poder) e a cidadania.[\[32\]](#)

Diante disto, não resta dúvidas sobre a constituição ter adotado a democracia participativa, com instrumentos representativos e diretos em igualdade. Também é evidente que soberania popular não esgota-se nos mecanismos previstos no texto constitucional, podendo ser ampliada pelo legislador infraconstitucional desde que respeitando, evidentemente, os demais princípios constitucionais.

É válido também ressaltar que a soberania popular não é um princípio absoluto, e deve conviver com outros valores constitucionais, tais quais a segurança jurídica, a rigidez constitucional e a supremacia da constituição. Diferentemente do que apregoa Nagib Slaibi Filho[\[33\]](#), não há hierarquia entre os mecanismos de democracia direta e representativa e sim coexistência harmônica, nos termos da Constituição.

1.4) Os princípios de defesa e de reforma da Constituição

Como já exaustivamente visto neste estudo, a evolução do constitucionalismo e a influência dos princípios constitucionais ganhou muita força e relevo a partir da concepção neoconstitucionalista do direito.

Diante da crescente importância dos princípios em face das regras, é necessário diferenciar os conceitos de princípios e regras, tema sobre o qual Robert Alexy é leitura obrigatória:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais mas também das jurídicas. O

âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contém determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio.^[34]

Estabelecido o conceito de princípio e a sua diferença em relação as regras, sem pretender esgotar o assunto, mas visando não desviar-se do objetivo aqui proposto, cumpre destacar os princípios fundamentais no que tange a estrutura da Constituição e a sua reforma.

Dentre estes princípios, merece destaque o princípio da supremacia da Constituição, de cujo conceito precisa-se ter nitidez para entender a problemática da sua relação com a soberania popular e a possibilidade de alteração no rol de legitimados para apresentar PEC.

1.4.1) A supremacia constitucional e seus desdobramentos

A Constituição Federal de 1988, fruto da redemocratização do Brasil, possui um complexo sistema que visa resguardar o seu núcleo essencial e a sua feição democrática e cidadã. Esta preocupação é válida pois a CRFB/88 está no topo do ordenamento jurídico pátrio, possuindo predominância sobre todas as demais normas do sistema jurídico.

Em suma, pode-se falar que a supremacia da Constituição é a especial característica que lhe confere predominância sobre as demais normas jurídicas, subordinando-as aos seus comandos. São decorrência deste princípio da supremacia alguns outros princípios, como: o princípio da unidade, em que todas as normas da legislação infraconstitucional devem ser adequadas e interpretadas à luz da Constituição e não o contrário; o princípio do controle de constitucionalidade, consistente na

possibilidade do judiciário controlar os atos normativos no que tange a sua compatibilidade com a Constituição; o princípio da razoabilidade, cuja diretriz é que a legislação infraconstitucional deve ser meios razoáveis para concretização dos fins previstos em sede constitucional; o princípio da rigidez constitucional, sendo este o princípio em se distingue o processo de elaboração de normas constitucionais das normas infraconstitucionais, de forma a conferir a supremacia à Constituição; distinção entre poder constituinte e derivado; gradação do ordenamento jurídico e a garantia do Estado de Direito. [35]

Dessa forma, observa-se que a Supremacia Constitucional é um corolário do direito constitucional moderno, posto que a Constituição é a base de todo o ordenamento jurídico pátrio e do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito. Dentre os princípios listado há pouco, que são extraídos da Supremacia, é fundamental estabelecer um conceito claro e aprofundar o estudo dos subprincípios da rigidez constitucional e da unidade constitucional.

Do sistema de alteração de suas próprias normas, ou seja, de reforma constitucional, presente no artigo 60, é que extrai-se a noção de que a Constituição Federal brasileira é do tipo rígida, cuja definição pode ser dada como *“aquelas que exigem procedimento legislativo especial e complexo para modificação do seu texto”*[36]. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes aprofunda a análise das Constituições rígidas da seguinte maneira:

“Rígidas são as constituições que somente são alteráveis por meio de procedimentos especiais, mais complexos e difíceis do que aqueles próprios à atividade comum do Poder Legislativo. A Constituição flexível, de seu lado, equipara-se, no que tange ao rito de sua reforma, às leis comuns.”[37]

Pela leitura do artigo 60 da CRFB/88 não resta dúvida de que se trata de um procedimento muito mais rígido do que o previsto no artigo 59 e seguintes da Carta Magna, que se referem ao processo legislativo infraconstitucional. Essas maiores exigências, junto da amplitude das

cláusulas pétreas consagradas no artigo 60, §4º, fizeram com que autores, cujo exemplo cita-se novamente o Ministro Alexandre de Moraes, considerassem a Constituição de 1988 como super-rígidas, uma vez que a CRFB só pode ser alterada por um processo legislativo diferenciado (o que caracteriza a rigidez), mas, de forma excepcional, em alguns pontos é imutável – a soma dessas duas características conferiria, na visão de Moraes, um caráter super-rígido a Lei Maior[38].

Todavia, esta classificação mais restritiva não recebeu uma grande acolhida em sede doutrinária, prevalecendo a posição de que a Constituição se classifica apenas como rígida.

A rigidez constitucional é importante, pois o processo mais dificultoso de emenda à Constituição é *“uma garantia sua, um arranjo, que visa proteger os mandamentos constitucionais. Ora, o hábito, a prática de alterar rotineiramente a Constituição pode denotar investidas contrárias a plataforma constitucional”*. [39]

A rigidez constitucional, portanto, visa resguardar a substância do texto, manter os valores axiológicos que ali foram celebrados. Fábio de Oliveira, em artigo presente na Obra “Neoconstitucionalismo”, aborda brilhantemente o tema:

Além de um procedimento mais complicado, solene, é traço da rigidez a vedação de revisar certas normas, que são retiradas do lastro reformista. São aqueles dispositivos que compõem a alma da Constituição, que não podem ser mudados, sob pena de desnaturar, descaracterizar a Lei maior, a qual, desta feita, já não seria mais a mesma e sim uma nova Constituição. São as cláusulas pétreas. E, como, se sabe, em concordância com esse modelo, o Poder Constituinte Derivado não é legitimado para criar uma outra Constituição. Tal ação cabe ao Poder Constituinte Originário, à Assembleia Nacional Constituinte.[40]

O procedimento de alteração da Constituição, no que, obviamente, se inclui também a iniciativa de proposta de reforma, é para grande parte da doutrina, também uma garantia da rigidez e da Supremacia da Constituição. O procedimento de reforma constitucional, engloba também a questão do órgão incumbido de iniciar a reforma e os requisitos exigidos pela Constituição para isto, bem como se são iguais ou diferentes do exigido para a criação de leis ordinárias – no Brasil, como já visto, o procedimento é diferente, mais rigoroso, tornando a CRFB/88 rígida desde a questão da iniciativa, até o quórum de aprovação.

Nesse sentido, invoca-se novamente Paulo Bonavides, que leciona a respeito da ligação entre rigidez constitucional e a dificuldade para alteração do texto da Constituição:

“A questão da iniciativa constitucional guarda íntimas conexões com o problema da imutabilidade das Constituições. Com efeito, os sistemas políticos mais propensos à tese de elaborar Constituições que, sem tropeço, se amoldem a realidades novas, imprevistas, dinâmicas, movediças, em geral se furtam ao estabelecimento de prescrições demasiado rígidas com respeito à iniciativa da reforma, que eles fazem por conseguinte mais aberta e, menos restrita, de fácil emprego ou utilização.

(...)

A iniciativa restrita, limitada ou reservada, ordinariamente inclina o sistema a rigidez, conferindo uma posição de preponderância ou privilégio ao órgão incumbido de propor ou movimentar a reforma.^[41]”

Diante desta lição de Paulo Bonavides, torna-se claro que a opção do legislador constituinte originário foi de fazer a Constituição ser rígida, como o objetivo de proteger o seu sentido originário e, nessa mesma linha, a proteção do próprio sistema de reforma do seu texto é uma cláusula pétrea

implícita, sendo inadequada e equivocada a ideia de possibilidade de dupla revisão do texto constitucional. [42]

A dupla revisão é definida pela defesa de que seria possível alterar o artigo 60 da CRFB/88, de forma a permitir-se a posterior alteração das limitações que constavam neste dispositivo, que abriga os aspectos imutáveis da Lei maior. Em suma, a dupla revisão seria um caminho mais longo para conseguir-se a reforma do texto constitucional, inclusive das cláusulas pétreas. Caso fosse aceita essa teoria, estas cláusulas de imutabilidade poderiam ser superadas, o que não se compatibiliza com o espírito da totalidade da Constituição.

Ao lado do princípio da rigidez constitucional e também ligado a ideia da Supremacia da Constituição, surge o princípio da unidade da Constituição. Este princípio consiste na defesa de que, conforme ensina Nagib Slaibi Filho:

“as normas inferiores devem adequar-se as normas contidas na Constituição, havendo-se todo o conjunto normativo ou o ordenamento de um país como uma unidade jurídico de um país com uma só unidade normativa, em que todas as normas jurídicas, decorrentes ou não da função legislativa do Estado, mas por este aceitas são consideradas como uma unidade[43]”

O princípio da unidade, portanto, exige ao intérprete uma leitura sistemática do sistema jurídico e, como pretende-se especificar, das normas constitucionais.

É importante ressaltar que não existe hierarquia entre normas constitucionais e não existem verdadeiras antinomias entre os princípios e normas presentes na Constituição, de forma que estes conflitos sempre serão aparentes. O princípio da unidade impõe ao intérprete a obtenção de um resultado interpretativo que harmonize os princípios e normas dentro do sistema constitucional. Pela unidade, desta feita, é mister a

compreensão de toda a Constituição, sendo erro grosseiro interpretar um dispositivo ou princípio isoladamente.^[44]

Em virtude de todo o exposto, Motta e Barchet resumem e completam o conceito de Unidade da Constituição, afirmando:

“O princípio da unidade da Constituição impõe uma interpretação sistemática da Constituição, que negue a possibilidade de verdadeiras contradições (as contradições jurídicas) entre seus dispositivos, a partir da compreensão de que eles compõem um todo unitário (a Constituição), ostentando idêntico *status* hierárquico.^[45]”

2. A INICIATIVA POPULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A análise do instituto da iniciativa popular no ordenamento jurídico pátrio necessita da observação do direito positivo nacional, em especial de suas manifestações na Constituição Federal e no plano infraconstitucional, em que o tema é regulamentado pela Lei 9709/98 em seus artigos 13 e 14, que irá ser analisado no decorrer deste capítulo.

Por fim, trabalhar-se-á com a Proposta de Emenda Constitucional número 3 de 2011, que visa acrescentar a alínea “D” no artigo 60 da CRFB/88, de forma a constar a iniciativa popular no rol dos legitimados para a propositura de emenda constitucional, entre outras mudanças no instituto, quem caso aprovada, irá alterar substancialmente a iniciativa popular em relação à regulação atual.

2.1) A iniciativa popular na Constituição Federal de 1988

A questão da iniciativa popular no texto da Constituição Federal de 1988, já foi tratada em algumas passagens deste estudo, como na sua relação com a ideia de democracia e soberania popular, bem como na análise da restrição de legitimados para propositura de PEC e a rigidez

constitucional. Todavia, faz-se mister trazer novamente os dispositivos que regulam o tema para uma melhor compreensão.

O artigo 14 traz a iniciativa popular como meio de exercício da soberania popular.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

III - iniciativa popular.

O artigo 61, §2º da CRFB/88, por sua vez, faz uma discreta regulamentação de como se procederá esta iniciativa popular, trazendo o número mínimo de assinaturas exigidas, a forma da divisão destas no território brasileiro, bem como a Casa em que deve-se iniciar o trâmite da proposta.

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles

A iniciativa popular também aparece na Constituição em seu artigo 27, §4º, que expressamente possibilita a iniciativa popular na seara das Constituições estaduais, sem fazer qualquer regulamentação ou a direcionamento mais específico sobre que espécies normativas elas podem dar início ou se as exigências são as mesmas previstas no art. 61, §2º da CRFB/88.

Art. 27. §4º A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.

Por fim, o artigo 29, XIII da CRFB/88 versa sobre a possibilidade de iniciativa popular no âmbito dos Municípios, mas, diferentemente do verificado para os Estados Federados, a Constituição fez uma ressalva, estabelecendo o número mínimo de assinatura em 5% - muito acima do previsto para os projetos de leis federais.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

XIII - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;

Essas são os quatro dispositivos da Constituição Federal que trabalham com a temática da iniciativa popular. À exceção do caso dos Estados, em que toda a regulamentação é remetida a lei, resta evidente que a possibilidade de iniciativa popular é restrita a hipótese de leis infraconstitucionais.

2.2) A regulamentação da iniciativa popular pela Lei 9.709/1998

Em 1998, foi editada a Lei número 9.709, que tem por objetivo regulamentar os instrumentos de democracia direta previstos no artigo 14, I, II, III da Constituição Federal, quais sejam: plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

No caso específico da iniciativa popular a regulamentação foi bastante tímida, se limitando, na prática a reproduzir os ditames

constitucionais, conforme pode-se extrair da leitura dos artigos 13 e 14, que tratam do instrumento da iniciativa popular:

Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1o O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2o O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.

As únicas complementações que a Lei 9709/98 fez ao previsto em sede constitucional foi exigir que o projeto de iniciativa popular circunscreva-se a apenas um assunto e que não possa ser rejeitado por vício de forma, o que expressa a vontade do legislador de prestigiar a soberania popular e a democracia em detrimento de mera formalidade legislativa.

Essa pouca regulamentação manteve dificuldades para a utilização prática e do dispositivo, ao não prever, por exemplo, a questão de assinaturas virtuais, tornando-se uma norma quase que inútil para a eficácia do dispositivo constitucional, visto que apenas repetiu o previsto na Carta Magna. Autores do quilate de Paulo Bonavides, seguindo a linha aqui apresentada, entendem que essa regulamentação foi “*atestado da*

incursão do Congresso em fazer efetiva a vontade constitucional, com respeito ao exercício da soberania popular na sua dimensão mais legítima” [46]

2.3) A Proposta de Emenda Constitucional número 3 de 2011

Em julho de 2013, na sequência aos grandes protestos de rua, foi aprovada[47]na Comissão de Constituição e Justiça do Senado a Proposta de Emenda Constitucional número 3 de 2011, que flexibiliza as exigências para apresentação de iniciativa popular, prevê caráter de urgência a estas propostas e, por fim, atribui legitimidade para apresentação de PECs decorrentes da iniciativa popular[48].

O texto é de autoria do Senador pelo Distrito Federal Ricardo Rollemberg, sendo relatado pelo Senador pelo Rio de Janeiro Lindberg Farias. A proposta pretende incluir um inciso IV no artigo 60, um §3º no artigo 61, bem como a alteração da redação do §2º do artigo 61. Caso aprovado, a Constituição receberia as seguintes alterações:

Art. 60, IV – dos cidadãos e cidadãs, nos termos do §2º do art.61

Art. 61, §2º. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projetos de lei e propostas de emenda à Constituição com o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os em branco e os nulos distribuídos por um terço, ou mais, das unidades federadas, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.

§3º. Os projetos de lei tramitarão em regime de urgência, salvo decisão em contrário do plenário da Casa Legislativa

Se a referida emenda for aprovada, é dessa maneira exposta acima que ficará a redação da Constituição Federal. Diante disso, pode-se listar algumas mudanças significativas na sistemática da iniciativa popular que seriam acarretadas por esta emenda.

A exigência de assinaturas seria reduzida pela metade, dos atuais 1% para apenas meio por cento. A justificativa apresentada para isto é a desproporcionalidade em se exigir o dobro da quantidade de assinaturas de apoio que é preciso para fundar um partido político, de forma que a redução da quantidade das assinaturas serviria para, segundo consta da justificativa da PEC nº 03/11, *“aproximar a cidadania do Poder Legislativo, ao realizar, em termos concretos a harmonização da democracia representativa com a iniciativa popular.”*

Em primeiro lugar, ressalte-se que se reconhece neste artigo a grande dificuldade em se conseguir a assinatura de mais de 1% do eleitorado. A esse respeito, tratou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de forma corra, afirmando que *“Sendo rigorosas essas exigências, não será fácil que sejam apresentados projetos de lei de iniciativa popular. Trata-se de instituto decorativo”*^[49].

Isto posto, é justo e possível que o legislador apresente uma redução da quantidade de assinaturas com vista a uma melhor efetivação do princípio constitucional da soberania popular. Como em mais de 25 anos da atual Constituição houve apenas uma Lei oriunda de iniciativa popular, a preocupação com a inutilidade da iniciativa popular na forma em que se apresenta atualmente, encontra lastro na realidade e justifica essa inovação do legislador.

O segundo ponto que é alterado pelo projeto de emenda e que merece maior atenção, é a atribuição de regime de urgência aos procedimentos decorrentes de iniciativa popular, conforme consta do futuro §3º do artigo 61. Mas uma vez a estrutura criada pelo legislador constitucional originário é mantida, apenas se conferindo um maior valor a soberania popular expressa através da iniciativa popular.

A grande questão, porém, da PEC nº 03/11 trata sobre a inclusão do inciso IV no artigo 60, atribuindo “aos cidadãos e cidadãs” o direito de apresentar Emenda à Constituição mediante apresentação de projeto de iniciativa popular. Esta alteração já se situa em uma zona cinzenta quanto a sua constitucionalidade e adequação ao resto do sistema da Carta Magna.

Ora, segundo a própria justificação do texto, o objetivo é “*viabilizar a apresentação de propostas de emenda à Constituição*” e, em outra passagem, afirma-se que “*as proposições legislativas de iniciativa popular são instituições cuja prática deve ser facilitada, e não dificultada*”.

Isto pode ser verdade quanto as propostas de lei de iniciativa popular, mas não parece ser a melhor interpretação e nem melhor justificativa para as Emendas à Constituição. O procedimento de apresentação de emendas é rígido e como forma de salvaguardar a vontade constitucional, por isso incorre em erro quem busca justificar a transposição do modelo de iniciativa popular para a sistemática das emendas constitucionais sob o argumento de que a apresentação destas deve ser facilitada. Enfim, são inúmeras as dúvidas sobre a constitucionalidade do acréscimo deste inciso IV ao artigo 60 e esta questão será aprofundada no capítulo conclusivo subsequente.

CONCLUSÃO

Nesta conclusão busca-se, à luz da noção de democracia do constitucionalismo moderno, do direito comparado e do ordenamento jurídico brasileiro, abordar se a inclusão da iniciativa popular no rol de legitimados para apresentação de PECs resistiria a um juízo de constitucionalidade. Da mesma forma, questiona-se o defendido por parte da doutrina, de que a possibilidade de apresentação de propostas de emenda à Constituição por iniciativa popular já poderia ser depreendida da Constituição ao se fazer uma interpretação principiológica de seu texto.

O cabimento da iniciativa popular ao processo legislativo de PEC, de forma analógica ao previsto para PLs, é defendido por autores do quilate de Fábio Konder Comparato^[50] e José Afonso da Silva. Sustentam esses

autores que o rol do artigo 60 não é taxativo, o que tornaria possível, através de uma interpretação sistemática, a inclusão do referido mecanismo de democracia direta para apresentação de PECs. José Afonso, inclusive, chega a atribuir a forças conservadoras a não previsão de instrumentos de democracia direta para reforma do texto constitucional.

Para ilustrar a posição, cita-se as palavras do Professor José Afonso da Silva, em defesa da adoção imediata de iniciativa popular de PEC:

“A Constituição não introduziu inovação de realce no sistema de sua modificação. Até a votação no Plenário, anteprojetos e projetos admitiam, expressa e especificamente, a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. No plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade clara que constava do §2º do art. 74 do Projeto aprovado na Comissão de Sistematização. Não está, porém, excluída a aplicação desses institutos de participação popular nessa matéria. Está expressamente estabelecido que o poder que emana do povo será exercido por meio de representantes ou diretamente (art. 1º, parágrafo único), que a soberania popular será exercida também por referendo e iniciativa populares (art. 14, I, II, III) e que cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo sem especificação (art. 49, XV), o que permite o referendo facultativo constitucional. Vale dizer, pois, que o uso desses institutos em matéria de emenda constitucional vai depender do desenvolvimento e da prática da democracia participativa que a Constituição alberga como um de seus princípios fundamentais.

(...)

Pelo citado art. 60, I, II, III, vê-se que a Constituição poderá ser emendada por propostas de iniciativa: (1) de um terço, no mínimo, dos membros da

Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (2) do Presidente da República; (3) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, retomando, aqui, uma regra que vinha desde a Constituição de 1891, suprimida pela de 1969, regra que não teve uma única aplicação nesses cem anos de República; (4) popular, aceita a interpretação sistemática referida acima, caso em que as percentagens previstas no §2º do art. 61 serão invocáveis, ou seja, a proposta de emenda terá de ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de zero vírgula três por cento dos eleitores de cada um deles. Repita-se que esse tipo de iniciativa popular pode vir a ser aplicado com base em normas gerais e princípios fundamentais da Constituição, mas ele não está especificamente estabelecido para emendas constitucionais como o está para as leis (art. 61, §2º).[\[51\]](#)

Nessa longa explicação, José Afonso da Silva explícita porque acredita, com respeitáveis motivos, que a iniciativa popular de PEC já é uma realidade no atual texto da Constituição, podendo ser aplicado até mesmo sem a aprovação de nenhuma emenda constitucional neste sentido.

Todavia, entende-se, neste artigo, que essa interpretação não é a mais adequada ao espírito da Constituição. Como é dito na própria transcrição acima, a não inclusão da iniciativa popular de PECs foi uma opção do próprio legislador constituinte originário, que não teve o mesmo entendimento ao tratar das propostas de Leis ordinárias. Isso se explica e se coaduna, inclusive, com a natureza rígida dada pelos constituintes à Constituição Federal, que prevê uma série de limitações a aprovação de PEC, como um quórum diferenciado, bem como restrições a possibilidades de proposição.

Em um país que, em menos de 200 anos de Estado independente, está em sua oitava Constituição, a tentativa de conferir maior rigidez e estabilidade ao texto constitucional é absolutamente legítima e não deve ser confundida com mero conservadorismo.

Uma Constituição rígida, que protege seu núcleo essencial, é uma conquista democrática, constando o meio de reforma da Constituição entre as cláusulas pétreas do sistema. A facilitação da apresentação de Emendas Constitucionais através de uma interpretação demasiadamente extensiva poderia colocar em risco o espírito da CRFB/88, assim como acrescentar, pela via interpretativa, um “inciso IV” ao art. 60 que o próprio legislador constituinte originário optou, após calorosos debates, por não prever – estaria em claro desacordo com a separação de poderes.

Superada esta primeira teoria, impende agora desconstruir a possibilidade de inclusão, pela via de emenda, da iniciativa popular de PEC ao nosso artigo 60. Em sua obra que aborda especificamente este tema, José Duarte Neto, defende uma posição intermediária acerca do tema:

Com o resguardo devido à rigidez constitucional, possível de ser garantido com o aumento do quórum de adesões, entendemos possível a inclusão da iniciativa popular para a reforma da Constituição

Para tanto seria necessário que alguns dos legitimados do art. 60 e inciso da CF/1988 aprovassem a idéia, propondo emenda à Constituição que concedesse mais esse direito aos cidadãos.^[52]

Esta proposta defende ser possível a inclusão da iniciativa popular à Constituição pela via de emenda, entretanto, entende-se neste artigo que, ainda assim, não seria cabível a ampliação do rol de legitimados do artigo 60 da Constituição.

Conforme já extensamente demonstrado neste presente estudo, a rigidez constitucional é uma defesa da própria Constituição e o artigo 60 é protegido pelo *status* de cláusula pétrea. O poder constituinte derivado, ao

contrário do seu congêneres originário, não é ilimitado, devendo submeter-se a essência da Constituição.

Nesse sentido, explica Paulo Bonavides:

O primeiro (originário) entendido como um poder político fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições; o segundo (poder constituinte derivado) como poder jurídico, um poder menor, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitada. Não poderia ele sobrepor-se assim ao texto constitucional. É óbvio, pois que a reforma da Constituição, nessa última hipótese só fará segundo os moldes estabelecidos pelo próprio figurino Constitucional;^[53]

Estas palavras confirmam o aqui defendido. O estabelecimento de legitimados à propositura de PECs é um exemplo da rigidez do nosso sistema, de forma que o constituinte originário ao pontuar, de maneira taxativa, o rol dos legitimados a impulsionar o processo legislativo de alteração constitucional impôs limites implícitos à alteração constitucional.^[54] Limites estes que vão além daqueles limites previstos no art. 60 §4º, que trata das cláusulas pétreas.

Explica-se: aqueles que detêm o poder de iniciativa provocam e, literalmente, dão início ao processo de emenda à Constituição. Não poderia o poder constituinte derivado, portanto, vir a alterar esse rol de legitimados, posto que estes antecedem à sua própria concepção. Não há poder constituinte derivado sem a legítima iniciativa de proposta de emenda, e assim escolheu o poder constituinte originário. Não pode, pois, esse rol de legitimados ser alterado sem que se altere a própria estrutura e o núcleo essencial da Constituição Federal de 1988.

Frise-se que não há incompatibilidade entre o artigo 1º, parágrafo único e a impossibilidade de ampliação do grupo de legitimados para

apresentar emendas à Constituição. A iniciativa popular foi prevista na Constituição e deve ser celebrada e, como defendido neste estudo no Capítulo 3, ter sua utilização facilitada através da liberação de assinaturas digitais, bem como a equiparação ao quantum exigido para a formação de partidos políticos (0,5% do eleitorado).

Porém, ao lado dessa valorização da soberania popular está a busca pela estabilidade da Constituição de Outubro de 1988. Corrobora para este entendimento a opinião de Luigi Bonizzato:

A iniciativa popular de lei no país, portanto, é plenamente exercitável – e isto desde a promulgação da Constituição, uma vez que todos os seus requisitos estão e sempre estiveram contidos no Art. 61, §2º -, o mesmo não se podendo dizer para a iniciativa popular de emenda à Constituição, a qual foi propositalmente não inserida no texto da Constituição pelos detentores do poder constituinte originário, somente outra Assembleia Nacional Constituinte, com poderes ilimitados e iniciais, podendo criar novas bases para um novo e futuro ordenamento jurídico.^[55]

Por fim, ressalte-se a importância dos mecanismos de democracia participativa, também dita como direta, que devem ser incentivados, de forma a encorajar a participação popular e uma maior consciência política dos cidadãos brasileiros.

É necessário um melhor regramento do tema, indo além da tímida regulamentação da Lei 9709/98, adequando a legislação e o instituto da iniciativa popular ao século XXI (através de assinaturas digitais), bem como a aprovação de algumas mudanças previstas na PEC nº 03/2011, tal como a redução pela metade do número de assinaturas, seriam uma excelente forma de incentivar a participação popular no Brasil.

Esse aprofundamento democrático, contudo, necessariamente deve conviver e reverenciar o sistema constitucional vigente, que preza pela segurança jurídica e por um sistema restritivo de reformas em seu próprio

corpo, sob pena de banalização dos regramentos constitucionais, colocando em risco as conquistas democráticas e duras penas conquistadas ao longo da História brasileira e fielmente protegidas pela Constituição de 1988.

Por tudo isso, o constituinte originário optou por deixar o mecanismo da iniciativa popular restrito às leis ordinárias, de forma que este instrumento não pode ser transposto para o procedimento de emendas constitucionais, seja por meio de uma interpretação sistemática da Constituição ou seja por meio de uma emenda que inclua esta possibilidade no artigo 60. A iniciativa popular é um instrumento importantíssimo, que deve conviver de forma harmônica com a rigidez e as bases constitucionais vigentes.

BIBLIOGRAFIA

AUAD, Denise. Artigo “**Mecanismos de Participação Popular no Brasil: Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular.**” Disponível em: http://gestaocompartilhada.pbh.gov.br/sites/gestaocompartilhada.pbh.gov.br/biblioteca/arquivos/mecanismos_de_participacao_popular_no_brasil.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011,

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular.** São Paulo: Editora Ática, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. Artigo “**Direitos Fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e aplicação do artigo 60, §4º, IV da CRFB/88.**”. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-10-ABRIL-2007-RODRIGO%20BRANDAO.pdf>

BONAVIDES Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Política e constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. 2ª edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2003.

BONIZZATO, Luigi. **Constituição, democracia e plano diretor: sob o influxo dos direitos sociais e de liberdade, políticas estatais e institucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2014.

BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **Direito Constitucional: questões contemporâneas, clássicas e críticas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal**. São Paulo: Editora RT, 2005.

FERRAZ. Anna Candida da Cunha. **As Constituições brasileiras**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles Ferreira. **Federalismo Constitucional e reforma federativa. Poder Local e Cidade-Estado.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo.** 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FIUZA, Ricardo Arnoldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado.** 4ª edição. São Paulo: Editora Del Rey, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Elsever, 2007.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; DOS SANTOS, William Douglas Resinente. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões.** 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009.

OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coord.) **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. "A estrutura normativa das Normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras IN: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os princípios na Constituição de 1988.** 2ª edição. Rio de Janeiro, 2006.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le “forme di stato” e le “forme di governo”: le costituzione moderne.** 6ª edição. Milano: Editora A. Giuffre, 1988.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo e democracia.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, nº 172, out-dez. 2006.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

SILVA, Jose? Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35ª edição. Sa?o Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 22ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VIEIRA, Felipe. **Comentários à Constituição.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2007.

NOTAS:

[1] SILVA, Jose? Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35ª. ed. Sa?o Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 135

[2] BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular.**, Sa?o Paulo: Editora A?tica, 1991. p.129

[3] CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras;** Campinas: Editora Bookseller, 2001, P.87

[4] Idem, ibidem, p.209

[5] O Reino Unido é o clássico exemplo em que não há Constituição escrita

[6] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 27

[7] SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2ª edição. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000, p. 14

[8] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Editora Método, São Paulo. P. 53

[9] RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le “forme di stato” e le “forme di governo”: le costituzione moderne**. 6ª edição. Milano: A. Giuffrè, 1988. p. 93 e seguintes.

[10] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 39

[11] SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo e democracia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, nº 172, out-dez. 2006, p. 265-268

[12] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 64

[13] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2008, p.39

[14] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2008, p.43

[15] Idem, ibidem, p. 43

[16] BONAVIDES, Paulo. **Política e constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 403

[17] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2008, p.44

[18] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 228.

[19] FERRAZ. Anna Candida da Cunha. **As Constituições brasileiras**, Editora Brasiliense. São Paulo, 1993. p. 41

[20] BARROSO, Luís Roberto. (...) 2012, p.264.

[21] SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 125.

[22] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011. p.6

[23] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011. p.6

[24] LINCOLN, citado por CANOTILHO, Jose? Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituc?ao**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 287.

[25] SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 459

[26] DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal**. Editora RT, 2005, p. 27

[27] SILVA, Jose? Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª. ed. Sa?o Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 135.

[28] DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal**. Editora RT, 2005, p. 35

[29] DUARTE NETO, Jose?. **A iniciativa popular na Constituc?ao Federal**. Sa?o Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

[30] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de luta e resiste?ncia por uma nova Hermene?utica por uma repolitizac?ao da legitimidade)**. 2. ed. Sa?o Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 51.

[31] BONIZZATO, Luigi. **Constituição, democracia e plano diretor: sob o influxo dos direitos sociais e de liberdade, políticas estatais e institucionais**. Rio de Janeiro, Lumen lures, 2014. p. 198

[32] SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 466

[33] SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 464-466.

[34] ALEXY, Robert citado por PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. "A estrutura normativa das Normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras IN: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly

Nascimento. **Os princípios na Constituição de 1988**. 2ª edição. Rio de Janeiro, 2006. p. 9

[35] SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 3

[36] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; DOS SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões**. 11ª edição. Editora Impetus, 2002, p.27

[37] MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição revista e atualizada. Brasília:, Ed. Saraiva, 2008 P. 213

[38] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 28ª Edição, Editora Atlas, 2012, pg. 10.

[39] OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coord.) Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

[40] OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Coord.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

[41] BONAVIDES Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 21ª edição. Editora Malheiros, São Paulo, 2008. p. 204.

[42] Por todos, MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 27ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2011. p.697

[43] SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 3

[44] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Editora Elsever, 2007, p.23.

[45] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Editora Elsever, 2007

[46] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.108

[47] Disponível

em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/07/10/aprovada-na-ccj-proposta-que-facilita-apresentacao-de-projeto-de-iniciativa-popular> consultado dia 21/09/2014 acessado às 12:40h.

[48] Texto

integral

disponível

em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99067 acessado dia 20/09/2014 às 12:45.

[49] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2001. p.205

[50] COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.17.

[51] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 35ª Edição, Malheiros Editores, 2012, p.63-64

[52] DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 126.

[53] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** 22ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, p.201.

[54] VIEIRA, Felipe. **Comentários à Constituição**. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Ferreira, 2007.p.558

[55] BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **Direito Constitucional: questões contemporâneas, clássicas e críticas**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011. p.141

AS ALÍQUOTAS DO IRPF E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

NILSON PEREIRA GROSSI: Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - Uniderp e graduando em Ciências Contábeis pela Universidade de Franca. Auditor Fiscal da Receita Municipal em Uberaba/MG e membro do Conselho Municipal de Contribuintes.

RESUMO: O presente estudo tem como escopo analisar a conformidade das normas que estabelecem as alíquotas do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza da pessoa física com o princípio da capacidade contributiva. O citado princípio constitucional exige que os indivíduos sejam tratados de maneira que se vejam reconhecidas as suas diferenças, ou seja, a capacidade econômica de cada um, atribuindo um tratamento adequado a sua condição desigual. Assim, através da progressividade das alíquotas, o encargo fiscal deve ser tanto maior quanto efetivamente maiores forem as possibilidades econômicas das pessoas que o suportam. A metodologia de abordagem utilizada foi a dedutiva, combinada com o procedimento comparativo e com as técnicas bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Capacidade Contributiva; Progressividade; Alíquota; Imposto sobre a Renda; Pessoa Física.

SUMÁRIO: Introdução; 1. IRPF e suas principais características; 2. Princípio da Capacidade Contributiva; 3. Alíquotas do IRPF e o Princípio da Capacidade Contributiva; 4. Inobservância do princípio constitucional; 5. Considerações Finais; 6. Referências

INTRODUÇÃO

O Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza da pessoa física (IRPF), de competência da União, é cobrado de forma individual sobre a disponibilidade jurídica e econômica das pessoas físicas em decorrência da renda de capital, da renda do trabalho e dos proventos

de qualquer natureza, este definido como todo o acréscimo não compreendido no conceito de renda.

O ordenamento jurídico de uma nação é sempre elaborado com o intuito de buscar a justiça social através da atenuação das desigualdades que porventura existam. Tal desigualdade no campo da distribuição de rendas gera um grande problema social, por conseguinte, o legislador não pode instituir o IRPF para todos os cidadãos na mesma intensidade, sob pena de levar aqueles que têm pouco à ruína total.

Para a solução desse empecilho, na elaboração da norma tributante devem ser observados uma série de princípios, dentre eles o princípio da capacidade contributiva, inserido no § 1º, art. 145, da Constituição Federal (CF), que embora tratado em seção diferente das restrições à tributação, traduz em seu conteúdo conceitos de limitações ao poder de tributar, sendo um instrumento legal a ser observado pelo legislador para promover a justiça fiscal.

O objetivo desse trabalho fixa em comentar a aplicação do princípio da capacidade contributiva na fixação das alíquotas do imposto sobre a renda de pessoas físicas (IRPF).

1. IRPF E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

O IRPF é o mais famoso tributo brasileiro e em dezembro de 2016 completará 94 anos de existência.

O Estado brasileiro, assim como qualquer outro, necessita obter recursos suficientes para o alcance das suas finalidades como a segurança, saúde, lazer, cultura, infraestrutura, bem-estar social etc. No tocante aos impostos federais, o imposto de renda é a principal fonte arrecadadora (ALEXANDRE, 2011, p. 569) da União, sendo o que mais onera o contribuinte de forma individual, percebendo aí sua predominante função típica que é a fiscal, ou seja, prover de dinheiro os cofres públicos para que o Estado possa executar os seus fins.

Há de se ressaltar também sua função atípica, ou extrafiscal, observada ao utilizar o imposto de renda para favorecer a realização dos mais elevados objetivos sociais econômicos e políticos, como por exemplo, melhor distribuição de renda do país.

Assim, sendo um tributo direto e pessoal, através da severa aplicação do princípio da capacidade contributiva, o IRPF deve ser utilizado como meio hábil para promover a tão almejada justiça social.

De acordo com o art. 45 do Código Tributário Nacional (CTN), é contribuinte a pessoa física, titular de renda ou proventos de qualquer natureza. O Fato gerador é a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica dessas riquezas (art 43, CTN) e a base de cálculo é o valor do montante, real, presumido ou arbitrado (art 44, CTN).

A Carta Magna, ao regular com mais cautela e especificidade o IRPF, trouxe no inciso I, § 2º do art. 153, a exigência de que o IR “*será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*”.

De acordo com os ensinamentos de Eduardo de Moraes Sabbag (2006, p. 416) “a generalidade alcança *“todos que experimentem acréscimos patrimoniais, sem distinções entre pessoas ou profissões*”. Já universalidade *“alcança todos os fatos que podem estar subsumidos na hipótese de incidência, sem critérios de seletividade*”. Por fim, a progressividade hospeda-se nas dobras do princípio da capacidade contributiva, dispondo que *“à medida que aumentar o acréscimo patrimonial deve aumentar a tributação*”. Em outras palavras, quanto maior for a base de cálculo, as alíquotas deverão ser progressivamente maiores.

2. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade, mais precisamente seu subprincípio, o da isonomia (art. 5º, *caput*, CF c/c art. 150, II, CF), ajudando a realizar no campo tributário os ideais republicanos.

É realmente justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague proporcionalmente mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Dessa forma, os indivíduos são

tratados de maneira que se vejam reconhecidas as suas diferenças, atribuindo um tratamento adequado a sua condição desigual.

Vale ressaltar que no caso específico do IRPF, a capacidade contributiva exterioriza-se através da técnica da progressividade, estabelecendo ainda que timidamente, alíquotas diferenciadas à medida que forem aumentadas as bases de cálculo.

O princípio da capacidade contributiva está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 145, § 1º, cuja tradução é a seguinte:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os rendimentos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Há impostos que por sua natureza não permitem a observação do referido instituto, como o ICMS, cuja carga econômica é repassada para o preço da mercadoria. Quem a suporta não é o contribuinte, mas consumidor final. Para estes impostos indiretos, o legislador criou outra técnica de exteriorização da capacidade contributiva chamada de Seletividade, no intuito de aumentar a alíquota quanto maior for a superfluidade do produto.

3. ALÍQUOTAS DO IRPF E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Alíquota é o critério legal, normalmente expresso em porcentagem, que, conjugado à base de cálculo, permite que se chegue ao *quantum debeat*. Forma com a base de cálculo o elemento quantitativo do tributo e, de certo modo, também está predefinida na Constituição Federal.

Embora o legislador, ao criar *in abstracto* o tributo tenha alguma liberdade para fazê-la variar, não pode elevá-la ilimitadamente, pois acarretaria lesão ao direito fundamental constitucionalmente garantido da capacidade contributiva e conseqüentemente ao princípio do não-confisco.

O princípio da capacidade contributiva impõe, em resumo, que o encargo fiscal deve ser tanto maior quanto maiores forem as possibilidades econômicas das pessoas que o suportam. Concernente às alíquotas, o referido mandamento exterioriza-se através do citado critério da progressividade, exigindo o aumento das mesmas à medida que forem aumentando a base de cálculo do gravame.

Sendo um dos instrumentos de distribuição de renda, o IRPF gozaria de uma correta aplicação do princípio da capacidade contributiva, se as faixas de contribuição, de maneira efetiva, alcançassem mais quem aufera renda maior e menos quem aufera renda menor, isso tudo, por força da progressividade das alíquotas.

Atualmente, a legislação fixa as seguintes alíquotas para o IRPF [1]: a) base de cálculo mensal até R\$ 1.903,98, isento; b) de R\$ 1.903,99 até R\$ 2.826,65, alíquota de 7,5%; de R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05, alíquota de 15%; de R\$ 3.751,06 até R\$ 4.664,68, alíquota de 22,5% e acima de R\$ 4.664,68, alíquota de 27,5%.

Ora, fica nitidamente fácil verificar que a intenção do legislador de promover uma adequada justiça social, através da progressividade das alíquotas, acabou qualificando e dividindo os contribuintes em apenas cinco classes, sendo que há quatro classes até o valor de R\$ 4.664,68 e uma e somente uma classe acima desse valor. E isso, logo em um país como o Brasil que tem elevadíssima desigualdade social.

As normas que tratam da capacidade contributiva e da progressividade são normas cogentes, isto é, de observância obrigatória pelo legislador. A lei pode regular o modo pelo qual se dará a observância da pessoalidade do gravame e a progressividade de suas alíquotas, mas, de maneira alguma, pode contrariar uma exigência constitucional sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Dessa maneira, a tímida progressividade do IRPF repercutiu praticamente na diferenciação de contribuintes com situações econômicas muito semelhantes, visto que a capacidade contributiva das pessoas passíveis de tributação com as alíquotas 15% e 22%, por exemplo, é praticamente a mesma.

Além disso, ao verificar a possibilidade de determinado contribuinte com rendimento mensal de R\$ 4.664,69 ter o mesmo tratamento tributário daquele que embolsa todo mês R\$ 100.000,00 (alíquota de 27,5%), torna-se evidenciada que a progressividade das alíquotas do IRPF não está em harmonia com o mandamento constitucional da capacidade contributiva.

Ademais, vale ressaltar como crítica principal que variação da base de cálculo é infinitamente desproporcional à variação da alíquota. Por exemplo, enquanto aquela tem um acréscimo de apenas R\$ 922,67 (R\$ 2.826,66 – R\$ 1.903,99), esta dobra, indo de 7,5% para 15%. Em outro exemplo, enquanto a base de cálculo é majorada em R\$ 95.335,31 (R\$ 100.000,00 - R\$ 4.664,69) a alíquota não sofre alterações permanecendo os mesmos 27,5%. Evidente é a desconformidade com o que preconiza a Constituição Federal.

Nesse sentido urge citar as palavras de Alexandre Barros Castro (2004, p. 158), que apesar de referir ao sistema com duas alíquotas, serve, também, como crítica ao sistema atual:

As alíquotas progressivas presentes pela sistemática em vigor praticamente igualam as cotas das diferentes classes de contribuintes, contrariando o ideal preconizado pelo legislador constitucional de redistribuição de renda, e propiciando, ao revés, ainda maior concentração de riqueza no país. Um modelo verdadeiramente injusto e inconstitucional, por burlar não só a universalidade e a progressividade próprias do IR, mas também o princípio da capacidade contributiva.

Assim, a legislação só estaria em harmonia com a capacidade contributiva dos contribuintes e com a progressividade das alíquotas, se estipulasse mais alíquotas e essas fossem aumentando à medida que aumentassem verdadeira e expressivamente a capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

Portanto, para promoção de uma verdadeira justiça social, é imprescindível que o legislador leve em conta, o quanto possível, a real

capacidade econômica das pessoas físicas. Dispensar o mesmo tratamento àqueles que se encontram em situações econômicas diversas fere a ideia de justiça fiscal que o princípio da igualdade imprime ao sistema tributário. Daí se torna imprescindível a existência dos instrumentos de desigualdades tributárias, exatamente para que contribuintes que se encontrem em situações econômicas diversas recebam distinto tratamento fiscal, suportando em termos proporcionais, carga tributária semelhante.

Historicamente a progressividade no Brasil andou bem até 1988, depois foi reduzida para apenas duas alíquotas e a sistemática atual possui quatro alíquotas. Do ano de 1979 a 1982 existiam 12 faixas de tributação com alíquotas variando de 0 a 55%; de 1983 a 1985, 12 faixas e alíquotas de 0 a 60%; de 1986 a 1987, 11 faixas e alíquotas de 0 a 50%; em 1988, 9 faixas e alíquotas de 0 a 45%; de 1989 a 1991, 2 faixas e alíquotas de 10 e 25%; em 1992, 2 faixas e alíquotas de 15 e 25%; em 1995, 3 faixas e alíquotas de 15 a 35%; de 1996 a 1997, 2 faixas e alíquotas de 15 e 25%; de 1998 a 2008, 2 faixas e alíquotas de 15 e 27,5%; de 2009 a 2016, 4 faixas e alíquotas de 7,5 a 27,5%.

O sistema de tributação que vigorou no país até 1988 e que chegou a ter 13 classes de renda tributável, além de alíquota até 60%, era mais justo que o atual. Curiosamente, essa alteração ocorreu poucos meses após a promulgação da Constituição, a qual estabeleceu expressamente a progressividade. Há de se ressaltar a redução da quantidade classes de renda, a redução da alíquota máxima e a incidência dessa sobre uma renda relativamente baixa.

Nos últimos anos, percebe-se que o governo brasileiro tem tratando a tributação com o único propósito de aumentar a arrecadação, desprezando o caráter de justiça e de distribuição de renda que envolve a tributação.

Outros países aplicam uma progressividade bem mais acentuada que a brasileira, com alíquotas máximas de 59% e 56,6%, em Aruba e na Suécia, respectivamente. Nos Estados Unidos a alíquota máxima de 35%, incide sobre a renda anual maior que U\$\$ 379.150,00, sistema antagônico

ao brasileiro, no qual a alíquota máxima de 27,5% incidiu em 2011 sobre rendimentos maiores que R\$ 44.918,28 (BRASIL, Sindicato. 2011).

4. INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das normas inferiores às constitucionais forma-se o que convencionou chamar de pirâmide jurídica (KELSEN, 1985) cuja cúspide é ocupada pela Constituição Federal. Dessa forma, as normas inferiores devem harmonizar-se com as normas que lhes são superiores, sob pena de deixarem de ter validade no ordenamento jurídico.

As normas constitucionais caracterizam-se pela imperatividade de seus comandos, não sendo meros repositórios de recomendações a serem ou não atendidas, mas um conjunto de normas supremas que devem ser incondicionalmente observadas.

Portanto, é possível afirmar que em se tratando de princípio constitucional, especificamente o da capacidade contributiva relacionado ao IRPF, este será o alicerce de todo ordenamento jurídico pertinente, compondo o espírito e servindo de critério para compreensão, inteligência e principalmente para a composição das normas relativa à tal gravame, isto é, deve ser incondicionalmente observado pelo legislador infraconstitucional.

Se uma norma está em desconformidade com um princípio constitucional, esta não deve produzir efeitos, pois é inconstitucional com base no princípio da supremacia (MORAES, 2006).

Verifica-se que a norma que estabelece as alíquotas do IRPF não está em perfeita harmonia com o princípio constitucional da capacidade contributiva, conforme exigido pelo legislador constituinte. A sistemática da atual progressividade é insuficiente para graduar o imposto de acordo com a capacidade econômica de cada classe de renda, declarando-se um instrumento ineficaz de promoção da justiça fiscal. Destarte, deve incorrer em inconstitucionalidade a norma que fixa as alíquotas do IRPF.

O princípio constitucional da capacidade contributiva não admite que normas infraconstitucionais causem injustiças sociais. Tal postulado não dá margem para que direitos fundamentais do contribuinte sejam violados, tampouco para manutenção de um sistema com ínfima progressividade das alíquotas, situações essas que ocasionam tributação além da renda do contribuinte.

Dessa maneira, a legislação do IRPF acaba fazendo injustiça com os contribuintes de classes econômicas mais baixas, pois, não leva em consideração o caráter pessoal e a capacidade econômica desses, não tratando, assim, os desiguais com desigualdade na medida das suas desigualdades, conforme se interpreta o princípio da capacidade contributiva.

CONCLUSÃO

Este estudo, não visou esgotar o tema tão amplo, devido à amplitude de discussões doutrinárias que o envolve, mas certamente possibilitou tecer algumas observações.

É possível verificar que o IRPF, em muitos aspectos, não tem caráter pessoal e não é graduado segundo a capacidade econômica contributiva dos contribuintes.

Dessa forma, as normas que estiverem em desacordo com o princípio da capacidade contributiva devem incorrer em inconstitucionalidade, como ilustrado ao longo desse trabalho.

É sabido que a adequação do imposto sobre a renda ao princípio da capacidade contributiva é muito discutida. Todavia, a correta aplicação do princípio ao IRPF depende apenas do bom senso e da boa vontade por parte dos legisladores e dos operadores do direito.

Com esse falso sistema de progressividade, o Brasil não caminha apenas na contramão dos mandamentos constitucionais, mas também na contramão da história da humanidade.

Portanto, a problemática de tal adequação é difícil de ser solucionada, uma vez que requer a apresentação de um projeto de lei

propondo a criação de mais alíquotas e que essas fossem majoradas à medida que aumentassem verdadeira e expressivamente a capacidade contributiva dos sujeitos passivos, além da mobilização do poder legislativo para sua aprovação. Todavia, é cada vez mais difícil que o legislativo e executivo se mobilizem com a promoção da tão almejada justiça social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Limitações Constitucionais ao Poder de tributar**. 7. ed. rev. e atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. **Código Tributário Nacional e Constituição Federal**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Sindicato Nacional Dos Auditores Fiscais Da Receita Federal do. **Imposto de renda: alíquota máxima do Brasil é a 56ª mais alta do mundo**. 2011. Disponível em: . Acesso em: 6 abr. 2012.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Imposto sobre a Renda. Perfil Constitucional e Temas Específicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CASTRO, Alexandre Barros. **Sujeição passiva no Imposto sobre a Renda**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 6. ed. rev. vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Compêndio de Direito Tributário**. 3. ed. rev. vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário**. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

NOTA

[1] Disponível em: . Acesso em 5 de janeiro de 2017.

A UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE EFETIVIDADE DA GESTÃO MUNICIPAL (IEGM) COMO FERRAMENTA DE AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

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

Resumo: Aborda-se a implantação do Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM) como uma ferramenta de monitoramento e avaliação de políticas públicas, ao mesmo tempo em que demonstra que o controle da administração pública deixa de ser formal e passa a focar em resultados, primando pela busca da eficiência na prestação de serviços públicos.

Palavras-chave: Estado. IEGM. Avaliação de Políticas Públicas. Tribunal de Contas.

Abstract: The implementation of the Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM) is considered as a tool for monitoring and evaluating public policies, while demonstrating that the control of public administration ceases to be formal and focuses on results, the search for efficiency in the provision of public services.

Keywords: State. IEGM. Evaluation of public policies. Audit Office.

1. Introdução

A formulação de políticas públicas constitui o estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. Ao mesmo tempo, é um campo do conhecimento que busca “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente), propondo, quando necessário, mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente) (SOUZA, 2006).

A eficácia e efetividade das políticas públicas dependem, por um lado, do uso eficiente dos recursos públicos e privados para reduzir a iniquidade da distribuição dos benefícios e custos entre regiões, classes e gêneros sociais e, o quanto possível, os impactos adversos no meio ambiente antrópico, físico e biótico (ARCOVERDE, 2014).

Apresentar os resultados da aplicação dos recursos públicos é dever do Estado, não só por sua obrigação legal, mas também para atender ao princípio da moralidade no qual deve se pautar a gestão pública, conquistando, dessa forma, a legitimidade de suas ações para o bem comum da sociedade.

O atual cenário do país indica a necessidade de uma gestão pública voltada para resultados, cuja análise das necessidades sociais revela forte enfoque na qualidade da prestação dos serviços públicos.

Criar indicadores finalísticos para análises dos processos utilizados pelos jurisdicionados é uma tarefa que vem reunindo esforços dos agentes políticos com o fim de contribuir para uma sociedade mais justa. Esses indicadores que ora se propõem podem estabelecer uma mudança significativa nas futuras fiscalizações dos Tribunais de Contas.

O Índice de Efetividade da Gestão Municipal- IEGM é uma iniciativa dos Tribunais de Contas do Brasil que visa atender aos anseios da sociedade por melhor acesso e participação no planejamento, no acompanhamento e na aferição dos resultados alcançados pelas políticas públicas, de modo a avaliar a sua efetividade, eficácia e eficiência (ART. 37 da CF/88).

Em 2014 o IEGM foi concebido pelo Tribunal de Contas do estado de São Paulo (TCE-SP) e Instituto Rui Barbosa (IRB). Em 2016 foi adotado por todos os Tribunais de contas para analisar o desempenho das gestões municipais com dados referentes ao exercício de 2015.

Como princípios, o IEGM adota: ser instrumento transparente de avaliação da qualidade da gestão pública municipal, de forma acessível à sociedade, facilitando a sua atuação no controle do setor público; mensurar

a quantidade a qualidade dos gastos municipais; e permitir que, ao longo do tempo, seja possível avaliar se as metas e objetivos traçados foram alcançados de forma efetiva e em benefício da sociedade.

O índice avalia ainda a execução de práticas orçamentárias nas áreas de: 1- educação; 2- saúde; 3- planejamento; 4- gestão fiscal; 5- meio ambiente; 6- cidades protegidas; e 7- governança em tecnologias da informação.

A análise desses dados indicará o grau de efetividade da gestão municipal. Ou seja, por meio deles será possível aferir até que ponto a gestão municipal está sendo eficaz na aplicação dos recursos públicos e na concretização das políticas públicas definidas pelo gestor municipal.

A relevância da análise está atrelada ao fato de a avaliação pública ser imprescindível para o desenvolvimento e adaptação contínua das formas e instrumento de ação pública. Dá-se também, sobretudo, na melhoria de qualidade da gestão pública e do acesso da comunidade a informações com transparência.

2. A avaliação de Políticas Públicas

A despeito do conceito, não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas.

Peters (1998) segue o mesmo pensamento, quando a denomina como a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos.

A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o que, por que e que diferença faz.

A avaliação de políticas públicas é atividade permanente que integra e acompanha todas as fases da política pública, desde a identificação do problema da política até a análise das mudanças sociais advindas da

intervenção pública. É também instrumento que informa à sociedade em geral, sobre seu desempenho e impactos.

Nesse sentido, Souza (2002, p. 29) afirma que:

A avaliação não se confunde com acompanhamento das ações governamentais porque a avaliação incorpora elementos de valor e de julgamento. Ou seja, a avaliação tem um conteúdo substantivo porque atribui valor. Outra questão importante na avaliação é a definição de critérios, fundamentais para que possamos afirmar se uma política deve continuar a ser implementada e se essa política é preferível a qualquer outra. Esses critérios não são passíveis de uma tipologia, pois devem variar de acordo com a política que está sendo avaliada.

Avaliar, de acordo com o pensamento de Oliveira (2006), é afirmar se uma dada política está contribuindo para uma desejável quantidade e distribuição de bem-estar, bem como saber se está promovendo mudanças nos sistemas econômico e social destinadas a alcançar os resultados desejados. Compreende ainda, explicar o "que funciona para quem e em que circunstâncias".

A avaliação de processos visa a aferição da eficácia de uma política pública, isto é, se a política/plano/programa/projeto está sendo (ou foi) implementada de acordo com as diretrizes concebidas para a sua execução e se o seu produto atingirá (ou atingiu) as metas desejadas. A importância dessa linha de avaliação está no fato de que é impossível antever todos os tipos de problemas e conflitos possíveis durante a elaboração de uma legislação/plano/programa/projeto.

Nesse sentido, Silva et al. (2001, p. 27), acrescenta:

Que os objetivos não podem se restringir apenas a oferecer subsídios à atuação do estado, já que ele não é o único executor de políticas sociais. Os

problemas detectados não podem ser resolvidos somente pela via do estado: implicam também a participação da sociedade civil.

Corroborando também com os estudos acima expostos, Arcoverde (2014) afirma que a avaliação ergue-se em principal preocupação dos administradores públicos, com objetivo de construir um canal institucional para participação da sociedade nos assuntos públicos nos anos 90, embalados pelo processo de democratização na América Latina.

As avaliações podem ser classificadas segundo diferentes critérios, tais como o objetivo da avaliação, momento em que se avalia, aspectos que serão avaliados, a posição dos avaliadores, entre outros. Assim, o processo de avaliação dentro do ciclo da política compreende a seguinte lógica: ideia – diagnóstico – projeto - avaliação *ex ante* - correção - implementação - avaliação de processo - correção - conclusão do projeto - avaliação *ex post* ou de impacto (OLIVEIRA; PINHEIRO, 2014).

A mensuração da eficiência de uma ação social pode ser realizada de várias formas e a falta de parametrização gera diversas dúvidas sobre quais ações são mais eficientes. Trevisaan e Bellen (2008) afirmam que a eficiência também não pode ser avaliada olhando-se apenas para os aspectos internos da organização, devendo-se voltar para a globalidade das demais organizações. Ou seja, não se deve apenas avaliar se houve desperdícios ou desvios dos recursos, mas também comparar a eficiência alcançada com a de outras organizações.

Vale ressaltar que a efetividade está relacionada ao impacto social que procura identificar os efeitos produzidos sobre uma população-alvo de um programa social. Por seu turno, avaliar o impacto social é mensurar o real valor de um investimento social. Com isso, para Oliveira (2006), o que torna sua avaliação indispensável é o fato de que, caso o impacto social não seja o esperado, poder-se-á replanejar a atuação. A principal dificuldade, porém, é garantir a vinculação entre as ações do programa e as mudanças percebidas. A eficácia, por sua vez, propicia que as

instituições avaliadas respondam às pressões por transparência, demonstrando que resultados estão sendo alcançados.

Como evidenciado na literatura em políticas públicas, a avaliação tem a capacidade de aumentar a eficiência e eficácia do setor público. É relevante salientar que a avaliação precisa cada vez mais, tornar-se elemento mais presente, significativo e estratégico dentro do trabalho de desenhar e implementar estratégias, programas ou projetos. Em outras palavras, é ferramenta importantíssima, e se converte como um elemento indispensável para o processo de gestão (TREVISAAN; BELLEN,2008).

3. Critérios de avaliação do IEGM

O Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM) é composto por indicadores finalísticos destinados a evidenciar a correspondência das ações dos governos às exigências das comunidades.

Os critérios estão dispostos em sete especialidades de execução da gestão pública: (1) Educação – iEduc, (2) Saúde – i-Saúde, (3) Planejamento – i-Planejamento, (4) Gestão Fiscal – i-Fiscal, (5) Meio Ambiente – i-Amb, (6) Proteção das Cidades – i-Cidade e (7) Governança da Tecnologia da Informação – i-Gov TI. Estes elementos serão utilizados para definir a eficiência e eficácia da gestão municipal, devendo ser observados tanto pela população como pelos Prefeitos e Vereadores como uma importante ferramenta de avaliação de resultados, reorganização da gestão e reavaliação de prioridades e do planejamento. O IEGM, ademais, é um importante instrumento para o aperfeiçoamento da fiscalização municipal, indicando setores que necessitem de maior atenção.

Assim, a partir desses critérios, será possível aos Tribunais de Contas avaliar a gestão pública e a obtenção de resultados e metas nos diversos municípios brasileiros a partir de um controle de resultados que vem a acrescer os demais controles tradicionais.

Esse novo modelo de avaliação de gestão passa pela mudança de comportamento das atividades fiscalizatórias tradicionais. Doravante, busca-se aplicar critérios técnicos e objetivos metodologicamente

estabelecidos, aliados à criação de indicadores finalísticos, com vistas a garantir uma convergência de interesses entre a gestão pública e o planejamento estatal.

Nessa perspectiva, o IEGM será composto a partir de três ordens de informações: a) dados governamentais; b) auditorias externas a cargo dos Tribunais de Contas; c) informações levantadas por questionários preenchidos pelo município fiscalizado.

As 7 (sete) dimensões que compõem o Índice da efetividade da gestão municipal (IEGM), baseados na respectiva dimensão da gestão pública (i-EDUC; i-SAÚDE; i-PLANEJAMENTO; i-FISCAL; i-AMB; i-CIDADE e i-GOV TI), cujo peso será apurado pelo uso de métrica de ponderação que possa melhor refletir o grau de relevância, baseada no volume de despesas realizadas nos exercícios anteriores, por função de governo (“Ensino”, “Saúde”, “Administração”, etc.[20]), serão pautados nos seguintes objetivos, metodologia e fonte, respectivamente:

O i-EDUC (Índice Municipal da Educação) visa apresentar a lista com o posicionamento de municípios jurisdicionados com indicadores que estabeleçam uma métrica das ações sobre a gestão da Educação Pública Municipal na sua esfera de responsabilidade, que impactam a qualidade dos serviços e a vida das pessoas. A metodologia aplicada será a de fornecer a cada município uma série de quesitos específicos relativos à educação infantil, creches e pré-escolas e Ensino Fundamental, que devem ser respondidos através do Sistema IEGM.

O i-SAÚDE (Índice Municipal da Saúde) tem por objetivo apresentar a lista com o posicionamento de municípios jurisdicionados a partir de indicadores que estabeleçam uma métrica das ações sobre a gestão da saúde Pública Municipal, na esfera de responsabilidade municipal. Da mesma forma, tem por metodologia fornecer a cada município uma série de quesitos específicos de gestão municipal da Saúde voltados à Atenção Básica, a serem respondidos pelo Sistema IEGM.

O i-PLANEJAMENTO (Índice Municipal do Planejamento) permitirá ordenar os municípios quanto ao que foi planejado e realizado em matéria de programas e ações, possibilitando ao usuário da informação entender, de maneira ampla, como se deu esse processo, apontando para os possíveis resultados. Para tanto, haverá a análise dos percentuais gerados em relação à execução, comparando essa com o que foi estabelecido no planejamento da entidade, possibilitando assim a visualização dos reflexos na qualidade de vida dos munícipes (sejam diretos ou indiretos). O índice é formado por indicadores, que são situações avaliadas de um determinado fato e ao agregá-los (por soma, diferença ou outro método) apura-se o resultado do índice desejado, devendo, no presente caso, serem considerados os seguintes indicadores, detalhados com a sua apuração: (a) coerência entre os resultados dos indicadores dos programas e das metas das ações; (b) confronto entre o resultado físico alcançado pelas metas das ações e os recursos financeiros utilizados; (c) percentual de alteração do planejamento inicial; e (d) percentual da taxa de investimento estabelecida no planejamento inicial e a executada.

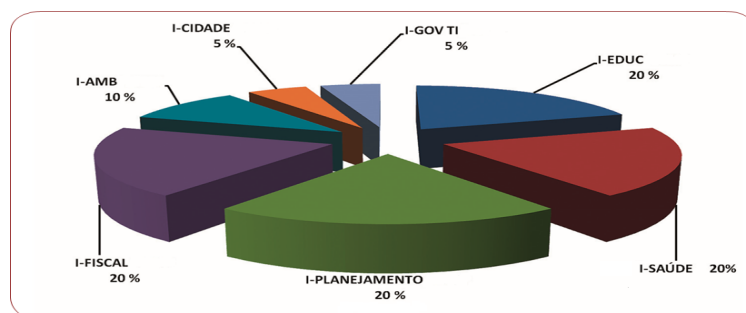
O i-FISCAL (Índice Municipal da Gestão Fiscal) permitirá ordenar os municípios quanto à política fiscal estabelecida e executada (direta ou indiretamente), habilitando o usuário da informação a entender, de maneira ampla, o comportamento das decisões tomadas pelos responsáveis na administração municipal no que diz respeito à parte fiscal. Para chegar a esse resultado serão analisadas a execução financeira e orçamentária, a manutenção dos limites legais estabelecidos, as decisões em relação à aplicação de recursos vinculados e a transparência da administração municipal e, além dos aspectos relacionados à obediência aos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, será possível acompanhar se questões como endividamento, planejamento e metas estão sendo conduzidos segundo uma gestão adequada, a fim de não comprometer as receitas futuras e a prestação de serviços públicos à população local.

O i-AMB (Índice Municipal do Meio Ambiente) tem por objetivo apresentar a lista com o posicionamento dos municípios com indicadores que estabeleçam uma métrica das ações sobre o meio ambiente que impactam a qualidade dos serviços e a vida das pessoas, tais como resíduos sólidos, educação ambiental, estrutura ambiental, conselho ambiental, etc.

O i-CIDADE (Índice Municipal de Cidades Protegidas) visa apresentar a lista com o posicionamento de municípios jurisdicionados com indicadores que estabeleçam o grau de envolvimento no planejamento municipal para proteção dos cidadãos frente a possíveis eventos de sinistros e desastres.

O i-GOV TI (Índice Municipal de Governança de Tecnologia da Informação) apresentará a relação com o posicionamento de municípios jurisdicionados com indicadores que estabeleçam uma métrica que mensure o conhecimento e o uso dos recursos de Tecnologia da Informação em favor dos munícipes.

O índice final do IEGM, portanto, reúne os resultados aferidos em cada uma das sete dimensões apresentadas, atribuindo a cada uma delas os seguintes pesos: i-EDUC x 20 + i-SAÚDE x 20 + i-PLANEJAMENTO x 20 + i-FISCAL x 20 + i-AMB x 10 + i-CIDADE x 5 + i-GOV TI x 5. O gráfico a seguir sintetiza melhor a distribuição ponderada do cálculo:



Disponível em: <http://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/APRESENTA%C3%87%C3%83O-IEGM-GESTORES-ECG.pdf>

Os resultados finais serão apresentados à sociedade e aos municípios fiscalizados em 05 Faixas, cuja apresentação se dará por notas à gestão pública, sendo cada faixa caracterizada da seguinte forma: A = Altamente Efetiva; B+ = Muito Efetiva; B = Efetiva; C+ = Em fase de adequação; e C = Baixo nível de adequação.

A partir desses indicadores, portanto, os Tribunais de Contas poderão modernizar a fiscalização dos recursos públicos e tornar mais eficazes os instrumentos de efetivação da Justiça Social e respeito às normas constitucionais, mormente a economicidade e a eficiência, que poderão ser melhor avaliados a partir de critério objetivos e uniformes.

4. Conclusão

Como é cediço, o processo de implementação do IEGM certamente passará por dificuldades práticas, mormente a falta de interesse dos gestores em aderir aos questionários realizados e o estado de completo abandono que se encontram alguns municípios fiscalizados. No entanto, com base no princípio da efetividade da gestão pública, autorizado estarão os Tribunais de Contas a implementar medidas mais intensas e proativas na análise das contas públicas.

Nesse cenário, avulta de importância a mudança de perspectiva da fiscalização dos gastos públicos que ora se propõe. Com efeito, a implementação do IEGM vem a coroar a passagem das auditorias de mera conformidade legal dos atos praticados para uma nova roupagem institucional dos órgãos de controle, que passarão a buscar aferir o resultado prático efetivamente alcançado pelas políticas públicas e programas de governo.

Assim, essa nova ordem demonstra que em um Estado Democrático de Direito, a fiscalização da gestão pública deve ir além de medidas meramente sancionatórias dos gestores ineficientes. Atualmente, a ordem constitucional exige dos órgãos de controle atitudes proativas na efetividade dos gastos públicos, revelando a passagem de um perfil passivo de fiscalização para a busca da eficiência da gestão, tornando-se

colaboradores imprescindíveis no atingimento do interesse público e do bem da coletividade.

Referências

ARCOVERDE, A. C. B. Avaliação de Políticas, Programas e Projetos. **CRESS**, 2014. Disponível em : <<http://cress-mg.org.br/publicacoes/Lei/56> >. Acesso 20 out. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988 Art. 37**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em : 24 out. 2016.

BRASIL. TCE/SP. **Índice de Efetividade da Gestão municipal**. Divisão de Auditoria Eletrônica – AUDESP, 2014.

GERHARDT, T. E., SILVEIRA, D. T. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/download/derad005.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.

LASWELL Laswell, H.D. Politics: Who Gets What, When, How. Cleveland, Meridian Books. 1936/1958.

MEAD, L. M. “Public Policy: Vision, Potential, Limits”, Policy Currents, Fevereiro:1-4. 1995.

OLIVEIRA, J. A. P. Desafios do planejamento em políticas públicas: diferentes visões e práticas. **Rev. De Adm. Púb** .Rio de Janeiro. V.40, n.1, p.273-88, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a06> >. Acesso em: 23 out. 2016.

OLIVEIRA, K. C. S.; PINHEIRO, L. I. F. Avaliação de Políticas Públicas: uma perspectiva em dados do Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar. **Universidade Estadual de Santa Cruz –UESC**. Ilhéus –Bahia, 2014. Disponível em: <<http://www.uesc.br/eventos/ivsemeconomista/ana-2.pdf> >. Acesso em: 23 out. 2016.

PETERS, B. G. "Review: Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability by R. W. Rhodes", *Public Administration* 76: 408-509. 1998.

PRODONOV, C.C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnica pesquisa e do trabalho acadêmico**. Novo Hamburgo. 2 ed. 2013.

SILVA, Maria Ozanira Silva e (Org.). *Avaliação de Políticas e programas sociais teoria e prática*. São Paulo: Veras, 2001.

SOUZA, C. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, 2006.

SOUZA, C. *Políticas Públicas: Conceitos, Tipologias e Sub-Áreas*. Departamento de Ciência Política da USP, 2002

TREVISAN, A. P.; BELLEN, H. M. V. *Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção*. **Rev. De Adm. Púb.**v. 2, n.3, p.529-50, 2008. Disponível em: <<http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34919548/a05>>.

Acesso em: 22 out. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Índice de efetividade da gestão municipal*. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/manual-iegm-tcesp_0_0.pdf>.

Acesso em: 10 mar. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PIAUÍ. *Apresentação IEGM*. Disponível em: <<http://www.tce.pi.gov.br/fiscalizado/iegm/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

A LAICIDADE COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DO DIREITO

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

1. Introdução

A laicidade é tema de reiteradas discussões e reflexões no contexto contemporâneo. É inegável que tal configuração social dissociada de um conceito de religião dominante e/ou associada ao Estado é um dos paradigmas político-sociais mais difundidos e pacificados – ao menos na dimensão teórica – na base da organização da sociedade ocidental (enquanto espaço coletivo) dos dias atuais.

Assim sendo, o objetivo principal do presente artigo é traçar análises sobre o conceito de laicidade à luz da teoria de sistemas idealizada por Luhmann. Pretende-se defini-la enquanto um acoplamento estrutural e, como tal, um sistema independentemente forjado, mas cujos mecanismos foram incorporados pelo e têm influência no funcionamento contemporâneo e na reflexão autopoiética do Direito.

2. Sistemas Sociais

De acordo com a teoria proposta por Niklas Luhmann (1995), um sistema social pode ser entendido como uma unidade constituída por quatro características basilares e bastantes importantes: é fechada e, portanto, cria seus próprios limites de operação; é autoreferencial, visto que atua com base em operações próprias; é autoreprodutora, já que suas diferenciações acabam por produzir subsistemas e gerar autonomias relativas; e, por fim, é autopoiética.

Dessa forma, um sistema é composto por um espaço interno bem delimitado e organizado a partir de elementos correlatos selecionados. Tal identificação interna desses elementos é o que possibilita a separação – até certo nível – de um dado sistema do seu chamado “ambiente” complementar, que abarca todos os componentes sociais externos ao sistema em questão. Ainda que insulados até determinado ponto, os sistemas ainda encontram-se inseridos de maneira indissociável na sociedade complexa em que se localizam (LUHMANN, 1995).

Conseqüentemente, é certo que um sistema não consegue se desenvolver e se manter funcional de uma forma completamente afastada de seu ambiente. A contrariedade a esse fato implica não apenas na transformação desse sistema em incoerente e insustentavelmente apartado, mas também dirime quaisquer possibilidades de realizar os imprescindíveis processos de adaptação e de evolução internas. Isso acontece porque esse ciclo de desenvolvimentos é advindo diretamente da incorporação de elementos de sistemas diversos em um dado sistema restrito, com o fim de operar os seus próprios elementos (LUHMANN, 1995).

O que possibilita que um sistema se porte dessa maneira autorreflexiva é o seu supramencionado fechamento operacional, que faz com que exista a concepção entorno e com relação e base nele sejam construídos os sistemas como entes próprios. Estes são definidos fundamentalmente, então, pela sua diferença com o entorno. A partir disso, mais uma vez, pode-se notar também que o entorno é tão importante para um sistema como ele próprio (LUHMANN, 1995).

É importante notar que essa integração intersistemas não é pautada em uma mera cópia reiterada da organização interna do(s) sistema(s) cuja(s) estrutura(s) foi(foram) importada(s). De fato, o sistema que a(s) adquire(m) nem ao menos necessita reconhecê-la(s) em seu interior. Essa importação é funcional, ou seja, os mecanismos são apreendidos e, em seguida, adaptados ao sistema que os toma emprestado. Dessa maneira, o sistema incorporador os molda a seus processos comunicativos próprios e eles passam a trabalhar de uma maneira dissemelhante àquela que acontece no sistema de origem (NEVES, 2005; LUHMANN, 1995).

Isso posto, é importante tratar de um dos conceitos chave para essa teoria: a autopoiese. Essa ideia versa que os sistemas produzem por si mesmos e em seu interior os seus próprios elementos, mas isso não implica na perda de sua capacidade de observação, no sentido de perceber que poderiam atuar de forma diferente da que fazem e adaptarem mecanismos alheios (LUHMANN, 1995).

Portanto,

everything that happens belongs to a system (or to many systems) and always at the same time to the environment of other systems. Every determinacy presupposes carrying out a reduction, and every observation, description, and conceptualization of determinacy requires giving a system reference in which something is determined as an aspect of either the system or its environment. Every change in a system is a change in the environment of other systems (LUHMANN, 1995, p. 177).

Outro ponto de extrema importância para a teoria de Luhmann (1995) é a noção de contingência, que delimita o campo das possibilidades de um sistema. Seguindo esse raciocínio, na medida em que a contingência aumenta, amplifica-se também a complexidade e o grau de frustração e incerteza contidos nos diferentes sistemas sociais. A partir daí, pode-se inserir também as ideias de perigo (que é atribuído ao externo) e risco (que é assumido como sendo uma produção da própria sociedade) em um contexto da concepção de contingência.

3. O Acoplamento Estrutural

Na teoria luhmanniana, o acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung* originalmente) é o mecanismo através do qual os sistemas sociais diversos se relacionam entre si e com os demais aspectos que pertencem ao seu ambiente. Consequentemente e conforme já foi abordado, um deles se apropria de mecanismos de outro(s) para fins de conduzir seus próprios processos e operações comunicativos de uma maneira reformada (LUHMANN, 2004, pp. 199-207; NEVES, 2005, pp. 54,55).

Tal acontecimento é imprescindível para o funcionamento e para a existência de sistemas completos e diferentes entre si, visto que a hipercomplexidade intrínseca à existência de um dado sistema pressupõe uma série de pré-requisitos que não são satisfeitos puramente nele mesmo. Como consequência, essas lacunas só podem ter sido supridas pela existência de um sistema precedente e superveniente, de cuja estruturação tenha se valido o sistema em questão (LUHMANN, 1995).

É por intermédio desse processo que o sistema gera e reflete sobre os seus elementos internos, sem, para tanto, tomar como seus os elementos ambientais. Essa apropriação de elementos externos não implica, porém, em uma apropriação absoluta de significados, sendo apenas uma forma de importar ferramentas que auxiliem o funcionamento do processo comunicativo do sistema que delas se valeu. Dessa maneira, os significados do sistema anterior são substituídos por entendimentos novos e próprios do novo sistema (LUHMANN, 1995).

Ademais,

o acoplamento estrutural tem um papel importante no processo de evolução de um sistema, já que lhe impinge perturbações frequentes provocadas pela evolução do ambiente acoplado, que admite e estimula indiretamente a evolução do sistema. Esses ruídos são produzidos e, ambos os lados do acoplamento e, no caso de dois sistemas acoplados, essas irritações mútuas geram um fluxo estrutural e ocasionam a evolução recíproca, com a produção de informações para ambos os sistemas, pois, apesar de autopoéticos, ambos podem observar os sentidos produzidos em uma mesma ocorrência no âmbito do acoplamento (NEVES, 2005, p. 57).

Dessa forma, os sistemas externos pensados por Luhmann (1995) geram uma irritação no sistema tomado como referência, passando por reiterados processos comunicativos que agem como um filtro interno para que, então, o sistema se desenvolva e se torne mais complexo. Alguns dos sistemas são mais irritantes que outros e, por consequência, geram mais impacto em outros. Porém, as autonomias dos sistemas são resguardadas, de forma que seus elementos internos são gerados autopoieticamente a partir das irritações sofridas.

4. A Religião como Sistema e sua Privatização

Luhmann (2013,1995) considera a religião como um sistema autopoietico, assim como os demais:

We are forced to see that there is a function system for religion operating worldwide in our modern world

society, a system that defines itself as religion through a distinction from other function systems (LUHMANN, 2013, p. 272).

Ainda nesse sentido,

On account of these specially burdens, religion finds itself today in a society whose structures have been reoriented for functional differentiation. In this situation, it does not pose a problem that religion (now) finds itself as one functional system among many. It can keep up with the others concerning operative closure, binary coding, and functional specification (LUHMANN, 2013, p. 209).

Por outro lado, para Luhmann (2013), a diferenciação funcional do sistema religioso se deu de uma maneira distinta do padrão que ocorreu com os demais sistemas. A religião era indubitavelmente hegemônica no contexto social da Idade Média, de forma que continha em si mesma todos os mais diversos aspectos do ambiente social.

Porém, eventualmente, a religião passou a não mais ser enxergada como um sinônimo da e a não mais abarcar a sociedade em sua inteireza. A partir de então, religião e sociedade começaram a ser distinguidas e separadas uma da outra. Luhmann (2013) não entende tal processo como engendrado no seio do sistema religioso.

Essa era maneira através da qual essa distinção deveria acontecer em um sistema marcado pela autopoiese. Entretanto, percebe-se que, na verdade, essa configuração é um fruto direto dos até então nascentes e novos sistemas sociais, que começaram a realizar sucessivas diferenciações funcionais internas, de forma a se afastarem da religião.

Segundo Bachur (2011, pp. 178-180), tal surgimento de diversos sistemas comunicativos diferenciados impossibilitou a perpetuação desse fundamento religioso único, que antes era o paradigma socialmente imposto. Assim, a religião passou a ser enxergada uma característica necessariamente individualizada e, como tal, contida e limitada apenas ao

âmago de cada um. Essa “privatização da religião” pressupõe também um fortalecimento autônomo dos demais sistemas frente ao controle religioso.

Logicamente, uma mudança brusca de paradigma como essa engendrou uma reação comportamental negativa por parte da Igreja com o objetivo de garantir a sua hegemonia social. “Esta reação da religião pode ser considerada “inadequada”, por assim dizer, porque implica transferir a poiese de sentido religioso da esfera social, comunicativa, para a esfera individual da consciência, da fé” (BACHUR, 2011, p. 182).

5. Breves Considerações sobre a Laicidade

Diretamente da supracitada noção de privatização da religião, pode ser pensado o paradigma da laicidade estatal. Luhmann conceitua a secularização como

[...] a concept tailored to a polycontexturally observable world in which the contextures of observers are no longer identical (or flawed) from the standpoint of existence or of God. Secularization is therefore a concept that belongs to a society whose structures suggest polycontextural observation—and which thus demands prior decisions about acceptance or rejection (itself a second-order contexture) (LUHMANN, 2013, p. 297).

Esse entendimento surge em uma sociedade cujas novas estruturas são observadas a partir de numerosos contextos essencialmente individualizados e que não são mais idênticos, convergentes e centrados na ideia de um deus único, onipotente e onisciente. Dessa forma, a exaustão de todas as inovadoras possibilidades estruturais dessa sociedade pressuporia uma reflexão previamente realizada sobre aceitação e rejeição de diferenças (LUHMANN, 2013).

Para Luhmann (2013), ao mesmo tempo em que é importante notar que a secularização não implica no desaparecimento de atividades e experiências religiosas diversas, ela não é observada dessa maneira por aqueles que nos sistemas religiosos se inserem. A secularização é entendida por tais pessoas como sendo uma ameaça direta, uma

provocação às religiões e, como tal, engendram reações incompatíveis ou culturalmente inaceitáveis por parte desse grupo.

Em uma análise mais pormenorizada, a laicidade pode ser apresentada como possuidora um conceito levemente diferente daquele de laicização, visto que a primeira refere-se mais especificamente ao funcionamento estatal enquanto ordem jurídica e política não permeada pela religião. A segunda teria como cerne, então, o processo social de diminuição de influências religiosas no contexto como um todo.

É importante perceber, porém, que tal divisão é mais um desdobramento de certo preciosismo do que de uma diferenciação prática nos efeitos de ambos os afastamentos da religião. Dessa maneira, determina-se que, enquanto sistema funcional, laicidade e secularidade podem ser entendidas de forma unificada e, como tal, apresentam efeitos bastante semelhantes.

6. A Laicidade como Acoplamento Estrutural do Direito

A partir de tudo que foi anteriormente abordado sobre a teoria de sistemas proposta por Luhmann, pode-se inferir que, em uma sociedade que deixou de ser um mero sinônimo de religião, é natural que os seus sistemas procurem incorporar em suas organizações mecanismos inéditos através de acoplamentos estruturais que partam de outras fontes igualmente importantes na sociedade.

Essa ideia de reflexão diversificada também se aplica no âmbito do Direito, tendo em vista que este é um sistema em si próprio e está invariavelmente inserido no e afetado pelo ambiente inédito e pautado pela diversidade. Como resultado, os ordenamentos deixam de emanar imediata e somente daquilo que consta como padrão na moralidade religiosa ou em fontes similares, em razão de estes já não serem mais considerados como unanimidade social ou como certeza.

Como consequência desse novo entendimento, o Direito internalizou, com bastante intensidade, esse mecanismo de multiplicidade religiosa advindo do sistema laico. Conforme o padrão procedimental apontado por Luhmann, ele foi então adaptado autopoieticamente para se encaixar nos diversos contextos legais e em diferentes níveis de influência pelo planeta, na medida em que previa a religião como integrante do

sistema jurídico apenas até o ponto em que é um direito garantido individualmente.

Não menos importante, o escopo legal que transcende esse direito específico coloca-se como insulado – ao menos teoricamente – dos pressupostos religiosos. Tal afirmação é verificável no ordenamento mais basilar de diversos Estados: suas constituições.

A laicidade está presente de forma clara nos textos constitucionais brasileiro, estadunidense, francês etc.. Mesmo que não necessariamente correspondente à aplicação desses ordenamentos na realidade, a presença da laicidade em tais mecanismos já é um importante passo adaptativo e evolutivo no processo autopoietico do Direito como um todo.

Destarte, partindo das reflexões traçadas acima, verifica-se que é por reconhecer a multiplicidade e a ausência de configurações de religião padronizadas e por posteriormente aplicar tal entendimento aos ordenamentos que a laicidade se coloca como um dos mais importantes resultados e um dos mais importantes acoplamentos estruturais do Direito contemporâneo.

7. Referências

BACHUR, João Paulo. **A Diferenciação Funcional da Religião na Teoria Social de Niklas Luhmann**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 26, n. 76. jun/2011. pp. 177-226.

LUHMANN, Niklas. **A Systems Theory of Religion**. Stanford: Stanford University Press, 2013. 320p.

_____. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004. 498p.

_____. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995. 628p.

NEVES, Rômulo F. **Acoplamento Estrutural, Fechamento Operacional e Processos Sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento

de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. 149p.



www.conteudojuridico.com.br



**FACULDADE FARIAS BRITO
CURSO DE DIREITO**

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA A SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

ANA CAROLINA VERGUEIRO FERNANDES

**FORTALEZA - CE
2017**



www.conteudojuridico.com.br



**FACULDADE FARIAS BRITO
CURSO DE DIREITO**

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA A SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

Ana Carolina Vergueiro Fernandes

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Farias Brito como critério parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Rodrigo Uchôa
Professor**



www.conteudojuridico.com.br

FORTALEZA – CE

2017

Esta Monografia foi submetida ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como parte dos requisitos necessários para obtenção do grau de bacharel em Direito. Na avaliação da Banca este trabalho teve conceito _____, conferido pelos avaliadores da Banca e outorgada pela referida faculdade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que seja feita de acordo com as normas científicas.

Ana Carolina Vergueiro Fernandes

Banca Examinadora:

Rodrigo Uchoa de Paula

Professor

ORIENTADOR

Prof.

Prof.

Monografia avaliada em ____ de _____ de 2017.



www.conteudojuridico.com.br

RESUMO

Esta monografia traz um estudo acerca da colisão de fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de possíveis conflitos, abordando-se o caso da cantora mexicana Glória Trevi para demonstrar na prática como esse princípio funciona. O direcionamento deste estudo foi feito a partir dos seguintes questionamentos: Como o julgador deve resolver a colisão de princípios fundamentais no caso concreto, e quais os critérios que devem ser respeitados ao aplicar a teoria do sopesamento, orientado pelo princípio da proporcionalidade? Em que se embasou o supremo tribunal federal para decidir sobre o caso Glória Trevi? O objetivo geral desta monografia consiste em analisar a aplicação prática do sopesamento em situações de colisão de princípios constitucionais e a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de prevalência. Para desenvolvimento do estudo utilizou-se como metodologia uma pesquisa bibliográfica, embasando-se em autores como Ávila (2012), Alexi (2008), Boldrini (2001), Canotilho (2002), Dotti (1998), Ferreira Filho (2011), Marmelstein (2009) e Silva (2001 e 2003), com vistas a ter como base autores chaves para o estudo. Ao final pode-se concluir que o princípio da proporcionalidade é um dos melhores meios para solucionar conflitos de direitos fundamentais, devendo decidir buscando o princípio que maior impacto possa trazer a uma pessoa. No caso Glória Trevi, o juiz considerou que o direito à honra prevalece sobre o direito à intimidade.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Caso Glória Trevi.



www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....	8
2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil.....	8
2.2 Direitos humanos na atualidade.....	12
2.3 Princípios constitucionais.....	13
3 PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO	
CONSTITUCIONAL.....	16
3.1 Princípio da Supremacia da Constituição.....	16
3.2 Princípio da unidade.....	17
3.3 Princípio da razoabilidade.....	18
3.4 Princípio do efeito integrador.....	19
3.5 Princípio da máxima efetividade.....	20
3.6 Princípio da conformidade funcional.....	21
3.7 Princípio da concordância prática ou da harmonização.....	22
3.8 Princípio da proporcionalidade.....	24
4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO	
DA PROPORCIONALIDADE.....	26
4.1 Conceito e hipóteses de colisões.....	28
4.2 Concorrência de Direitos Fundamentais.....	29
4.3 Conflitos entre Direitos Fundamentais e bens jurídicos	
constitucionais.....	30
4.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade.....	32
5 O CASO GLORIA TREVI.....	32
5.1 Princípio da dignidade humana.....	34
5.2 A vida como bem jurídico.....	36
5.3 Direito à personalidade e seu exercício.....	38
5.4 Direito à investigação da origem genética e os direitos do nascituro.....	41
5.5 Direito à intimidade.....	43
5.6 Direito à honra.....	44
5.7 Caso Glória Trevi e o conflito de direitos de personalidade: direito à	
intimidade x direito à honra.....	48
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	

1 INTRODUÇÃO



www.conteudojuridico.com.br

Esta monografia faz uma abordagem acerca da Colisão de direitos fundamentais no caso concreto e a aplicação do princípio da proporcionalidade para solução dos conflitos, especialmente no caso da cantora mexicana Gloria Trevi e na decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva. Foca-se no sistema de ponderação de direitos fundamentais na resolução de um caso concreto que utiliza a técnica do sopesamento, maximizando um princípio que irá preponderar sobre o outro, todavia sem suprimir o núcleo existencial do princípio suprimido.

Diante corriqueira aplicação dos Direitos e Garantias fundamentais, tendo em vista seu caráter principiológico e o fato de serem eles impregnados de valores, verifica-se a colisão dos referidos direitos. Tal colisão ocorre quando o exercício de um direito fundamental conflita com o exercício de outro direito fundamental. Assim, diante do exposto, resta saber qual prevalecerá, tendo em vista que não há hierarquia entre direitos fundamentais e que nenhum se reveste de caráter absoluto.

Nesse contexto, para direcionamento deste estudo levantou-se os seguintes questionamentos: Como o julgador deve resolver a colisão de princípios fundamentais no caso concreto, e quais os critérios que devem ser respeitados ao aplicar a teoria do sopesamento, orientado pelo princípio da proporcionalidade? Em que se embasou o supremo tribunal federal para decidir acerca do caso Glória Trevi?

O objetivo geral desta monografia consiste em analisar a aplicação prática do sopesamento em situações de colisão de princípios constitucionais e a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de prevalência. E os objetivos específicos em: Explicitar a relatividade dos direitos fundamentais da pessoa humana; averiguar casos concretos pontuais como da cantora mexicana Gloria Trevi e do reconhecimento do casamento homoafetivo pelo STF, em que houve a colisão de princípios fundamentais e quais foram as razões do desfecho, numa visão crítica das técnicas aplicadas.

Levanta-se como hipótese que diante de situações de colisão de direitos fundamentais, os intérpretes, sem poderem recorrer às técnicas tradicionais de hermenêutica, valem-se de um raciocínio que a doutrina denomina de ponderação. O primeiro parâmetro proposto para a solução do problema da colisão de direitos fundamentais é a observância do princípio da unidade da constituição. O segundo parâmetro que deve ser utilizado na solução de colisão de



www.conteudojuridico.com.br

direitos fundamentais é a aplicação do princípio da proporcionalidade. O terceiro parâmetro, elementar e primordial no exercício da ponderação, é análise da dignidade da pessoa humana, como elemento balizador de qualquer interpretação constitucional, máxime do método de solução de conflitos que envolvem as colisões de direitos fundamentais.

Para desenvolvimento do estudo utilizou-se como metodologia uma pesquisa bibliográfica, embasando-se em autores como Ávila (2012), Alexi (2008), Boldrini (2001), Canotilho (2002), Dotti (1998), Ferreira Filho (2011), Marmelstein (2009) e Silva (2001 e 2003), com vistas a ter como base autores chaves para o estudo.

Com o intuito de passar o melhor entendimento ao leitor esta monografia foi dividida em cinco capítulos, sendo que o primeiro consiste nesta introdução. O segundo capítulo traz um estudo acerca dos direitos fundamentais no Brasil, introduzindo ao leitor o tema em estudo.

No terceiro capítulo tem-se uma abordagem acerca dos princípios instrumentais de interpretação constitucional, descrevendo-os e explicando-os. O quarto capítulo estuda as hipóteses de colisão de direitos fundamentais, bem como as formas de solução com a utilização do princípio da proporcionalidade.

Por fim, o quinto capítulo aborda o caso Glória Trevi, destacando ao leitor um caso julgado para fosse possível demonstra a utilização do princípio da proporcionalidade em um conflito de direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL



www.conteudojuridico.com.br

2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil

Em linhas gerais, direito é a forma de agir ou de decretar uma determinada conduta dos outros, portanto, direitos humanos são aqueles correspondentes à dignidade do ser humano.

Os direitos fundamentais afirmam-se através da busca constante contra o domínio, a exploração e todas as formas de agressão à dignidade humana, é uma luta permanente por relações solidárias e justas. Atualmente já se reconhece o homem como um sujeito de direitos onde quer que ele esteja, enquanto membro da comunidade mundial o ser humano tanto pode ser vítima das violações dos direitos humanos, como pode ser acusado de violar estes mesmos direitos.

A história da formação social brasileira possui em suas raízes marcas de racismo e desigualdade social, de acordo com Carbonari (2004) essas marcas estão basicamente em três pontos: pobreza e desigualdade, racismo e sexismo. Acredita-se que tais características acompanham a história brasileira até os dias de hoje, visto que muito ainda se vê dos três pontos citados por Carbonari. A má distribuição de renda, o racismo e a desigualdade entre os sexos, por mais que já muito se tenha evoluído nesse sentido, ainda marcam a sociedade brasileira.

No Brasil o órgão responsável pelos eventos acerca dos direitos humanos é a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), que vem participando desde sua criação, em 1945, de todos os eventos mundiais que envolvem este tema. Contudo, na época que a ONU definia a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil vivia a ditadura militar, portanto, este documento era inviável para a realidade brasileira tanto na teoria como na prática.

Parte da população brasileira resistia à ditadura militar e assim começaram a se levantar contra a arbitragem do regime, desta forma, apesar de os direitos humanos estarem ausentes na legislação, eles estavam presentes nessas constantes lutas. Essas lutas cresceram e tornaram-se movimentos sociais, como exemplos se podem citar o Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Movimento dos



www.conteudojuridico.com.br

Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) entre outros, nessa época surgiram também inúmeras ONGs com diversos temas, entre eles os direitos humanos.

A história dos direitos humanos no Brasil esta diretamente ligada às constituições brasileiras. A primeira constituição brasileira do ano de 1824 já gerou reivindicações de liberdade que culminaram com a consagração dos direitos humanos. Em 1891 com a primeira constituição republicana foi instituída as eleições diretas, sem a exigência de uma renda mínima para exercer o direito ao voto, porém os mendigos, analfabetos e religiosos não podiam exercer esse direito. Essa constituição ampliou os direitos humanos, além de manter os que já vigoravam na constituição imperial. (HERKENHOFF, 1994).

A constituição de 1934 garantiu alguns direitos individuais, como a vedação da prisão perpétua, assim como prisão por dívidas, criou a assistência judiciária para os necessitados. Além desses direitos individuais esta constituição assegurou normas de proteção social ao trabalhador e ainda direitos culturais. De acordo com Herkenhoff (1994, p. 77) essa constituição tratava-se de uma constituição que tinha como objetivo primordial, o bem estar geral. Ao instituir a Justiça Eleitoral e o voto secreto, essa constituição abriu os horizontes do constitucionalismo brasileiro. (HERKENHOFF, 1994).

Com os tribunais de exceção do Estado Novo, que julgavam os crimes cometidos contra o estado, foram suspensos todos os tipos de direitos a que o ser humano tinha direito, inclusive o direito de ir e vir.

A constituição de 1946 veio para restaurar e ampliar esses direitos, e foi nesta constituição que foi estabelecido o salário mínimo para o trabalhador, entre outros direitos, inclusive cultural. Na constituição 1967 os direitos humanos sofreram retrocessos, como o suprimimento a liberdade de publicação, reduziu a idade mínima de permissão para o trabalho para 12 anos, restringiu a liberdade de expressão e de opinião. O Ato Institucional-5 arruinou a constituição de 1967 e é considerado como o ato que mais desrespeitou os direitos humanos no Brasil, ele trouxe novamente o poder arbitrário do presidente. Foi um longo período de arbitrariedade e corrupção. A constituição de 1969 só veio vigorar após a queda do AI-5 no ano de 1978. (HERKENHOFF, 1994).



www.conteudojuridico.com.br

A constituição de 1988 mostrava a importância da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade, à segurança e a igualdade. Piosevan afirma que:

A ordem constitucional de 1988 apresenta um duplo valor simbólico: é ela o marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no país. A Carta de 1988 representa a ruptura jurídica com o regime militar autoritário que perpetuou no Brasil de 1964 a 1985. (1998, p. 206)

A justiça é a única capaz de garantir o valor fundamental para o ser humano, a dignidade. O homem é animal racional e tem sua essência e individualidade, portanto merece garantia de direitos a dignidade, o respeito e o bem estar, tendo em vista a paz e a justiça social.

A política nacional de direitos humanos do Brasil, desenvolvida em 1985 e definida em 1995, pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso aprofunda e assume como política oficial do governo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, depois da resistência ao regime autoritário de 1970. As primeiras comissões de direitos humanos foram fundadas nos anos 1970, chamando atenção para a tortura e assassinatos de presos políticos, o que levou aos indivíduos se voltarem contra a defesa dos direitos humanos. (BRASIL, 2010)

O Programa nacional de Direitos Humanos criado em 13 de maio de 1996 pelo governo Fernando Henrique Cardoso se deu devido ao trauma causado pelo massacre em Eldorado dos Carajás sob a Coordenação de José Gregori, chefe de gabinete do Ministro da Justiça, Nelson Jobim. (LIMA, 2009). Em pouco tempo o programa atingiu seus objetivos e se tornou referência para as ações governamentais, passando a cobrar dos governos estaduais e municipais, do Congresso Nacional, do Judiciário e da sociedade participação na implementação do programa.

O programa é um conjunto de 228 propostas de ação governamental para proteger e promover os direitos humanos no Brasil, definidos em constituição e leis nacionais correspondendo a obrigações assumidas em tratados internacionais ratificados pelo Congresso nacional. Enfatiza que a violência criminal deve ser totalmente dominada, defendendo enfrentar o desafio da construção plena do estado de direito, onde os direitos civis ganham destaque. De fato são inegáveis as mudanças nas políticas governamentais quanto à promoção dos direitos



www.conteudojuridico.com.br

humanos durante o ano de vigência do Programa Nacional de Direitos Humanos. (BRASIL, 2010)

A realização dos direitos fundamentais é um ato importante para a consolidação da democracia onde deve interagir com todas as políticas de governo, se tornando além de uma preocupação de somente algumas esferas do poder político. Um ser humano, quando desprovido de seus direitos fundamentais, inerente mesmo a sua condição de humano, como tal não pode ser considerado, do qual não se faz razoável exigir qualquer respeito às normas de conduta impostas pela sociedade. Através dos direitos fundamentais outros foram criados como da defesa da criança e do adolescente, do idoso, do consumidor, da mulher, entre outros. Faltam políticas públicas mais rigorosas, principalmente contra o narcotráfico, assim como, políticas públicas de prevenção mais intensificadas na segurança, educação, saúde e social, fortalecendo a comunidade.

O PNDH fez com o Brasil tivesse maior participação na Organização das Nações Unidas – ONU e na Organização dos Estados Americanos – OEA quanto à política de adesão a pactos e convenções internacionais de direitos humanos, aumentando a cooperação com órgãos internacionais de salvaguarda, o que resultou na elaboração de relatórios contendo recomendações para identificar medidas concretas para a superação de problemas acerca dos direitos humanos no Brasil. (VASCONCELOS et al, 2008).

De acordo com o Projeto básico do Programa Nacional de Direitos Humanos, elaborado pela Universidade de São Paulo os direitos Humanos referem-se:

A um sem número de campos da atividade humana: o direito de ir e vir sem ser molestado; o direito de ser tratado pelos agentes do Estado com respeito e dignidade, mesmo tendo cometido uma infração; o direito de ser acusado dentro de um processo legal e legítimo, onde as provas sejam conseguidas dentro da boa técnica e do bom direito, sem estar sujeito a torturas ou maus tratos; o direito de exigir o cumprimento da lei e, ainda, de ter acesso a um Judiciário e a um Ministério Público que, ciosos de sua importância para o Estado democrático, não descensem enquanto graves violações de direitos humanos estejam impunes, e seus responsáveis soltos e sem punição, como se estivessem acima das normas legais; o direito de dirigir seu carro dentro da velocidade permitida e com respeito aos sinais de trânsito e às faixas de pedestres, para não matar um ser humano ou lhe causar acidente; o direito de ser, pensar, crer, de manifestar-se ou de amar sem tornar-se alvo de humilhação, discriminação ou perseguição. São aqueles direitos que garantem existência digna a qualquer pessoa. (PNDH, 1995)



www.conteudojuridico.com.br

Nesse contexto, os direitos fundamentais é um traçado de diversos trabalhos entre organizações internacionais e constituições que asseguram direitos aos indivíduos estabelecendo obrigações jurídicas concretas aos Estados, compondo normas programáticas que os obrigam nos planos interno e externo.

2.2 Direitos humanos na atualidade

Os direitos humanos são universais e indivisíveis, não existindo hierarquia de direitos, já que todos os direitos econômicos, sociais, civis, políticos ou culturais são igualmente importantes.

A atual conjuntura mundial devido à globalização acentua a contradição entre os direitos de liberdade e direitos sociais já que os direitos humanos não participam da globalização da economia, vinculada ao lucro, ou seja, o processo de globalização significa um retrocesso a defesa dos direitos do homem, sem intervenção do Estado.

Para Beck (1999) não há lugar para os direitos econômico-sociais e/ou de solidariedade da tradição socialista e do cristianismo social; por isto, novas e velhas desigualdades sociais e econômicas estão surgindo no mundo inteiro.

Em virtude dos atentados e a guerra desencadeada pelos Estados Unidos contra o terrorismo, a ONU vem tentando criar uma “nova ordem mundial” a fim de que os organismos internacionais e as grandes potências defendam e promovam os direitos humanos no mundo através de uma intervenção humanitária, impondo uma hegemonia política e econômica.

No caso do Brasil, em virtude das altas taxas de inflação, tem dificuldades em assegurar a igualdade e a paz, em uma luta constante para respeitar o homem e seus direitos fundamentais. A consolidação dos Direitos Humanos deve partir da conscientização de cada membro da sociedade para depois atingir os níveis mundiais de conscientização, baseada na educação. Piovesan (2000) afirma que:



www.conteudojuridico.com.br

Os sistemas globais e regionais não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Em face deste complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo, que sofreu violação de direito, a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. (Piovesan, 2000. p. 101)

A sociedade brasileira deve procurar promover a democracia, na tentativa de erradicar a injustiça e a impunidade mesmo que leve bastante tempo para isso. Ações do governo e da sociedade devem trabalhar para reduzir as diferenças sociais e a banalização da morte que é frequente nos presídios brasileiros, nas filas de hospitais, na prática de trabalho infantil e escravo, e principalmente com a falta de acesso à justiça por parte da população de nível social inferior.

As organizações internacionais instituíram mecanismos de responsabilização no momento em que o Estado não corresponde positivamente às tarefas de implementação de direitos e liberdades fundamentais, passando assim a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional no caso de violação dos direitos fundamentais, mesmo que a ação internacional seja uma ação suplementar, oferecendo garantia adicional de proteção dos direitos humanos.

Essas defesas são necessárias para garantir direitos, como alimentação, saúde, moradia e educação. Porém, além de defender, deve-se estender os benefícios dos direitos humanos a todos, sem exceção. Sobre essa questão Schwenck (2001) comenta:

A questão dos novos direitos é polêmica e embora se tenha grande temor das consequências negativas da biotecnologia, da bioengenharia, do uso das comunicações e da informática, não se pode evitar que aconteçam, sendo preciso que o Direito esteja preparado para o enfrentamento destas questões, com princípios e normas concretas. (p. 57)

Ainda há muito que é evoluir em se tratando de direitos humanos, o crescimento é essencial para a sociedade e à condição de ser humano, o mais importante é fazer com que os direitos sejam respeitados já que cabe aqui a ideia de que os Direitos Humanos já nasceu com o próprio homem.

2.3 Princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são aqueles que asseguram os valores fundamentais da ordem jurídica, e estão dispostos ao longo do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. De acordo com Espíndola (2002, p. 50) “os Princípios Constitucionais são Princípios que aspiram sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica”. Assim, os princípios visam direcionar a conduta de cada indivíduo, devendo serem consultados para qualquer situação de ordem jurídica seja para criação ou aplicação de uma lei.

Existem vários conceitos para o termo “princípios”, contudo, este trabalho se deterá ao âmbito jurídico. Em linhas gerais constitui um causa primária, uma razão fundamental, uma teoria.

Dantas (2004, p. 368) conceitua princípio como:

Derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

Nesse contexto, pode-se dizer que princípios são preceitos que se firmam para servir de norma a toda espécie jurídica, traçando uma conduta a ser apresentada. Espíndola (2002, p. 44) salienta que:

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a ideia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica. Assim, por imperativo metodológico, cumpre sejam levantadas as principais noções, temas e classificações produzidos no âmbito da Teoria Jurídica e que antecederam a formulação da ideia de princípio no âmbito do Direito Constitucional e a positivação dos princípios no âmbito normativo material e formal das constituições contemporâneas.



www.conteudojuridico.com.br

De acordo com Silva (2001) os princípios são requisitos primordiais instituídos como alicerce de alguma coisa. Em meio aos conceitos cabe fazer uma distinção entre princípios, normas e regras. Quanto á distinção entre normas e princípios, Silva (2003, p. 142) afirma que

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Já, os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, (...) são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais.

Assim, é possível dizer que os princípios são a base para elaboração de uma norma, obrigando a um indivíduo a submeter-se às condições de uma localidade, tutelando situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. E em referência à distinção entre regras e princípios, Guerra Filho (2003, p. 52) destaca que:

Já se torna cada vez mais difundido entre nós esse avanço fundamental da teoria do direito contemporâneo, que, em uma fase “pós-positivista”[...] com a superação dialética da antítese entre o positivismo e a jusnaturalismo, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deontica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.

Ressalta-se que os princípios são maleáveis, tendo em vista que eles se adaptam às circunstâncias históricas e sociais pelas quais passam. Vale destacar ainda o princípio da unidade da Constituição que garante que as normas constitucionais não podem ser interpretadas e analisadas individualmente, com o intuito de evitar possíveis contradições, deve-se analisá-las de forma integrada. Cabe salientar sobre o Princípio da Supremacia da Constituição, este que garante a superioridade da Constituição perante o ordenamento jurídico.



www.conteudojuridico.com.br

Para ser Constitucional, a lei deve atender a requisitos materiais ou substanciais, devendo possuir um objeto materialmente constitucional. Para atender aos requisitos formais a lei não deve apresentar vícios formais subjetivos e nem objetivos, ressaltando que um é a ausência do outro. Os requisitos formais subjetivos referem-se à legalidade da iniciativa da lei, à fase introdutória do processo legislativo. E os requisitos formais objetivos referem-se ao trâmite de elaboração das leis.

De acordo com Boldrini (2001) pode-se distinguir sete graus de inconstitucionalidade através da sistematização dos casos de ocorrência dos vícios. Acredita-se que o mais alto grau de inconstitucionalidade consiste na lei que cumula vício material, vício objetivo, e vício formal subjetivo, sendo esta a de primeiro grau. Em segundo e terceiro grau se considera os casos que possuem vício material cumulado com as espécies de vício formal, sendo o segundo grau aquele que possuem cumulação de vício material e vício formal subjetivo, e terceiro grau seria o que possuísse cumulação de vício material com vício formal objetivo. O quarto grau seria o que possuísse apenas vício material, tendo em vista que é mais grave que o formal. O quinto grau seria o formado por vícios formais subjetivos e objetivos. O sexto grau consiste naqueles casos que possuem o vício formal subjetivo e o sétimo grau nos que possuem vício forma objetivo. Por fim, pode-se dizer que é inconstitucional a lei que de certa forma contrarie o que foi estabelecido pela constituição, tendo em vista o princípio de supremacia da constituição.

3 PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL



www.conteudojuridico.com.br

3.1 Princípio da Supremacia da Constituição

A Constituição Federal do Brasil, também conhecida como Carta Magna ou Lei Maior é responsável por reger o comportamento da sociedade brasileira, encontrando-se no topo de todo o ordenamento jurídico do país. Silva (1994, p. 17) conceitua Constituição como “um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto”.

Assim, em se tratando do princípio da supremacia da Constituição, o legislador não pode desvirtuar, burlar ou prejudicar o sentido da norma constitucional, pois o legislador constituinte designou ao âmbito infraconstitucional a complementação de algumas normas, porém essa atividade está limitada pela supremacia constitucional. Sobre esse princípio, Canotilho (2000, p. 245) afirma que:

Trata-se de uma verdadeira definição normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito.

Assim, esse princípio diz respeito à posição que a Constituição ocupa frente às outras leis, as quais devem ser sempre submetidas às cláusulas constitucionais, que devem ser observadas e seguidas sob pena de ser considerada inconstitucional.

Vale ressaltar que a demora em editar uma lei regulamentadora da Constituição pode gerar inconstitucionalidade, assim a eficácia da norma não pode depender da vontade do legislador infraconstitucional, cabendo ao juiz não depender da vontade do legislador, aplicando os princípios constitucionais diretamente, por meio de uma hermenêutica construtiva. No ato da constitucionalidade dos atos legislativos, havendo várias interpretações de um dispositivo deve-se escolher a que possui consenso com a Lei Fundamental, ou seja, o princípio da interpretação conforme a Constituição, se tornando um mecanismo de controle da constitucionalidade por onde se declara ilegítima uma leitura da norma legal.

3.2 Princípio da unidade



www.conteudojuridico.com.br

O princípio da unidade da Constituição está fundamentado na busca por não haver interpretações contraditórias entre as normas constitucionais. Assim, este princípio visa garantir que o intérprete observará as normas constitucionais em sua globalidade, interpretando a Constituição como um sistema de normas harmônico, integrado e coeso, conforme elucida Peixoto (1999).

Canotilho (1991, p. 162), sobre o princípio da unidade da Constituição afirma que:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão' o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio da unidade da Constituição tem a finalidade de impor as normas constitucionais como únicas, porém, interligadas, não devendo as mesmas ser analisadas de forma isolada, sempre haverá uma conexão entre as normas estabelecidas. Esse princípio pode ser mais bem entendido nas palavras de Barroso (1999, p. 147), que fala sobre a origem do mesmo:

O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que 'uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. (...) Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: 'o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido tecnológico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.

Nesse contexto, podemos afirmar que as normas constitucionais são dependentes uma das outras, o que faz com que representem uma só unidade, encontrando-se no mesmo plano,



www.conteudojuridico.com.br

em um mesmo nível hierárquico. Não podendo, portanto, interpretar uma norma da Constituição Federal apenas com base em seu texto, deve-se observar o que as demais normas afirmam, com se fossem uma só, evitando conflito entre as mesmas e, considerando que possuem a mesma hierarquia normativa, não é admitido que nenhuma norma constitucional se sobreponha à outra com vistas a afastar-lhe o cumprimento.

Ressalta-se, que no caso de haverem conflitos entre as normas, outros princípios instrumentais passam a ser considerados, como por exemplo, o princípio da razoabilidade.

3.3 Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade nada mais é que a busca pela razão, por ser razoável durante uma decisão, funcionando como um instrumento de valoração do fato concreto em relação ao direito a ser aplicado. Barroso (2009) destaca que este princípio surgiu nos Estados Unidos, funcionando então como um parâmetro para o *judicial review*, ou seja, para o controle de constitucionalidade.

Oliveira (2003, p. 92) conceitua o princípio da razoabilidade como:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.

Assim, o princípio da razoabilidade visa o bom senso, considerando a relação entre um efeito e uma causa, exigindo que o intérprete aja com prudência. Vale ressaltar que este princípio não está expresso na Constituição Federal, sendo deduzido a partir dos demais, não é possível conceituá-lo de forma única, alguns doutrinadores chegam a mencionar que este princípio deve ser visto sempre com apoio no ramo do Direito que está sendo aplicado, bem como, nos demais princípios constitucionais. Ávila (2009) conceitua o princípio da razoabilidade por meio de reconstrução analítica das decisões do STF, pois não há



www.conteudojuridico.com.br

uniformidade terminológica ou critérios para fundamentar o uso deste princípio. Assim, para o autor, esse princípio deve ser analisado de acordo com o caso concreto.

Considerando o princípio da razoabilidade na aferição de constitucionalidade de uma lei, Calcini (2003, p. 146) destaca que:

A razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou Justiça.

Desse modo, o princípio da razoabilidade busca justiça, o ato de agir com a razão, onde o intérprete deve considerar determinada circunstância jurídica de acordo com seus aspectos qualitativos, ou seja, os aspectos sociais, econômicos, culturais e políticos, sempre se fundamentando nos parâmetros legais. Salienta-se que o princípio da razoabilidade é fundamental para interpretação de qualquer norma constitucional, visto que consiste, em linhas gerais, no uso da razão. Sobre essa importância, faz-se mister destacar as palavras de Martins (2011, p. 64):

A técnica de interpretação conforme reflete uma manifestação do chamado princípio da razoabilidade, que preconiza ser a interpretação jurídica uma atividade que ultrapassa a mera lógica formal. Interpretar equivale a valer-se do raciocínio, o que abrange não apenas soluções rigorosamente lógicas, mas especialmente as que se configuram como razoáveis. O princípio da razoabilidade não equivale à adoção da conveniência como critério hermenêutico. O que se busca é afastar soluções que, embora fundadas na razão, sejam incompatíveis com o espírito do sistema.

Diante do exposto, pode-se dizer ao juiz cabe cumprir o que lhe é determinado pelo Ordenamento Jurídico, porém, deve interpretar adequadamente à norma que cabe a cada caso, sendo nesse ponto que o princípio da razoabilidade apresenta um importante papel.

3.4 Princípio do efeito integrador

O princípio do efeito integrador fundamenta que toda interpretação constitucional deve fazer com que sejam efetivos os princípios políticos essenciais, os quais estão contidos no Texto Constitucional, visto que representam as escolhas do constituinte no que diz respeito



www.conteudojuridico.com.br

aos valores fundamentais de uma sociedade. Assim, pode-se dizer que esse princípio visa à harmonia entre o setor político e o social. Hesse (1983), o fato de a Constituição Federal propor a criação e a manutenção da unidade política, faz com que sejam outorgadas preferências nas soluções de problemas jurídicos constitucionais àqueles pontos de vistas que promovam e mantenham dita unidade.

Considerando que o princípio do efeito integrador visa à integração harmônica política e social, pode-se considerar que o intérprete deve priorizar interpretações que preservem essa harmonia, tendo sempre em vista os outros princípios, reforçando a unidade política, haja vista que esta é uma das principais finalidades de uma Constituição.

Sobre esse princípio, Pereira (2001, p. 103) elucida que “a interpretação deve, em função da ocorrência de problemas jurídico-constitucionais, privilegiar todos os elementos que conduzam à preservação da “unidade política”“. Assim, basicamente, é correto afirmar que o princípio do efeito integrado objetiva a harmonia entre o setor político e o social, bem como a correlação pacífica de todos os demais princípios.

Vale lembrar, que é de suma importância não considerar os princípios isoladamente, visto que, assim como as normas constitucionais, devem ser tratados de forma unificada, favorecendo a resolução conflito e tensões existentes no âmbito do judiciário brasileiro.

Para Canotilho (1998) o princípio do efeito integrador possui relação direta com o princípio da unidade da constituição, devendo ser interpretado visando à resolução dos problemas jurídicos-constitucionais, tendo como prioridade os fatores que favoreçam a harmonia política e social.

3.5 Princípio da máxima efetividade

Assim como o próprio nome já diz, o princípio da máxima efetividade tem como objetivo atribuir às normas constitucionais a máxima eficácia possível. Deve-se considerar que toda norma constitucional é dotada de uma eficácia mínima, porém, o intuito é o de



www.conteudojuridico.com.br

conferir uma interpretação que promova sua maior eficiência. Barroso (1996, p. 219) conceitua eficácia como:

Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, 'ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; neste sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.

Deve-se considerar que nenhuma norma é desprevenida de eficácia, porém, esse princípio visa que o intérprete confira à norma constitucional a sua maior eficácia possível. Todavia, é necessário destacar, com base em Hesse (1983), dar a maior eficácia possível a uma norma não quer dizer que o intérprete possa fazer isso de forma arbitrária, de forma a utilizar de hipóteses nela não previstas.

Assim, o intérprete deve proporcionar a maior efetividade possível à norma, sem que utilize de arbitrariedade para tanto. Para Moraes (2001), o princípio da máxima efetividade trata-se de um reforço ao princípio da unidade constitucional, assumindo grande importância, principalmente no que concerne às normas programáticas e aos direitos fundamentais. Ressalta-se que esse princípio possui grande importância, visto que de nada adiantaria a existência dos demais princípios instrumentais da Constituição Federal, se a mesma não fosse dotada de credibilidade e eficácia.

Barroso (2004, p. 248) destaca que:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Nesse contexto, pode-se dizer que o princípio da máxima efetividade objetiva que o intérprete promova a maior efetividade da norma constitucional, sem para tanto utilizar-se de arbitrariedade, gerando efeitos e resultados referentes às normas, fazendo valer, na prática, o texto constitucional.



www.conteudojuridico.com.br

3.6 Princípio da conformidade funcional

No princípio da conformidade funcional tem-se o respeito da repartição dos poderes contidos na Constituição Federal, ou seja, visa manter a organização constitucional. Para Hesse (1983) esse princípio possui como função prescrever que os bens constitucionalmente previstos sejam coordenados de modo a conservar suas identidades.

Moraes (2001) menciona que esse princípio impõe a necessidade de não conferir à norma jurídica uma interpretação que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório funcional da Constituição. Dessa forma, pode-se dizer que esse princípio visa manter o sistema constitucional coerente. Canotilho (1998, p. 1.149) afirma que:

O princípio da conformidade funcional tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição das funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

Ressalta-se que esse princípio também pode ser entendido como uma técnica de constitucionalidade, visto que ordena a interpretação do Ordenamento Jurídico em conformidade com as regras e princípios constitucionais, pois assim como o princípio da Supremacia da Constituição, no qual as leis, atos normativos e jurídicos devem sempre estar em consonância com a Constituição. Barroso (2004, p. 370) explica que

A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle incidental de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter erga omnes, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle principal ou por ação direta).

Diante do exposto, tem-se que o intérprete deve fazer suas interpretações em conformidade com o texto constitucional, colocando a Constituição Federal como lei maior



www.conteudojuridico.com.br

frente às demais normas existentes, sendo o controle constitucional primordial na preservação do princípio da interpretação conforme a Constituição.

3.7 Princípio da concordância prática ou da harmonização

Assim como os outros princípios instrumentais da Constituição, o princípio da concordância prática ou da harmonização visa evitar conflitos entre as normas, fazendo com que todas as normas prevaleçam com a sua efetividade particular, considerando a Constituição como um todo, não passível de divisão. Observa-se aqui uma espécie de repetição dos outros princípios, porém, o que acontece é que todos eles buscam fazer com que a Constituição seja vista como um todo, como a Lei Maior que deve ser considerada sempre que qualquer outra legislação venha a ser criada, observando suas normas e princípios, sempre um interligado ao outro.

O princípio da harmonização tratado neste tópico, que também é conhecido como princípio da concordância prática, de acordo com Guerra Filho (2001), visa garantir que a interpretação de uma norma constitucional a coloque em conformidade com as demais, com o sistema constitucional em si, devendo-se ressaltar que um princípio sempre encontra seu limite em outro princípio.

Canotilho (1990, p. 174) afirma que:

Caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <exigências> ou <standarts> que em primeira linha prima facie devem ser realizados; as regras contêm <fixações normativas> definitivas sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Dito de outro modo: a convivência de princípios é sempre conflitual.

Assim, esse princípio, é utilizado na maioria das vezes, quando já existe um conflito entre as normas, sendo chamado para sua resolução, principalmente quando se fala em colisão de direitos fundamentais. Sarlet (1996, p. 66) ensina que:

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de



www.conteudojuridico.com.br

aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.

Dessa forma, esse princípio visa como seu próprio nome sugere, a harmonização entre as normas constitucionais, visando garantir que nenhuma norma será considerada sem a observância da outra, e em caso de conflitos, será utilizado considerando a prevalência de um sobre o outro, ainda que um dele precise ser atenuado. Coelho (1997) ainda menciona que esse princípio consiste em uma recomendação ao intérprete, pois sempre que se deparar com situações de concorrência entre as normas constitucionais, venha a adotar soluções que otimizem a realização de todos eles, mas que, ao mesmo tempo, não acarrete a negação de nenhum deles. Destaca-se que esse princípio só poderá ser aplicado no momento da aplicação de um texto, bem como de acordo com o seu contexto.

3.8 Princípio da proporcionalidade

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes instrumentos utilizados para interpretação e resolução de conflitos entre normas constitucionais, estando no foco dos estudos desta monografia. De acordo com Barroso (2009) esse princípio se desenvolveu na Alemanha no âmbito do Direito Administrativo, onde funcionava como um limitador da discricionariedade administrativa.

Assim, esse princípio surgiu com vistas a limitar os excessos produzidos no âmbito administrativo, funcionando, basicamente, como um balanceador, utilizando-se da proporcionalidade para interpretar um conflito entre normas, averiguando qual possui uma maior importância de acordo com cada caso concreto. Didier Jr. (2008, p. 36) menciona que esse princípio é importante para “estabelecer um item procedimental lógico seguro na tomada de uma decisão, de modo a que se alcance a justiça do caso concreto”.

Nas palavras de Steinmetz (2001, p. 149):

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, nãoarbitrária. Isso significa



www.conteudojuridico.com.br

que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.

Tem-se, dessa forma, o uso da proporção, para se entender melhor o uso desse princípio pode-se mencionar aqui o uso do bafômetro, onde entra em cena o direito de não produzir provas contra si mesmo, o qual está implícito na Constituição brasileira, sendo decorrente de três outros princípios, os quais: ampla defesa, presunção da inocência e o de permanecer calado. Nesse caso, o uso do bafômetro estaria violando o direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo, porém, por outro lado, o indivíduo que dirige alcoolizado está, conseqüentemente, atentando contra a vida, tanto a sua, quanto a de terceiros, entrando em cena o direito à vida, o qual, considerando o princípio da proporcionalidade se sobrepõe a todos os outros direitos.

Assim, o princípio da proporcionalidade é utilizado nesses casos, onde os direitos fundamentais entram em conflito, necessitando de uma resolução cabível, além de se considerar todos os outros princípios, esse entra para dar uma proporcionalidade ao caso, resolvendo-o de forma racional. Devendo-se destacar que esse princípio preza que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deve ser proporcional. Stinmetz (2001, p. 142-143) elucida que:

A colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não realização do outro, a inexistência de uma hierarquia abstrata entre direitos em colisão, isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva.

Nesse contexto, esse princípio somente se faz necessário em casos de conflitos entre as normas constitucionais, funcionando em conformidade com cada caso concreto, onde um direito é preterido em relação ao outro, de acordo com sua importância para o caso em tela. É por meio do princípio da proporcionalidade que se consegue fazer o sopesamento dos princípios em conflito, ou seja, se estabelece qual direito deve prevalecer.





www.conteudojuridico.com.br

4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1 Conceito e hipóteses de colisões

Em linhas gerais, colisão, no sentido amplo da palavra consiste no choque entre dois corpos. No caso da colisão entre direitos fundamentais, pode-se dizer que consiste no choque entre dois direitos, que se limitam. Conforme Steinmetz (2001), sempre haverá conflito quando a Constituição defender paralelamente dois valores ou bens em contradição concreta. Quando se tem um comportamento de um mesmo titular atendendo os fatos de inúmeros direitos fundamentais, ocorre o manifesto da concorrência de direitos fundamentais.

Conforme Canotilho (2001), a manifestação se dá de duas formas caso haja tal colisão. A primeira forma ocorre do cruzamento de direitos fundamentais, onde, o titular tem o comportamento incluso em inúmeros direitos, liberdades e garantias. A outra, acontece devido ao acúmulo de direitos, quando um bem jurídico acarreta na acumulação de direitos de um sujeito só.

A liberdade de imprensa e informação são exemplos de garantias fundamentais que estão sintonizados um com o outro. Os conflitos entre os direitos declarados na Constituição podem ocorrer devido os direitos fundamentais não serem limitados e nem absolutos.

Andrade (1987, p. 220) elucida que:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta [...] O problema agora é outro: é o de saber como vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais.

É nesse sentido que se encontra a colisão de direitos fundamentais, visto que todos possuem o poder de se colocar frente às demais legislações, porém, não possuem hierarquia entre si, não havendo aquele que se sobressaia ao outro, pois não se limitam, mas encontram



www.conteudojuridico.com.br

seu limite em outro direito, sendo assim, cada caso deve ser observado. Deve-se perceber que os direitos fundamentais possuem limites abertos, sendo por esse fato que ocorrem os conflitos, considerando-se que não há uma amplitude fixada de forma prévia.

[...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstrato. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões in concreto. (STEINMETZ, 2001 p. 63).

Nesse contexto, é correto afirmar que a colisão entre direitos fundamentais ocorrem justamente por não haver limitações previamente fixadas, pelo contrário, são móveis, cada direito só encontra seu limite a partir do momento em que é colocado frente a outro direito, dependendo, portanto, de cada caso, a resolução desses conflitos. Os tipos de situação de conflito que tem como objetivo designar de forma clara os contornos da colisão de direitos fundamentais tem que ser distintos dos tipos de situação.

Alexy (1997) classifica a colisão de direitos fundamentais em dois tipos distintos: colisão de direitos em sentido estrito e colisão de direitos no sentido amplo. O autor explica que:

Colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ocorre, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais; e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ocorre, quando há uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição. (ALEXY, 1997 p. 607).

Assim, nas colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, têm-se aqueles considerados idênticos ou diferentes, porém, que envolvem a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais com consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares. Já, na colisão de direitos em sentido amplo tem-se o conflito entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição Federal.

Vale ressaltar que resolver um caso de colisão de direitos fundamentais não é uma tarefa fácil, visto que todos eles estão previstos na Constituição Federal brasileira e possuem hierarquia idêntica, sendo fundamental a observação dos princípios instrumentais da



www.conteudojuridico.com.br

Constituição para a resolução desses casos, principalmente, o princípio da unidade constitucional, da máxima efetividade e da concordância prática.

Diante do exposto, não se pode dizer que o conflito entre direitos fundamentais é um caso simples, onde um direito fundamental é sacrificado em prol do outro, todos os princípios devem ser observados, considerando cada caso isoladamente para que se possa resolver de forma eficiente.

4.2 Concorrência de Direitos Fundamentais

No caso da concorrência de direitos fundamentais tem-se a ocorrência de um comportamento de determinado titular preenche as hipóteses de fatos de vários direitos fundamentais. Canotilho (2003, p. 1262)

Concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. [...] Uma das formas de concorrência de direitos é, precisamente, aquela que resulta do cruzamento de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos tem, em certa medida e em certos setores limitados, uma “cobertura” normativa igual. [...] Outro modo de concorrência de direitos verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado “bem jurídico” leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.

Dessa forma, em linhas gerais, tem-se a concorrência entre direitos fundamentais no sentido quase que literal da palavra, visto que os direitos concorrem entre si, quando um só titular ou vários titulares de uma mesma causa, possuem vários direitos ao seu favor, ou seja, àquela causa cabem direitos fundamentais distintos. Como exemplo de concorrência de direitos pode-se cita a liberdade de imprensa e de informação, visto que um está ligado ao outro, podendo ser aplicados em um mesmo caso, onde concorrem entre si para que se saiba qual deles será utilizado.

Canotilho (2002, p. 287) sobre a concorrência de direitos fundamentais, menciona que:

[...] ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos,



www.conteudojuridico.com.br

hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.

Assim, na concorrência de direitos fundamentais não há uma oposição entre os direitos para atender a determinado caso, mas sim, vários direitos que cabem a um mesmo caso, concorrendo entre si para a aceitação da conduta ou comportamento de um titular.

Outra característica no âmbito dos direitos fundamentais, é que a concorrência significa que os direitos fundamentais podem ser exercidos acumulando-se. Ou seja, o titular preenche os pressupostos de inúmeros desses direitos simultaneamente.

Nesse sentido, é possível distinguir colisão e concorrência de direitos fundamentais, ficando clara essa diferença, visto que de um lado têm-se dois ou mais direitos fundamentais que divergem entre si, impedindo ou dificultando o exercício de um direito, e de outro se tem direitos fundamentais que se aplicam ao mesmo caso, concorrendo entre si.

4.3 Conflitos entre Direitos Fundamentais e bens jurídicos constitucionais

Outro tipo de colisão que pode existir é entre os direitos fundamentais e os bens jurídicos constitucionais, ou seja, os direitos fundamentais de um titular e os bens jurídicos de uma comunidade, sendo este caso de colisão bastante corriqueiro. Pode-se exemplificar esse tipo de colisão com os direitos à liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística, contidos no art. 5º, IX da Constituição Federal do Brasil e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, também contidos no artigo supracitado. Para que esse conflito possa ser resolvido faz-se necessário estabelecer uma hierarquia entre tais direitos, porém, essa deverá ser considerada de acordo com cada caso.

Alexy (1999, p. 67) sobre o assunto afirma que:

[...] o conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais (colisão de direitos fundamentais em sentido amplo) ocorre quando há um choque entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.



www.conteudojuridico.com.br

Nessa hipótese, não se trata de qualquer valor, interesse, necessidade da comunidade, mas de um bem jurídico relevante, ou seja, aquele que a Constituição elegeu como digno de especial reconhecimento e proteção.

Assim, é correto afirmar que esse tipo de colisão envolve um direito fundamental de um titular e bens coletivos, constitucionalmente protegidos. Ressalta-se que a solução para esse tipo de conflito é baseada no princípio da proporcionalidade, visto que este funciona como uma garantia de que o indivíduo não sofrerá abuso de poder estatal, servindo de apoio, ainda, para o juiz quando o mesmo se ver à frente de casos difíceis.

Para Canotilho (2002) existem duas formas para conceituar esse tipo de conflito, sendo a primeira a ocorrência entre vários titulares de direitos fundamentais e a segunda entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do estado.

Ao se falar em colisão de direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais tem-se a colisão em sentido impróprio, vale aqui destacar, com base em Canotilho (2002), que bem jurídico constitucional não é qualquer bem que o legislador declara como bem da comunidade, mas sim àqueles bens que a que foram constitucionalmente conferido o caráter de bens da comunidade.

Exemplificando-se novamente esse tipo de colisão tem-se o direito à propriedade privada que entra em conflito com a necessidade de defesa do patrimônio cultural, bem como, o exemplo de Canotilho (2002) que fala da alta probabilidade de um réu ter um infarto durante seu julgamento, a partir de uma ponderação de bens, o juiz poderá decidir por adiantar o julgamento. Nesse caso, prevalece o direito à vida, visto que este tem um poder decisivamente maior que uma ação penal. Percebe-se aqui, a aplicação do princípio da proporcionalidade, esse que é descrito no tópico a seguir.

4.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, como o próprio nome sugere, relaciona-se com a palavra proporcional em seu sentido literal, para que ele possa ser aplicado, é necessário



www.conteudojuridico.com.br

perceber a proporção entre os direitos fundamentais em conflito, observando-se qual dele possui maior eficácia de acordo cada caso. Assim, apesar de possuírem a mesma hierarquia, o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado como um instrumento de interpretação constitucional.

A utilização do princípio da proporcionalidade remete também à ponderação de bens, que passou a ser utilizado após a utilização por tribunais e doutrinas alemãs que influenciaram a metodologia utilizada até então, visando a soluções entre os conflitos de direitos fundamentais. Steinmentz (2001, p. 140) conceitua a ponderação de bens como “o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflitos; [...]”.

Para que a ponderação de bens seja realizada, faz-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual será utilizado como instrumento de interpretação, visando conferir, conforme o caso em questão, aquele direito que melhor se aplica.

Ressalta-se que o princípio da proporcionalidade para alcançar a eficiência desejada conta com o que se pode chamar de subprincípios, os quais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Steinmentz (2001) menciona que o subprincípio da adequação consiste em um elemento que investiga se a medida tomada para o caso em tela é de fato apta, útil e idônea para que se consiga atingir o que se busca, assim, esse princípio também é chamado de princípio da idoneidade ou conformidade, possuindo um caráter empírico, sendo aplicado no ato em que se averigua a utilidade do meio utilizado no caso concreto para se atingir o objetivo.

Sobre esse subprincípio, Branco (2009, p. 173) salienta que:

Certamente que esse subprincípio atira o aplicador do Direito no domínio de questões de fato, a fim de se apurar, de acordo com o saber aceito na sociedade, se o meio escolhido favorece o fim buscado. É inepta à medida que, desde quando adotada, não era, pelos conhecimentos existentes, capaz de socorrer o fim a que se dirige.



www.conteudojuridico.com.br

Assim, em geral, afirma-se que o subprincípio da adequação faz observações acerca da finalidade a ser atingida e os meios que estão sendo utilizados para tanto, julgando se estão sendo adequados.

O subprincípio da necessidade, de acordo com Steinmentz (2001), verifica dentre os vários meios idôneos o que se apresenta menos grave para o exercício do direito fundamental que se interpreta. Ressalta-se que esse princípio também é conhecido por exigibilidade, indispensabilidade ou intervenção mínima, o qual exclui apenas aquela que se mostrar mais danosa para o caso em questão.

Alexy (2008, p. 40), em relação ao subprincípio da necessidade, destaca que:

Nenhum dos dois testes – adequação e necessidade – impõe ao legislador, que vier a dispor sobre um conflito, que opte por um dos diversos meios idôneos concebíveis para resolvê-lo. A ele se abre a opção, por exemplo, de não se valer de nenhuma das providências estudadas e permanecer inerte. O teste da necessidade apenas exclui uma opção em face de outra menos agressiva ao princípio que concorre com aquele que o legislador pretender privilegiar.

No caso do princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem-se a ponderação de bens propriamente dita, tendo como finalidade, averiguar o equilíbrio entre uma decisão normativa e o objetivo que era buscado, visando verificar se os meios utilizados foram adequados em relação ao objetivo, ou seja, verificar se meio e fim são proporcionais.



www.conteudojuridico.com.br

5 O CASO GLORIA TREVI

5.1 Princípio da dignidade humana

A ideia de dignidade da pessoa foi concebida pela primeira vez no cristianismo. O pensamento cristão sobre a dignidade humana teve um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus; como ser amado por Deus é capaz de tomar as suas decisões contra o seu desejo natural. (MORAES, 2003).

Segundo a mesma autora, o cristianismo introduziu duas novas concepções éticas: a virtude é concebida pela relação com Deus; e a afirmação que embora o homem seja dotado de vontade livre, proveniente de sua natureza fraca e pecadora, seu impulso dirige-se para a transgressão, necessitando do auxílio de Deus para tornar-se virtuoso.

A introdução da dignidade humana no ordenamento jurídico é mérito da reflexão filosófica acumulada de séculos anteriores, cuja grande contribuição foi dada a Kant, no começo do século XVIII, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de 1785 (PEREIRA, 2006).

O pensamento de Kant buscou uma compreensão ética da natureza humana, conforme descreve (1785, *apud* LÔBO, 2009, p.37):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

A dignidade da pessoa humana teve seu marco com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, estabelecendo: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião pública e condições pessoais e sociais”.



www.conteudojuridico.com.br

A partir dessa concepção a dignidade humana tornou-se um princípio essencial ao Estado Democrático de Direito. No ordenamento pátrio, o princípio da dignidade humana tornou-se expresso na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III (PEREIRA, 2006).

Segundo Madaleno (2009, p. 18):

A dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça.

Define Rocha (2000, apud PEREIRA, 2006, p. 95):

Dignidade é pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida, e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Como princípio constitucional, a dignidade humana, independentemente do regime político adotado, deverá ser reconhecida pelo Estado (PEREIRA, 2006). Devido à superioridade hierárquica normativa da Constituição, todos os diplomas normativos, devem-lhe obediência, seja formal e/ ou material, sob pena de inconstitucionalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, o Direito de Família não pode mais prescindir de normas que não estejam fundamentadas ou não levem em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2006).

A Constituição Federal de 1988 proclamou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático de Direito e do ordenamento positivo. Neste contexto, afirma Moraes (2003, p. 119):

[...] o atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana.



www.conteudojuridico.com.br

No capítulo dedicado à família, a Constituição em seus arts. 226, 227, caput e 230, tutelou a instituição familiar, propiciando a proteção funcionalizada do desenvolvimento da dignidade humana dos membros que a integram (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990), em seu art. 3º declara assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, de crianças e adolescentes, como também prioriza de forma absoluta os direitos relacionados às suas dignidades, elencados nos arts. 4º; 15 e 18. (LÔBO, 2009).

De acordo com Farias e Rosenvald (2010), a proteção especial do Estado à família se justifica, pois ela é o instrumento responsável por efetivamente promover, de forma concreta, a dignidade através do desenvolvimento da personalidade humana e a realização plena de seus integrantes. É desse princípio que decorre vários outros, como por exemplo, o princípio da personalidade.

5.2 A vida como bem jurídico

Segundo Almeida (2003), é imperativo o reconhecimento do ser humano, como dado axiológico (indivíduo-pessoa). Esse reconhecimento envolve a absorção pelo ordenamento jurídico de uma determinada valoração, objetivando incluí-lo no sistema para fins de proteção.

Existindo uma relação entre necessidades humanas-valores-direito, ou seja, todo o gênero humano é portador de um conjunto de necessidades básicas ou fundamentais que clamam por sua satisfação para o fim de contribuir à formação plena da pessoa, na busca de ser humano autorrealizado (ALMEIDA, 2003).

Trazendo consigo as necessidades humanas, compreendidas estas tanto as essenciais, quanto as culturais, concedendo às pessoas argumentos sobre a certeza dos fatos e das relações, sobre os fundamentos de sua legitimidade.



www.conteudojuridico.com.br

Sendo, assim, nessa perspectiva que se aborda o assunto da historicidade pessoal e sua recepção pelo Direito. Tratando-se de um direito relacionado a uma necessidade fundamental da pessoa, conjugada ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Segundo a autora citada:

O conhecimento da identidade pessoal é necessidade humana, e sua legitimidade dá-se na justificativa de ser núcleo central da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio de quem adquire, pelo fato de seu nascimento, o status de filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial, representando a paternidade ou maternidade as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos. Trata-se de conhecer as próprias origens, que não são apenas genéticas, mas também culturais e sociais. (ALMEIDA, 2003 p. 41).

O instituto da ascendência genética constitui um direito instituído, e não mais uma presunção legal, um direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética, direito de personalidade à descoberta de sua identidade pessoal.

Tal direito adquire relevância ante a necessidade da cada indivíduo conhecer sua origem biológica, saber sua história de saúde de seus parentes biológicos, podendo adotar, a partir desse conhecimento medidas preventivas para a preservação da saúde, e, via de consequência, da própria vida (LÔBO, 2010).

Verifica-se que o direito à identidade genética é um direito de personalidade que visa o bem jurídico fundamental “identidade genética”, que ao lado do direito à privacidade e do direito à intimidade, é umas das manifestações essenciais da personalidade humana (PETTERLE, 2007).

A busca pelo conhecimento da ascendência genética (identidade biológica) tem como intuito máximo a saúde, a preservação da vida, o desenvolvimento da personalidade, envolvendo o direito à historicidade pessoal, expresso na relação da pessoa com aquelas que lhe deram origem (LÔBO, 2010).

Assim, tendo o conhecimento de doenças que podem estar embutidas na carga genética da cada ser humano. Efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção integral à personalidade.



www.conteudojuridico.com.br

Segundo Barboza (2004), reconhecer o direito à identidade genética, da criança, do adolescente e do adulto, não importa a idade, sexo, cor ou credo, significa não só franquear-lhes o direito à vida, à saúde, à paternidade, mas também a sua historicidade pessoal, a seus traços socioculturais antes assinalados. Sendo a busca pelo conhecimento da ascendência genética necessária para a manutenção da vida, pelo conhecimento da historicidade da saúde dos seus genitores.

5.3 Direito à personalidade e seu exercício

A categoria dos direitos da personalidade é recente, fruto da doutrina francesa e tedesca de meados do século XIX, sendo direitos atinentes à tutela da pessoa humana, essenciais a sua dignidade. Passando os direitos da personalidade a integrar a esfera privada e pública, protegendo o indivíduo, sua dignidade (FIUZA, 2004).

A busca da verdade real no estado de filiação é direito da pessoa inserido no âmbito dos direitos da personalidade. O direito à identidade genética está erigido à categoria de direito fundamental por encontrar estreita relação com o direito à vida, sendo ainda manifestação da personalidade humana (VILELA, 2010).

O ser humano deve ser preservado, nesse sentido, a identidade genética da pessoa humana é considerada um bem jurídico a ser preservado, enquanto uma das manifestações essenciais da personalidade humana. Pretendo-se, proteger a identidade genética como uma das manifestações essenciais da personalidade humana, buscando a preservação da vida (PETTERLE, 2007).

O direito da personalidade “abrange o complexo valorativo intrínseco (intelectual e moral) e extrínseco (físico) do ente, alcançando a pessoa em si, ou integrada à sociedade, incidindo os direitos da personalidade sobre o ente em concreto e identificado” (BITTAR, 2006, p.30).



www.conteudojuridico.com.br

A pessoa é, a um só tempo, nos direitos da personalidade, sujeito e objeto de direitos, sendo esses direitos oponíveis *erga omnes*, contudo, devendo ser respeitado por todos os integrantes da coletividade. Representando, no fundo, *jura in se ipsum*, eis que se refere à própria pessoa, tendo como objeto seus atributos substanciais e, como fundamento, a própria essencialidade do ser (BITTAR, 2006).

A sede principal dos direitos da personalidade é a própria Constituição, é ela que prevê de forma, implícita a cláusula geral de tutela da personalidade, ao eleger como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente. Podendo ser extraída do artigo 1º, III da Constituição uma cláusula geral da tutela da personalidade (FIUZA, 2004).

O direito da personalidade, no âmbito constitucional, recebe regulamentação como direitos de cunho fundamental do Estado, fruindo de garantias específicas, previstas no contexto da Carta Magna, na defesa da dignidade da pessoa diante dos poderes públicos (BITTAR, 2006).

A razão de ser dos chamados “direitos da personalidade não é apenas a de proteger o homem em suas relações existenciais e patrimoniais, seja contra atentados do Poder Público ou de outros homens, mas, a de promovê-lo pessoal e socialmente, em sua dignidade e cidadania”. (FIUZA, 2004, p.167).

O direito de conhecer a própria ascendência genética tem resguardo constitucional, pois integra um dos direitos da personalidade. Persistindo o direito de investigar a identidade biológica, como direito da personalidade (DIAS, 2010). Menciona a autora, que a consolidação de uma paternidade ou maternidade socioafetiva não pode impedir que o filho busque conhecer, inclusive judicialmente, sua genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados.

Além do direito de personalidade envolvido, “é manifesto o interesse jurídico em tal descoberta, em face dos impedimentos matrimoniais, do sofrimento psicológico e emocional decorrente do desconhecimento das origens; das compatibilidades em doação de órgãos; e da análise de doenças geneticamente transmissíveis” (DIAS 2010, p. 395).



www.conteudojuridico.com.br

O atual Código Civil trata dos direitos da personalidade, enunciando de forma mais específica, orientando a doutrina e o julgador, pois pertencem, em síntese, aos princípios gerais de direito (VENOSA, 2008).

O artigo 11, do Código Civil abre o tema “art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Estando intimamente ligados à pessoa, a doutrina abrange ainda mais as características, em relação aos direitos da personalidade, considerando, assim, como genéricos, extrapatrimoniais, absolutos, inalienáveis ou indisponíveis, imprescritíveis, intransmissíveis ou vitalícios, impenhoráveis, necessários, essenciais e preeminentes (FIUZA, 2004).

São genéricos por serem concedidos a todos. Extrapatrimoniais por não terem natureza econômico-patrimonial. Absolutos por serem exigíveis de toda a coletividade, ou seja, o titular do direito poderá exigir que toda a comunidade o respeite, sendo oponíveis *erga omnes*. Inalienáveis ou indisponíveis por não poderem ser transferidos a terceiros. E imprescritíveis por não haver prazo para ser exercício, pois as ações que os protegem tampouco se sujeitam a prazo. Intransmissíveis por não se transferirem hereditariamente. Necessários, uma vez que todo ser humano os detém necessariamente, por força de lei. Sendo essenciais porque inerentes ao ser humano. E preeminentes, pois se sobrepujam a todos os demais direitos subjetivos. Visando, assim, à proteção e à promoção da pessoa humana e de sua dignidade. (FIUZA, 2004).

5.4 Direito à investigação da origem genética e os direitos do nascituro

Segundo Dias (2010), o direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito de personalidade: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito à filiação.



www.conteudojuridico.com.br

Conforme menciona Filho (2010), o direito ao reconhecimento da origem genética, considerado um direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai.

Sendo vontade do filho, ou por ato próprio, assistido ou representado, “ele poderá a qualquer tempo, em face da imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética sem que isso constitua diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação socioafetiva, porventura formada, e sem que implique quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético” (FILHO, 2010 *online*).

Amparado pelo artigo 27 da Lei 8.069/90 que estabelece o seguinte:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Através da investigação de origem genética uma pessoa que já titulariza uma relação paterno-filial, já tem genitor, estabelecida a partir de hipóteses não biológicas (por exemplo, através de adoção), pretende obter o reconhecimento de sua origem ancestral, em relação ao seu genitor biológico (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Não pretende o autor da ação, alterar a relação paterno-filial, apenas deseja ver declarado a sua ascendência genética, fundando-se o pedido no exercício de um direito da personalidade, totalmente desatrelado de uma relação de família (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

O fato do ordenamento jurídico não fazer expressa menção à possibilidade de ação de investigação de origem genética, não será empecilho, pois sendo a Constituição Federal um sistema aberto, devem-se refletir os valores fundamentais da sociedade a que se destina (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Sendo absolutamente preciso reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos, como é o caso em questão do direito à identidade genética, este decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2010).



www.conteudojuridico.com.br

Sendo importante destacar que o objeto perseguido pela investigação de ancestralidade é resguardar um direito da personalidade, obtendo dados sobre a identidade, código genético, saúde etc., de seus parentes. Tratando-se de uma ação declaratória e que possui interesse prático, com o objetivo de permitir tratamentos médicos e resguardar a própria vida, exercitando o direito da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Em se tratando de ação meramente declaratória da origem genética não implicará efeitos patrimoniais, ou mesmo pessoais, sobre o vínculo filiatório já existente, que se mantém íntegro. Sendo toda pessoa titular de um direito da personalidade de reclamar a sua origem biológica, de modo a preservar sua própria vida e saúde. (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Menciona Dias (2010), que a sentença de procedência não é levada a registro, não se alterando a filiação que se consolidou pela convivência, possui efeitos meramente declaratórios da filiação biológica, sem reflexos jurídicos ou de ordem patrimonial.

Não podendo afirmar, que o autor pretende direitos de ordem patrimonial, mas sim em ter respeitado direito inerente à sua personalidade, inexistindo qualquer fundamentação jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família (FARIAS; SIMÕES, 2010).

O que se deseja do conhecimento da origem genética, é exercer um direito inerente à personalidade de todo ser humano, sem quaisquer efeitos patrimoniais, na busca de medidas preventivas de saúde (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Menciona Lôbo (2010) que a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. Nesse compasso, o direito ao conhecimento da origem genética não significa direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano.

Podendo a origem genética apenas interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la, caso não haja estado de filiação constituído, mas nunca para negá-lo (LÔBO, 2010).



www.conteudojuridico.com.br

De acordo com o Código Civil brasileiro, o nascituro se apresenta como pessoa, conforme consta nos seguintes artigos:

- a) Art. 359 – legitimação do filho apenas concebido; b) art. 363 – parágrafo único, reconhecimento do filho anterior ao nascimento; c) art. 468 – curatela do nascituro; d) art. 1.178 – a pessoa já concebida, embora não nascida, tem capacidade de adquirir por testamento. (BRASIL, 2005).

Paulo Nader (2004) explica que o Estatuto da Criança e do Adolescente, de acordo com a Lei 8.069/90, em seu art. 7, exige que o Estado deva garantir o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso do ser humano. Assim, esse artigo abrange de forma jurídica os interesses do nascituro ou embrião já que se alcança o princípio de igualdade do ser humano a partir de sua concepção.

Observa Maria Helena Diniz (2003, p.27):

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, como o direito à vida, à filiação, à integridade física, a alimentos, a uma adequada assistência pré-natal, à representação, a ser contemplado por doação, a ser dotado, a ser reconhecido como filho, a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade e etc.

Damásio de Jesus Evangelista (1999) enfatiza, porém, que o feto não é pessoa e sim *spes personae*, de acordo com a doutrina natalista, sendo considerada expectativa de pessoa, com possibilidade de direito. Contudo, no que concerne a efeitos penais, é considerado pessoa.

De acordo com a corrente natalista não há existência de direito subjetivo sem que haja titular; o nascimento é um fato concreto para que se atribua a personalidade do ser; e todo ordenamento jurídico brasileiro está baseado nessas regras.

Destaca Cesar Fiúza (2004, p. 114):

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir, pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.

Já a teoria concepcionista defendida por doutrinadores como Clóvis Bevilacqua, Maria Helena Diniz e outros, defende o direito ao nascituro a partir do momento da concepção,



www.conteudojuridico.com.br

garantindo, assim, maior estabilidade e proteção aos *conceitos* que já é de forma legal considerada uma pessoa.

5.5 Direito à intimidade

Pode-se dizer que o direito à intimidade é consagrado como um dos direitos às liberdades fundamentais para o ser humano, devendo, portanto, ser garantido pelo sistema jurídico.

Para falar acerca das bases doutrinárias que envolvem tanto o direito à intimidade quanto o direito à vida privada faz-se essencial mencionar o ensaio de Warren-Brandeis, que consistiu numa análise realizada pelo senador Samuel Warren e o jurista Brandeis em torno dos excessos da imprensa norte-americana que constantemente rompia a tranquilidade do universo familiar e privado dos cidadãos. As conclusões do trabalho foram publicadas num artigo em 1890. Aieta (1999, p. 83) afirma que “a partir do ensaio de Warren-Brandeis, a matéria passou a ser tratada com o status de teoria, propiciando as bases técnico-jurídicas da noção de *privacy* e configurando-a como uma real *right to be let alone*”.

Assim, através de critérios científicos passaram a ser delimitados os critérios de privacidade, o direito de estar só de cada indivíduo, sendo decisão sua, tornar ou não públicas manifestações de sua vida íntima. Após inúmeros estudos voltados para o assunto e análise de doutrinadores, aos poucos o direito à intimidade foi incluído na legislação. Sobre o assunto, Limberger (2007, p. 30) aponta que:

A violação à intimidade se constrói através de quatro situações básicas: a) intromissão na solidão de vida de uma pessoa ou nos seus assuntos privados; b) divulgação de fatos embaraçosos que afetam o cidadão; c) publicidade que poderia desprestigiar o indivíduo ante a opinião pública; d) apropriação (com vantagens para a outra parte) do nome ou do aspecto físico do litigante.

Diante disso, tem-se o direito à intimidade, como o próprio nome já diz, um direito à vida íntima, a manter fatos só para si, sem torná-lo público, caso alguma informação seja



www.conteudojuridico.com.br

coletada por outrem sem a permissão do indivíduo, conseqüentemente, este terá tido seu direito violado.

O que a doutrina busca ao assegurar o direito à intimidade é defender o ser humano da irresponsabilidade do exercício ao direito de informação, evitando que outras pessoas possam se apossar de informações íntimas de outra. Ressalta-se que o direito à intimidade está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Brasil, o direito à intimidade está consagrado em sua Constituição Federal de 1988, devendo-se destacar que somente nessa Constituição ele veio a figurar no país.

Deve-se destacar aqui que não se deve confundir o direito à intimidade com o direito à vida privada, visto que apesar de estarem vinculados não possuem o mesmo significado, sendo o primeiro pertencente a um círculo mais restrito. Ferraz (1993, p. 449) disserta que:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

Dessa forma, o direito à intimidade pode ser entendido como o que existe de mais íntimo em um indivíduo, aquilo que pertence a ele e que não deseja tornar público, nesse contexto representam a necessidade de uma pessoa em preservar o íntimo de suas vidas, possibilitando que o indivíduo possa ter sua personalidade livre da invasão ou ingerência de terceiros.

5.6 Direito à honra

A honra é tida por muitos como a razão fundamental de um homem para sua existência, durante muito tempo foi considerada até mesmo como motivo para matar outro, como por exemplo, em casos de crimes passionais, onde por muito tempo foram absorvidos réus que matavam suas esposas por adultério alegando legítima defesa da honra. Hoje já não é mais utilizada nesse sentido, porém, a honra continua sendo considerada um bem jurídico do



www.conteudojuridico.com.br

homem, um direito inato de sua personalidade, sendo única e intransferível. Cupis (2008, p. 125) afirma que “pelo simples fato do nascimento, toda a criatura humana tem em si mesma o bem da própria honra [...]”. Corroborando com o autor, Bittar (2008) afirma ser um direito fundamental à composição da personalidade de um indivíduo.

Deve-se destacar que existem discussões doutrinárias acerca da honra como um direito de personalidade e inato ao homem, não sendo fácil conceituá-la, cabendo ao Estado apenas o dever de reconhecê-la como tal. Buscando conceituar honra, Guerra (2004, p. 49) destaca que é o “direito de não ser molestado, injuriado, ultrajado ou lesado na sua dignidade ou consideração social”. Basicamente, pode-se dizer que atentar contra a honra de alguma pessoa é atentar contra sua imagem frente à sociedade.

De forma mais ampla, Cupis (2008, p. 122) remete a honra à dignidade da pessoa humana, afirmando que consiste na “dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa, [...] tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social [...]”.

Assim, visto que a honra é algo fácil de ser atentada, a jurisdição viu a necessidade de estabelecer uma proteção para a honra de cada sujeito, permitindo-lhes, assim, a inserção e ascensão social sem medo de ter sua honra ferida, devendo-se ressaltar que o direito da honra está revestido de todas as características que são atribuídas aos direitos de personalidade, intransmissibilidade, incomunicabilidade e inestimabilidade. (BITTAR, 2008).

Deve-se destacar também que, assim como os demais direitos de personalidade, o direito à honra não se trata de um direito absoluto, havendo algumas limitações para a sua tutela, como a possibilidade da invocação da conhecida exceção da verdade, o constrangimento quando derivado de ordem judicial e também a distorção para fins humorísticos (*animus jocandi*), desde que não ocorra ofensa à pessoa que ultrapasse os limites da comicidade. (BITTAR, 2008).

Sobre a utilização do direito à honra, Cupis (2008, p. 124) afirma que:

Garantindo sua dignidade mesmo se a esta não correspondem efetivamente virtudes pessoais; compete, então, à pessoa o direito de preservar a própria dignidade, mesmo fictícia e, portanto, também contra os ataques da verdade. Poder-se-ia, assim, falar



www.conteudojuridico.com.br

do direito ao segredo da desonra, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria.

Assim, percebe-se que a proteção da honra é um objetivo do ordenamento jurídico, sendo este um princípio fundamental personalíssimo, sendo considerado reduto primeiro da dignidade e suporte imprescindível para a sua plena realização.

5.7 Caso Glória Trevi e o conflito de direitos de personalidade: direito à intimidade x direito à honra

O caso Glória Trevi aconteceu no Brasil no ano de 2000 quando uma cantora mexicana foi presa no país. De acordo com Guerrero (2000) afirma que é uma das cantoras e apresentadoras mais polêmicas do México, sendo acusada de abuso sexual, corrupção de menores e sequestro em seu país natal, sendo procurada até mesmo pela Interpol, fugiu para o Brasil por achar que o país seria um esconderijo adequado.

Ao ser presa no Brasil foi parte de um escândalo que colocou em conflito os princípios constitucionais do direito à intimidade e do direito à honra. O caso tomou proporções nacionais e internacionais tratava-se de um suposto “estupro carcerário”, visto que engravidou durante o período que estava presa, ficando como suspeitos policiais. (STF, 2010)

A gravidez da cantora gerou polêmicas visto que informou ter sofrido estupro por parte de policiais federais que estavam responsáveis por sua guarda, os quais, prontamente negaram a acusação feita pela cantora.

O caso Glória Trevi, além de colocar em risco a integridade e a honra dos policiais federais envolvidos no caso, colocava em risco a própria reputação brasileira, visto que seus agentes, caso confirmada a acusação teriam cometido um absurdo atentado contra uma presidiária, um crime hediondo, podendo vir, inclusive, a ser levantadas suspeitas desse crime contra outras presidiárias.



www.conteudojuridico.com.br

Lane (2004) afirma que a suposta vítima na ocasião não representou os supostos autores do crime, o que impossibilita o Estado de promover uma ação penal contra os eventuais agressores, podendo os mesmos virem a sofrer sanções administrativas.

Todavia, sentindo-se lesados em sua honra, de acordo com Marmelstein (2008), os policiais federais solicitaram ao Poder Judiciário brasileiro autorização para que material genético fosse coletado a partir da placenta da cantora, no momento do parto, para que, assim, pudesse ser realizado um exame de DNA, que teria como finalidade instruir o inquérito policial aberto, sendo possível, com isso, apurar as acusações de estupro realizadas pela suposta vítima.

Na ocasião, a coleta foi deferida pela Justiça Federal brasileira com o objetivo de trazer provas para as acusações. Contudo, a suposta vítima foi totalmente contrária à coleta de material para o exame de DNA, não permitindo que qualquer material fosse colhido em seu parto. O Supremo Tribunal Federal brasileiro assumiu uma postura parcialmente favorável à cantora mexicana, por entender que dependia de autorização e que só poderia ser concedida por aquele Tribunal, visto que a suposta vítima estava sob custódia, aguardando o trâmite do seu processo de extradição.

Ao negar a coleta de material em seu parto, alegou que de acordo com a Constituição Federal brasileira estaria tendo seu direito à intimidade ferida, bem como uma lesão à sua intangibilidade corporal e, ainda, à dignidade humana.

Nesse momento, a cantora mexicana coloca em conflito dois direitos personalíssimos brasileiros, o direito à intimidade e o direito à honra, ambos decorrente do direito à dignidade humana, necessitando nesse momento da decisão do STF utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Dentre os argumentos apresentados a favor de Glória Trevi, de acordo com Lane (2004, p. 16) foram:

- Que a extraditanda goza enquanto pessoa humana e mãe o direito exclusivo de autorizar ou não a realização do exame material genético dela e de seu filho;



www.conteudojuridico.com.br

- Que a coleta à sua revelia de seu próprio material genético seria uma forte intromissão na sua intimidade e vida privada, direitos protegidos pela Constituição , art. 5º incisos X e XLIX;
- Que os precedentes jurisprudenciais (HC 76060 E HC 71373) consagram que em casos de exame de DNA, contra a vontade da pessoa, deve prevalecer o direito à intimidade.

Já os argumentos apresentados contra a cantora mexicana, Lane (2004, p. 17) informou:

- O exame de DNA é o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez de Glória Trévi e com isso apurar as possíveis responsabilidades administrativas e penais dos funcionários públicos;
- Os policiais federais que se encontravam trabalhando no plantão e na custódia da reclamante comprometeram-se espontaneamente a fornecer material genético para o exame;
- A mídia deu contornos nacionais ao caso questionando instituições como a Polícia Federal, a Justiça e o Governo Brasileiro para os esclarecimentos dos fatos;
- Há o interesse do outro país, México, posto que relações internacionais entre os países foram acionadas para a resolução da questão;
- Estão envolvidos 50 policias e 11 detentos e ex-detentos com o interesse de buscar a verdade real em favor da defesa da honra e dignidade. Somente com a descoberta da real paternidade os demais envolvidos (e acusados) poderão se livrar do grave encargo moral que injustamente viram recair sobre seus nomes (tidos como estupradores pelo senso comum), com consequências funestas do ponto de vista pessoal, familiar, profissional e social. Além disso, que quantitativamente e qualitativamente, o direito à intimidade da extraditanda é numérica e substancialmente inferior dos 61 injustiçados e da criança acerca de sua paternidade;



www.conteudojuridico.com.br

- Há convergência entre os direitos do nascituro (a sua determinação genética) com os 61 homens;
- Não há qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, considerada como “lixo biológico”.

Diante dos argumentos apresentados contra e a favor de Glória Trevi o STF decidiu por maioria de votos preservar a honra dos policiais federais, utilizando-se o princípio da proporcionalidade o direito à honra nesse caso foi superior ao direito à intimidade. Foi realizado exame de DNA para se confirmar ou excluir a paternidade da criança pelos acusados, onde foi verificado que a mesma é oriunda de um relacionamento com o namorado da artista, restando ainda esclarecer a forma que se deu a concepção que ainda é um mistério conforme ressalta Marmelstein (2008).



www.conteudojuridico.com.br

CONCLUSÃO

A presente monografia tem suma importância para a prática jurídica, sobretudo nos casos de complexidade aguçada, onde o princípio da proporcionalidade é oportunamente aplicado nas colisões de direitos fundamentais.

Para que haja um bom entendimento acerca do tema estudado foi imprescindível um estudo profundo sobre o princípio da proporcionalidade e a colisão de direitos fundamentais.

O trabalho tem início com um estudo sobre a interpretação constitucional tradicional fundamentada num modelo de regras, aplicáveis através da subsunção, cabendo a interpretação desvendar o sentido das normas fazendo com que incidam no caso concreto. Os juízos são formulados de fato e não de valor. Assim, a função criativa do Direito não é tocada, somente é uma atividade de conhecimento técnico. Neste âmbito convencional a solução de grande parte dos problemas jurídicos é solucionada. Contudo, não é sempre que é capaz de lidar com as questões constitucionais, sobretudo na colisão de direitos fundamentais.

Na sequência discorreu-se acerca da nova interpretação constitucional que se baseia no modelo de princípios, aplicáveis através de ponderação, sendo a interpretação oriunda da interação entre fato e norma e realização de escolhas fundamentadas, conforme os limites e possibilidades do sistema jurídico, objetivando a solução correta para o caso concreto. Desta forma, a perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias básicas para normatividade dos princípios, ponderação de valores e a teoria da argumentação.

Um excelente instrumento de soluções entre os direitos fundamentais é o princípio da proporcionalidade que vem da hermenêutica constitucional. Pois através dele, o julgador do caso concreto se limita a um raio de determinado direito, com o objetivo de abranger com efetividade a um outro também fundamental.

Conforme o caso da cantora mexicana Glória Trevi que foi estudado nesta monografia, onde a mesma durante um período presa no Brasil pela Polícia Federal acusou policiais de terem a estuprado e que o filho que esperava era de um deles, sentindo-se lesados os policiais entraram com pedido de exame de DNA visando constatar que o informado não havia



www.conteudojuridico.com.br

acontecido. Alegando direito a intimidade, Glória Trevi se recusou a fazer o exame, em contraponto os policiais exigiram exame alegando o direito à honra. Utilizando a técnica de sopesamento do princípio da proporcionalidade o juiz considerou que o direito a honra se sobressai frente ao direito à intimidade, com essa decisão Glória Trevi foi obrigada a fazer o exame constatando-se que o filho que a mesma esperava, não era de nenhum dos policiais e sim de um namorado.

Conclui-se com o estudo que as colisões de direitos fundamentais devem ser solucionadas através da aplicação do princípio da proporcionalidade, visando alcançar solução justa e adequada ao caso concreto. Para que isso seja aplicado de forma correta e justa, deve-se levar em conta o sistema constitucional de cada Estado.



www.conteudojuridico.com.br

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

BECK, Ulrich, **O que é a globalização. Equívocos do globalismo. Respostas à globalização, Paz e Terra**. Rio de Janeiro 1999.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Aspectos Gerais do Controle de constitucionalidade**. Universidade Estadual Paulista, 2001.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa**. Campinas: Millennium Editora, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina 1991.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.



www.conteudojuridico.com.br

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direito Constitucional.** 6ª edição. Portugal. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONARI, Paulo César. **A construção de um Sistema Nacional de Direitos Humanos. Assembléia Legislativa Gaúcha. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. Relatório Azul 2004: Garantias e Violações dos Direitos Humanos.** Edição Comemorativa de 10 anos. Porto Alegre: Corag., 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Efeitos da inconstitucionalidade da lei.** Revista Esmafe, Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife – Pe, nº 8, 2004.

DIÁRIO DO NORDESTE. Festa do Escargot agita o fim de semana. Diário do Nordeste Tur, 2008. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/suplementos/tur/festa-do-escargot-agita-o-fim-de-semana-1.322139> Acesso em: maio/2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 9. ed.. Salvador: JusPodivm, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e direitos fundamentais.** 2003.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 2ªed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos Gênese dos Direitos Humanos.** Volume 1. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Autoridade em Publicações Jurídicas 2009, p. 37. Disponível em: <<http://www.iobonlinejuridico.com.br>> Acesso em: novembro/2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 3 ed. RT: Forense, 2009.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **Razoabilidade na Interpretação.** In: Revista Visão Jurídica, edição nº 62. Editora Scala: São Paulo, 2011.

MORAES, Alexandre, **Curso de Direito Constitucional.** 9º ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001.



www.conteudojuridico.com.br

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

PEIXOTO, Maria de Lourdes Seraphico. “Considerações a respeito da interpretação da norma constitucional. O papel da pré-compreensão” in **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, 1999.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. Estado, regulação social e controle democrático. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira (Orgs.). **Política Social e Democracia**. Rio de Janeiro: Cortez, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil**. Brasília, 2000.

PNDH, **Programa Nacional de Direitos Humanos**. 1995. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh/pndh1.pdf> Acesso em: novembro/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição. **Revista da Ajuris**, 1996.

SCHWENCK, Terezinha. **Os novos direitos**. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2566>. Acesso em: novembro/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.