

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1070

(Ano XIV)

(05/02/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

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, 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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A violência de gênero como uma violação de direitos humanos no Brasil e na Espanha

Benigno Núñez Novo, 07.

ARTIGOS

A teoria da decisão judicial de Duncan Kennedy e o juiz do trabalho

Elisa Maria Secco Andreoni, 22.

O federalismo cooperativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Geovanny Matsumoto de Almeida Santos, 32.

O tempo e o espaço no trabalho operário enquanto patrimônio cultural: uma reedição histórica da Vila de Marzagão, distrito de Carvalho de Brito, sudoeste de Sabará - MG

Vagner Luciano de Andrade, 34.

Tomada de decisão apoiada: Uma análise sobre sua aplicação em relação aos negócios jurídicos realizados por pessoas com deficiência

Lais Mary Dal Molin Folador, 114.

A (im)possibilidade da análise da prescrição do título ou documento de dívida pelo tabelião de protesto

Geovanny Matsumoto de Almeida Santos, 149.

A Regra do Prejuízo na Configuração da Nulidade no Processo Penal e sua (In)Compatibilidade com o Sistema Acusatório

Thiago Henrique Reis de Araújo Costa, 227.

Aplicação do princípio da não surpresa como garantia ao contraditório e ampla defesa no âmbito administrativo

Flávio Alves do Nascimento e Graciela Maria da Costa Barros, 255.

Menino ou menina? A escolha do sexo nos procedimentos de reprodução humana assistida

Daniela Gislaíne Abrahão, 276.

Verbas peculiares do atleta profissional e sua integração no contrato de trabalho

Beatriz Victória de Diego Terzini, 304.

Reflexão sobre o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico e o fechamento operacional

Lucas Trompieri Rodrigues, 315.

A evolução do Federalismo e a centralização: o papel da Justiça Constitucional na delimitação da estrutura federativa

Leonardo Guimarães Perego, 326.

Da incompatibilidade da imposição forçosa, aos nubentes septuagenários, do regime de separação de bens com o ordenamento jurídico brasileiro, sob uma perspectiva legal, constitucional e jurisprudencial

Victor Lacerda de Figueirêdo, 354.

Observatório do meio ambiente do Poder Judiciário: uma política de efetivação da democratização da informação ambiental e educação ambiental

Andreza Albuquerque Amore, 371.

Ações coletivas como mecanismo de implementação de políticas públicas. Judicialização ou ativismo?

Fernanda Henriques Goncalves Zoboli

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO UMA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E NA ESPANHA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. 1

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um breve estudo sobre a violência de gênero como uma violação de direitos humanos no Brasil e na Espanha.

PALAVRAS-CHAVE: Violência; Gênero; Violação; Direitos; Humanos.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hacer un breve estudio de la violencia de género como violación de los derechos humanos en Brasil y España.

PALABRAS CLAVE: Violencia; Género; Violación; Derechos; Humanos.

ABSTRACT: This article aims to succinctly make a brief study of gender violence as a human rights violation in Brazil and Spain.

KEYWORDS: Violence; Gender; Violation; Rights; Humans.

INTRODUÇÃO

De modo geral, para as ciências sociais, o gênero se refere a um conjunto de atributos particulares da masculinidade e da feminilidade. Nesse sentido, entende-se que o gênero é uma construção social que não decorre de aspectos naturais.

A violência de gênero se define como qualquer tipo de agressão física, psicológica, sexual ou simbólica contra alguém em situação de vulnerabilidade devido a sua identidade

1 Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: benignonovo@hotmail.com

de gênero ou orientação sexual. Dessa forma, constata-se que as mais atingidas por essa coerção são pessoas do sexo feminino.

Dentro da noção de violência de gênero incluem-se atos como estupro, prostituição forçada, discriminação trabalhista, o aborto seletivo por sexo, violência física e sexual contra pessoas que exercem a prostituição, infanticídio com base ao gênero, castração parcial ou total, mutilação genital feminina, tráfico de pessoas, violações sexuais em guerras ou situações de repressão estatal, assédio e abuso sexual, entre eles o assédio de rua, padrões de assédio ou abuso em organizações masculinas, ataques homofóbicos e transfóbicos para pessoas ou grupos LGBTQIA+, o encobrimento e a impunidade dos crimes de gênero, a violência simbólica difundida pelos meios de comunicação de massas, entre outros.

Uma pesquisa bibliográfica e histórica sobre a violência de gênero como uma violação de direitos humanos no Brasil e na Espanha.

DESENVOLVIMENTO

Alcançar a igualdade entre os gêneros é um dos 17 objetivos na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), da qual o Brasil é signatário. O Brasil ocupa o 5º lugar no ranking de homicídio de mulheres e, somente no ano de 2017, foram registradas mais de 260 000 agressões a pessoas em razão de sua identidade de gênero.

A violência de gênero é um mal que afeta a dignidade e o bem-estar das vítimas bem como de toda a sociedade. Enfrentá-la é um compromisso que devemos assumir para garantir que todos tenham direitos essenciais.

As pessoas podem se identificar com gêneros diferentes dos que lhes foram atribuídos em seu nascimento, isso é conhecido como identidade de gênero. Já o sexo é definido pelas características biológicas congênitas que diferenciam homens e mulheres. Por fim, temos a sexualidade a qual corresponde à forma como o indivíduo pode, ou não, ser atraído de maneira sexual, ou romântica pelos gêneros.

1. DADOS SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL E NA ESPANHA

O Brasil é o 5º país no mundo em um grupo de 83 países em que se matam mais mulheres, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso). Entre 2003 e 2013, o número de mulheres mortas em condições violentas passou de 3.937 para 4.762, o que representou 13 feminicídios por dia, registrando um aumento de 21% na década. Para as mulheres negras, o índice foi ainda pior: os homicídios, nesse caso, aumentaram 54,2% no mesmo período, passando de 1.864 para 2.875 vítimas. (UNIFESP. **A prática da violência, especialmente no ambiente doméstico, deixa dolorosas cicatrizes emocionais e pode levar à morte.** Lu Sudré e Ana

Cristina Cocolo. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/index.php?option=com_k2&view=item&id=2589:brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Dossiê organizado por Benevides e Nogueira (2021) mostram que o Brasil em 2020 segue na liderança do ranking mundial de assassinatos de pessoas trans no mundo, posição que ocupa desde 2008, conforme dados internacionais da ONG Transgender Europe (TGEU). É importante ressaltar que a média dos anos considerados nesta pesquisa (2008 a 2020) é de 122,5 assassinatos/ano. Observando o ano de 2020, vemos que ele está 43,5% acima da média de assassinatos em números absolutos. O ano de 2020 revelou aumento de 201% em relação a 2008, o ano que apresentou o número mais baixo de casos relatados, saindo de 58 assassinatos em 2008 para 175 em 2020. Mesmo durante a pandemia, os casos tiveram aumento significativo de acordo com o publicado nos boletins bimestrais ao longo de 2020. (Revista Híbrida. Em 2020. Brasil continua líder mundial em assassinatos de pessoas trans. Disponível em: <<https://revistahibrida.com.br/2020/11/17/em-2020-brasil-continua-lider-mundial-em-assassinatos-de-pessoas-trans/>>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Quase seis em cada dez mulheres em Espanha, o equivalente a 11,7 milhões de mulheres, foram vítimas de algum tipo de violência machista ao longo das suas vidas, de acordo com um inquérito publicado em Madrid. O estudo, da responsabilidade da Delegação do Governo contra a Violência de Gênero, com base em 9568 entrevistas, revela que 4,38 milhões de mulheres com mais de 16 anos sofreram violência física (21,5%) e 2,8 milhões violências sexuais (13,7%) em algum momento das suas vidas.

A sondagem também revela que 6,5 % das mulheres sofreram violência sexual fora do entorno familiar, 2,2 % foram violadas, 13,4 % sujeitas a violência física e 40,4 % foram vítimas de assédio sexual. No que diz respeito à vida em casal, quase três milhões de mulheres (14,2%) sofreram violência física ou sexual no contexto de uma relação atual ou passada, e 31,9% foram vítimas de violência psicológica.

No total, 57,3% das mulheres foram vítimas de algum tipo de violência machista na Espanha, um país que tem cerca de 47 milhões de habitantes, considerando que a violência analisada varia desde a violência de gênero em família, à violação, assédio sexual e assédio repetido, até à violência psicológica. (JN/Agências. **Quase seis em cada dez mulheres em Espanha foram vítimas de violência.** Disponível em: <<https://www.jn.pt/mundo/quase-seis-em-cada-dez-mulheres-em-espanha-foram-vitimas-de-violencia--12709986.html>>. Acesso em: 03 jan. 2022)

ONU condena Espanha a indenizar mulher pela violência obstétrica sofrida durante o parto. Mais de dez anos depois, Sandra finalmente conseguiu o reconhecimento de que o que aconteceu com ela no parto da primeira filha não foi normal, embora ainda seja

habitual. Os dez toques vaginais, a indução com ocitocina e a episiotomia, entre outros procedimentos desnecessários e sem consentimento aos quais foi submetida, representaram violência obstétrica, uma forma de violência de gênero reconhecida pela ONU, "que lhe causou um trauma físico e mental duradouro". E quando recorreu à Justiça espanhola para denunciar a violação de seus direitos, encontrou "estereótipos de gênero e discriminação", segundo uma resolução do Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW na sigla em inglês), que condenou a Espanha a indenizar esta mulher. Além disso, insta o Estado a formar profissionais de saúde e juízes para evitar essas situações e fazer estudos para dar visibilidade ao problema e orientar as políticas públicas. (EL PAÍS. ONU condena Espanha a indenizar mulher pela violência obstétrica sofrida durante o parto. CECILIA JAN, Madri - 12 MAR 2020 - 20:00 BRT. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-03-12/onu-condena-espanha-a-indenizar-mulher-pela-violencia-obstetrica-sofrida-durante-o-parto.html>>. Acesso em: 03 jan. 2022)

2. A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL DE PROTEÇÃO A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)

Os direitos das mulheres passaram a integrar as discussões públicas no século XVIII, quando eclodiu a Revolução Francesa, em 1789, exigindo por liberdade, igualdade e fraternidade. A revolução impulsionou diversos questionamentos em relação aos direitos civis e políticos da humanidade.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, doravante denominada Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher, ratificada pelo Brasil em 1984. A Convenção fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar/erradicar a discriminação e a de assegurar/garantir a igualdade.

PARTE I

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro

de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Os artigos I e XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante “a Declaração Americana” ou “Declaração”) e os artigos 5 e 7 da Convenção Americana protegem o direito à segurança pessoal, o direito à integridade pessoal e o direito de toda pessoa a não ser submetida a detenções arbitrárias e ilegais. Além disso, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da OEA em 1985 e ratificada por 18 Estados Membros, estabelece as obrigações dos Estados de prevenir, investigar, punir e reparar atos de tortura. Segundo este tratado, os Estados Partes devem adotar medidas para enfatizar a proibição da tortura em capacitações de agentes da polícia e de outros funcionários públicos responsáveis pela custódia de pessoas privadas de liberdade, de forma provisória ou definitiva em interrogatórios, detenções ou capturas. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022)

De acordo com a **Convenção Americana**, todos os seres humanos podem gozar e exercer todos os direitos em condições de igualdade, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Conforme determinou a Corte Interamericana, dentro da proibição de discriminação por orientação sexual devem estar incluídas, como direitos protegidos, “as condutas no exercício da homossexualidade”. A Comissão e a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão consideram que esta lógica também deve ser aplicada à expressão da identidade de gênero de uma pessoa. A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH observou que **o artigo 13 da Convenção Americana compreende o direito das pessoas de expressar sua orientação sexual e identidade de gênero, e que este tipo de expressão goza de um nível especial de proteção, conforme os instrumentos interamericanos, na medida em que se relaciona com um elemento integral da identidade e da dignidade pessoal.**

Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero.

A Convenção Europeia de 1950, em seu artigo 14, acolhe a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem

nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação”. (Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26), abaixo transcritos:

"ARTIGO 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

"(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo". (BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022)

É o que se reconhece no constitucionalismo contemporâneo, ao se insculpir o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio também é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (10.12.1948):

"PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1.

Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". (ONU. Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Em 1932, o sufrágio feminino foi garantido pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro: uma vitória da luta das mulheres que, desde a Constituinte de 1891, pleiteavam o direito ao voto. Essa conquista só foi possível após a organização de movimentos feministas no início do século XX, que atuaram intensa e exaustivamente no movimento sufragista, influenciados, sobretudo, pela luta das mulheres nos EUA e na Europa por direitos políticos.

A Constituição brasileira de 1934 proibiu diferenças de salários para um mesmo trabalho por motivo de sexo; Proíbe o trabalho de mulheres em indústrias insalubres; Garante assistência médica e sanitária à gestante e descanso antes e depois do parto, através da Previdência Social.

Em 27 de agosto, a Lei nº 4.212/1962 permitiu que mulheres casadas não precisassem mais da autorização do marido para trabalhar. A partir de então, elas também passariam a ter direito à herança e a chance de pedir a guarda dos filhos em casos de separação. No mesmo ano, a pílula anticoncepcional chegou ao Brasil. Apesar de ser um método contraceptivo bastante polêmico, por influenciar os hormônios femininos, não dá para negar que o medicamento trouxe autonomia à mulher e iniciou uma discussão importantíssima sobre os direitos reprodutivos e a liberdade sexual feminina.

Os anos 70 foram marcantes para o movimento feminista internacional. O fortalecimento das lutas das mulheres permitiu que 1975 fosse declarado o Ano Internacional das Mulheres, quando a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas organizou a Primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres, na Cidade do México. Tal foi o impacto desse encontro que os anos de 1976 a 1985 compreenderam um período denominado “a década da mulher”. Nesse momento, estabeleceram-se os alicerces de uma teoria feminista, destinada a compreender as origens e as causas das desigualdades entre os sexos.

Até o dia 26 de dezembro de 1977, as mulheres permaneciam legalmente presas aos casamentos, mesmo que fossem infelizes em seu dia a dia. Somente a partir da Lei nº 6.515/1977 é que o divórcio se tornou uma opção legal no Brasil. Porém, é importante ressaltar que anos após a validação da lei, as mulheres divorciadas permaneciam vistas com maus olhos pela sociedade. Esta pressão social fez muitas mulheres optarem por casamentos infelizes e abusivos em vez de pedirem o divórcio.

Em 1985 é criada a Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher (DEAM) surge em São Paulo e, logo depois, outras unidades começam a ser implantadas em outros estados. Essas delegacias especializadas da Polícia Civil realizam, essencialmente, ações de proteção e investigação dos crimes de violência doméstica e violência sexual contra as mulheres.

Constituição Federal Brasileira de 1988

A Constituição Federal em seus princípios constitucionais protege de maneira inequívoca e explícita o direito à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos.

Em razão desses princípios que são, inclusive, base dos direitos humanos, é possível compreender que aos transexuais faz jus o respeito de maneira plena e íntegra, assim como aos demais cidadãos, sem sofrerem com qualquer tipo de diferença que prejudique ou menospreze o grupo. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022)

2ª Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena) - 1993

Realizada em Viena em 1993, esta foi a segunda conferência do ciclo realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) na década de 1990. De acordo com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tanto a Declaração como o Programa de Ação aprovados em Viena enfatizam as responsabilidades dos Estados de proteger e promover os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião.

A conferência fez história ao aprovar a resolução de que os direitos das mulheres e das meninas são parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais e explicitar que a violência contra as mulheres constitui violação dos direitos humanos. Segundo a Declaração de Viena: “a participação plena e igual das mulheres na vida política, civil, econômica, social e cultural, a nível nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos prioritários da comunidade internacional”.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994, constitui-se no marco histórico internacional na tentativa de coibir a violência contra a mulher. (BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Outro fato fundamental para a promulgação da Lei foi a história pessoal de Maria da Penha Fernandes. Em 1983, seu marido à época atirou contra ela enquanto dormia, o que resultou na sua paraplegia. Duas semanas depois de voltar do hospital, o mesmo homem tentou eletrocutá-la. A condenação ocorreu apenas em 2002, da qual decorreram dois anos de prisão. Ao recorrer à Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo em vista a impunidade e a morosidade da resposta judicial às tentativas de homicídio que sofreu, Maria da Penha obteve a condenação do Estado brasileiro por omissão e negligência no enfrentamento à violência conjugal.

Na oportunidade da condenação, a OEA recomendou que medidas de enfrentamento à violência fossem tomadas pelo Estado brasileiro para inibir as agressões domésticas contra as mulheres, orientando o País a implantar as seguintes medidas: a) capacitação e sensibilização de policiais e servidores da Justiça; b) simplificação dos

procedimentos judiciais penais para promover celeridade; c) estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares; d) multiplicação de delegacias de mulheres; e) inclusão da temática nos planos pedagógicos.

A Lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006 pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Com 46 artigos distribuídos em sete títulos, ela cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal (art. 226, § 8º) e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro (Convenção de Belém do Pará, Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher). (BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Em junho, a Lei nº 13.836/19 tornou obrigatório informar quando a mulher vítima de agressão doméstica ou familiar é pessoa com deficiência. Em 2020, a Lei nº 13.984/20 estabeleceu obrigatoriedade referente ao agressor, que deve frequentar centros de educação e reabilitação e fazer acompanhamento psicossocial.

Em vigor há seis anos, a Lei do Femicídio prevê circunstância qualificadora do crime de homicídio e inclui o feminicídio no rol dos crimes hediondos. A lei considera o assassinato que envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022)

Mujeres Libres (no português Mulheres Livres) foi uma organização anarquista e feminista espanhola criada oficialmente em 1936, atuando até fevereiro de 1939. A Mulheres Livres foi criada por militantes do movimento anarcossindicalista espanhol. Suas fundadoras atuavam principalmente na CNT (Confederación Nacional del Trabajo), entidade que reunia os sindicatos espanhóis dessa orientação política. O que as levou a estabelecer uma organização própria foi o fato de que, embora o movimento anarcossindicalista na Espanha fosse formalmente comprometido em promover a

igualdade entre mulheres e homens e alcançar um tratamento equitativo para ambos no ambiente de trabalho e na sociedade, não estava trabalhando para isso na prática.

A organização pretendia empoderar as mulheres para assumirem, ao lado dos homens, um lugar nos sindicatos, no ambiente profissional e na sociedade. Elas acreditavam que apenas com uma organização própria, atuando de maneira auto-organizada, as mulheres poderiam se ver como capazes de participar do movimento como iguais e, por consequência, ser tratadas dessa forma pelos homens.

Após anos de intensa luta, o Parlamento Republicano espanhol aprovou uma emenda constitucional que reconhecia o direito ao sufrágio às mulheres em outubro de 1931, porém elas tiveram que esperar até 19 de novembro de 1933 para poder votar. Após esta votação histórica de 1933 as mulheres só puderam votar novamente em 1936, onde meses mais tarde chegaria o golpe de Estado, a Guerra Civil e posterior, 40 anos de ditadura que aboliram o voto livre a todos os espanhóis, aos quais não puderam voltar a votar até o ano de 1977, após a morte de Francisco Franco.

No caso da Espanha, três fatores foram fundamentais para a iniciativa de aprovar a Ley Integral: o trabalho dos grupos feministas; a atenção dos meios de comunicação aos casos de violência contra as mulheres e a atuação das instituições públicas, mais sensíveis ao tema, porém incapazes de enfrentar o problema sem a existência de uma lei específica.

A lei espanhola (Lei Orgânica 1/2004) estabelece medidas de proteção integrada contra a violência de gênero. A violência de gênero que se refere inclui qualquer ato de violência física e psicológica, incluindo os delitos contra a liberdade sexual, ameaças, coerção ou privação arbitrária de liberdade. (ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2004. Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1>>. Acesso em: 03 jan. 2022)

A Agenda 2030 da ONU

A Agenda 2030 da ONU é um plano global de ação para enfrentar algumas das questões mais urgentes que afligem nossos tempos. Iniciada em 2015, por meio de um acordo firmado entre os 193 estados membros das Nações Unidas, é vista hoje como uma oportunidade histórica para moldar positivamente as sociedades de amanhã.

O ODS 5 é importante para o avanço em igualdade de gênero no mundo, uma vez que as mulheres ainda sofrem violência, discriminação e não recebem oportunidades adequadas em diversos setores. Portanto, a iniciativa será a via para garantia do exercício de seus direitos de forma igualitária.

Em apoio à Agenda 2030, a ONU Mulheres lançou a iniciativa global “Por um planeta 50-50 em 2030: um passo decisivo pela igualdade de gênero”, com compromissos

concretos assumidos por mais de 90 países. Dentre as ações do Planeta 50-50, salientam-se novas leis e o fortalecimento de direitos conquistados pelas mulheres.

CONCLUSÃO

Várias são as formas de agressões que sofrem as classes mais oprimidas, como as mulheres e os LGBTQIA+. O modelo de família patriarcal tem grande influência sobre a violência de gênero, tendo em vista que ela se dá geralmente pelos maridos, pais ou irmãos. No entanto, o direito das mulheres e das pessoas com orientação sexual diversa vive em constante evolução em razão dos ativistas que lutam por igualdade de gênero, por direitos iguais e por uma vida mais digna, tendo forte incentivo da Organização das Nações Unidas que, internacionalmente, auxilia na conquista de direitos internos.

A violência de gênero é um fenômeno universal, que se materializa de múltiplas formas, portanto, não tem base fixa, na macro e na micropolítica, em decorrência da inserção de sujeitos em relações desiguais de gênero. Parece haver um consenso internacional de que a violência de gênero é uma violação dos direitos humanos, consignado na Declaração e no Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, ratificado e ampliado na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. Brasília, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019.** Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13836.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020.** Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

EL PAÍS. **ONU condena Espanha a indenizar mulher pela violência obstétrica sofrida durante o parto.** CECILIA JAN, Madri - 12 MAR 2020 - 20:00 BRT. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-03-12/onu-condena-espanha-a-indenizar-mulher-pela-violencia-obstetrica-sofrida-durante-o-parto.html>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

JN/Agências. **Quase seis em cada dez mulheres em Espanha foram vítimas de violência.** Disponível em: < <https://www.jn.pt/mundo/quase-seis-em-cada-dez-mulheres-em-espanha-foram-vitimas-de-violencia--12709986.html>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

UNIFESP. **A prática da violência, especialmente no ambiente doméstico, deixa dolorosas cicatrizes emocionais e pode levar à morte.** Lu Sudré e Ana Cristina Cocolo. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/index.php?option=com_k2&view=item&id=2589:brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>. Acesso em: 03 jan. 2022.

ONU. Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

Revista Híbrida. Em 2020. **Brasil continua líder mundial em assassinatos de pessoas trans.** Disponível em: <<https://revistahibrida.com.br/2020/11/17/em-2020-brasil-continua-lider-mundial-em-assassinatos-de-pessoas-trans/>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE DUNCAN KENNEDY E O JUIZ DO TRABALHO

ELISA MARIA SECCO ANDREONI:

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Juíza do Trabalho do TRT da 2ª Região. Professora Universitária das Faculdades Metropolitanas Unidas.

RESUMO: A decisão judicial sempre suscitou estudos por parte da Teoria Geral do Direito, e inúmeras teorias surgiram no sentido de verificar em que consiste a tomada de decisão pelos juízes. Neste artigo, suscita-se, com base na aplicação do direito pelos juízes, até que ponto eles devem apenas aplicar a lei conforme elaborada pelo legislador, sem qualquer acréscimo valorativo a partir de sua interpretação da norma, bem como se é possível esse trabalho sem qualquer ideologia. No presente estudo, propõe-se um comparativo entre a teoria de Duncan Kennedy e a decisão judicial trabalhista no Brasil. Para tanto, busca-se verificar, sob a ótica da teoria do referido autor e dos *Critical Legal Studies*, como a aplicação dos direitos sociais influencia na tomada de decisão pelos juízes do trabalho e se os juízes do trabalho conseguem atuar sem qualquer ideologia.

Palavras-chave: Teoria Geral do Direito. Decisão judicial. Duncan Kennedy. Juiz do trabalho.

ABSTRACT: The court decision has Always given rise to studies by the General Theory of Law. Numerous theories have emerged in order to verify what decision-making by judges consists of. Based on the application of the law by the judges, the extent to which they should only apply the law as elaborated by the legislator, without any value addition from their interpretation of the norm, and whether this work without any ideology is possible. In the present study, we are going to make a comparison between Duncan Kennedys theory and the labor court decision in Brazil. We will seek to verify how the application of social rights influences the decision-making process by labor judges. In the case of the application of Labor Law, and from the perspective of Duncan Kennedy's theory and Critical Legal Studies, if labor judges manage to act without any ideology.

Keywords: General Theory of Law. Court decision. Duncan Kennedy. Labor Judge.

INTRODUÇÃO

O estudo da Teoria Geral do Direito é imprescindível para a análise de qualquer ramo do Direito, e parte desses estudos se volta para a teoria da decisão judicial. Porém,

quando lidamos com um campo específico, como o Direito do Trabalho, vemos que os caminhos a percorrer não se limitam à análise fria da aplicação da lei, mas abarcam também a verificação da presença de ideologias que permeiam cada área. No caso específico desta análise, vamos nos valer das teorias de Duncan Kennedy, professor de Harvard, nos Estados Unidos, desde 1996, e Carter (catedrático) *Professor of General Jurisprudence* (DUNCAN KENNEDY, 2021). O docente é considerado um dos principais representantes dos *Critical Legal Studies* (doravante CLS), sendo inclusive seu membro fundador.

Estudar as teorias de Duncan Kennedy sob o enfoque da legislação trabalhista no Brasil é um desafio até que confortável, na medida em que a esse ramo do Direito já está atrelado, por si só, um forte caráter ideológico, tendo em vista seu viés protetivo. Assim, o Direito do Trabalho tem a peculiaridade de ser criado com base em princípios protetivos, que pendem a um dos lados da relação jurídica, com o objetivo de justamente, a partir desse desequilíbrio, equiparar as relações jurídicas e impedir injustiças.

Nesse horizonte, o juiz do trabalho tem em mãos um arcabouço legal que visa à correção de desigualdades. Embora a criação das teorias dos CLS tenha se fundado no sistema de direito norte-americano, baseado no *Common Law*, ela se desenha como uma importante teoria para análise da decisão judicial trabalhista também em nosso país. A análise que se faz, portanto, a partir da teoria dos *Critical Legal Studies* e, mais especificamente, da teoria de um dos seus maiores representantes, Duncan Kennedy, é a base para a reflexão sobre quais os caminhos percorridos pelo juiz do Trabalho na aplicação da lei em suas sentenças, tendo em vista as peculiaridades desse ramo do Direito.

1 O DIREITO DO TRABALHO E SUA ORIGEM: UM BREVE RELATO

Não obstante as diversas teorias de que o Direito do Trabalho surgiu da necessidade de o Estado intervir no liberalismo exacerbado, a fim de que houvesse proteção mínima aos trabalhadores diante do antagonismo entre capital e trabalho, isso não se deu de uma hora para outra: ocorreu uma sucessão de fatos, por mais de um século, para que se chegasse à construção teórica de um Direito que corrigisse as injustiças decorrentes do modelo de produção capitalista (SOUTO MAIOR, 2011). É nesse cenário que a legislação trabalhista se desenvolveu tendo um forte caráter protetivo, pois, como afirma Alice Monteiro de Barros, “o cunho humanitário da intervenção estatal refletiu no aparecimento do Direito do Trabalho de praticamente todos os povos” (BARROS, 2006, p. 61).

Até o final do século XIX, a legislação trabalhista estava inserida no contexto do Direito Civil, eis que as relações jurídicas eram entabuladas através de contratos, pressupondo igualdade entre as partes. Conforme Souto Maior (2011),

A legislação trabalhista inserida no contexto do Direito vigente (o Direito Civil), cujos pressupostos teóricos eram estabelecidos a partir

do respeito à liberdade contratual, favorecendo a compreensão de que as obrigações jurídica só se estabeleciam pelo instituto do contrato, mantinha a lógica de que a utilização da força de trabalho na produção industrial era apenas o resultado inevitável de ajustes de vontade, livremente manifestas entre pessoas pressupostamente iguais, impossibilitando a visualização da injustiça, já que a cada um era dado o destino determinado por sua competência. (SOUTO MAIOR, 2011, p. 228)

Diversos fatores influenciaram na mudança dessa visão estritamente contratual das relações de trabalho. Tais mudanças decorreram, entre outros fatores, das revoluções industriais e dos movimentos revolucionários, como a Revolução Russa, de 1917, cuja ação repercutiu no mundo do trabalho, como o “primeiro ato da Revolução proletária” (SOUTO MAIOR, 2011, p. 229). Assim, a partir do início do século XX, diversas leis trabalhistas emergiram em vários países, fazendo surgir ainda o chamado Constitucionalismo Social, decorrente da previsão nas Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919.

O estudo da evolução legislativa trabalhista no Brasil também leva à constatação de luta de trabalhadores. No início do século XX, apenas em São Paulo, ocorreram 108 greves. Normas de proteção aos trabalhadores passaram a ser criadas em inúmeras atividades, tanto no trabalho urbano como no rural, prevendo limitação de jornadas, vedação do trabalho de menores de 12 anos, criação de sindicatos, instituição de Caixa de Aposentadoria e Pensões (SOUTO MAIOR, 2017). O que interessa ter em mente é que o Direito do Trabalho, desde sua origem, tem forte sentido protetivo, assim como se verifica em todos os ramos do Direito que visa à proteção de minorias.

Atualmente, o Direito do Trabalho, conforme previsto na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e em leis esparsas, vem sofrendo forte pressão no sentido de sua flexibilização, sob o fundamento de que o Brasil precisa modernizar sua legislação, adequando-se ao mercado externo. Como reflexo disso, a partir da Lei 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, houve a alteração de diversos artigos da CLT, com a finalidade de flexibilizar a legislação trabalhista; entretanto, algumas normas já foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do *caput* do art. 790-B da CLT e de seu parágrafo 4º (BRASIL, 2017). Assim, a partir desse breve panorama, onde se percebe a forte tensão entre capital e trabalho, é que faremos uma análise da atuação do juiz do trabalho com base nas teorias de Duncan Kennedy e os *Critical Legal Studies*.

2 DUNCAN KENNEDY E OS *CRITICAL LEGAL STUDIES* (CLS)

Conforme já referido, Duncan Kennedy foi um dos fundadores dos *Critical Legal Studies* (CLS) e ocupou um importante papel na Teoria Geral do Direito, visto a sua crítica

às teorias tradicionais. A visão do docente, baseada em ideias fenomenológicas e estruturalistas, com influência de Karl Marx, Michel Foucault, Claude Lévi-Strauss, Ferdinand de Saussure e Jean Piaget, promoveu a ampliação de possibilidades de interferência no estudo jurídico (SAKR, 2014).

O movimento dos CLS teve origem no momento vivido pelos norte-americanos no final dos anos 60 e início dos anos 70, uma época marcada por forte agitação social, decorrente da Guerra do Vietnã, e pela presença dos movimentos pelos direitos civis. Em decorrência disso, surgiram movimentos estudantis, constituídos por ativistas e professores de Direito, tidos como rebeldes, que se propuseram a transformar as posições tradicionais do Direito no campo da política e da cultura norte-americana (KENNEDY, 2010). As teorias dos CLS visaram a atender a ramos específicos do Direito, tais como os de direitos trabalhistas, direito de família, direitos de danos. Entre todos eles, havia um objetivo comum: apontar a

pretendida objetividade e neutralidade do discurso jurídico como uma máscara: longe de exercer uma mera função técnica de regulação e coordenação e conduta, o direito moderno contribui ativamente para suporte de um particular regime econômico e político liberal (e das injustiças que este encarna).² (KENNEDY, 2010, p. 13, tradução nossa)

Assim, passou-se a questionar, a partir das teorias dos CLS, a alegada neutralidade da decisão judicial, ou seja, a total ausência de ideologia por parte do julgador. Para Kennedy, o trabalho jurídico ideologicamente orientado se distingue do trabalho legislativo ideologicamente orientado. Segundo o autor (2010), os juízes não só se sentem compelidos pelos materiais jurídicos a alcançarem determinadas soluções, não levando em conta suas próprias preferências legislativas ou mesmo indo contra elas, como também aspiram a que suas decisões não tenham caráter ideológico. Nesse sentido,

Em cada caso, a decisão judicial funciona para assegurar interesses ideológicos particulares, interesses gerais de classe da intelectualidade relacionados com o status quo social e econômico. Trata-se do efeito de moderação, efeito de empoderamento e efeito de legitimação.³ (KENNEDY, 2010, p. 29, tradução nossa)

² la pretendia objetividad y neutralidad del discurso jurídico como una máscara: lejos de enjercer una mera función técnica de regulación y coordinación de conductas, el derecho moderno contribuye acitivamente al sostenimiento de um particular regimen económico y político Liberal (y de las inusticias que éste encarna).

³ En cada caso, la decisión judicial funciona para assegurar ya intereses ideológicos particulares, ya intereses generales de classe de la intelligentisia relacionados con el statu quo social y econômico. (Me

É nesse contexto que Duncan Kennedy faz a seguinte pergunta: como pode o juiz atuar ideologicamente? O autor (2010) afirma que é possível que o juiz adote uma atitude estratégica em relação aos materiais jurídicos, de forma com que estes signifiquem algo distinto do que a princípio pareciam significar, dando a eles um significado que exclua outros inicialmente possíveis. Para sua teoria, o juiz sempre pode adotar uma atitude estratégica com relação à lei, no sentido de tentar fazer com que uma interpretação particular das normas pareça ser a mais adequada. Ele constata, assim, que não há nenhuma previsão legal que impeça que os juízes se empenhem em apresentar a interpretação que lhes figure como a mais adequada, conforme sua ideologia (KENNEDY, 2010).

3 O DISCURSO DOS JUÍZES PERANTE SUAS SENTENÇAS

Em diversos países há evidentes disparidades ideológicas, tais como verificado no exemplo norte-americano, entre conservadores e liberais, ou como no Brasil, onde se verifica a dicotomia liberalismo *versus* protecionismo, direita *versus* esquerda (como ocorre na maioria dos países). Nesse horizonte, o estudo da teoria da decisão judicial se mostra emblemática, na medida em que o resultado da decisão pode repercutir perante a “plateia” do julgador, podendo ele ser tido como progressista ou conservador, de direita ou de esquerda.

Mas o que seria uma preferência ideológica do juiz? Kennedy (2010) esclarece que é uma tendência de eleger normas jurídicas associadas ao liberalismo ou ao conservadorismo, podendo a eleição ser de óbvio ou de difícil discernimento, ou ainda ser uma escolha reconhecida ou negada, inconsciente ou semiconsciente. No entanto, em seus estudos, o autor (2010) aponta que os juízes negam que estão atuando por motivos ideológicos. Segundo suas palavras,

Nas sentenças judiciais, os juízes sempre negam no sentido comum do termo, que estão atuando por motivos ideológicos. Ou seja, afirmam explicitamente que o resultado – o resultado que dão a um caso ao eleger uma particular resolução para uma questão de direito ou de definição de certas normas em lugar de outra – foi alcançado seguindo procedimentos interpretativos impessoais que excluem a influência de suas ideologias pessoais. Obviamente é uma convenção

referiré sumariamente a éstos como efecto de moderación, efecto de empoderamiento y efecto de legitimación).

e diz pouco sobre o que realmente está acontecendo.⁴ (KENNEDY, 2010, p. 36, tradução nossa)

Partindo da premissa de que os juízes negam, na maioria das vezes, que decidem ideologicamente, Duncan Kennedy faz uma curiosa classificação dos juízes, afirmando que há três tipos deles: o juiz ativista, o juiz mediador e o juiz bipolar. Para explicar sua classificação, o teórico se utiliza de alguns exemplos. No que se refere ao juiz ativista, este não teria efetivamente intenção de descumprir a lei; o que o classifica como um ativista é que esse juiz investe uma importante quantidade de energia e tempo na elaboração de uma interpretação jurídica diferente da que a princípio pareceria ser a melhor. Esse tipo de juiz, em uma primeira avaliação do caso concreto, tem clara noção da norma do ordenamento jurídico que deve ser aplicada; entretanto, se fosse o legislador, não teria criado referida norma, ou não lhe agrada sua aplicação.

Com base no Direito norte-americano, Kennedy (2010) afirma que o juiz ativista faz o mesmo em todos os casos em que o Direito lhe parece muito liberal, às vezes tendo êxito em sua escolha, às vezes não. Quando fracassa, elege sem rancores uma norma de sua preferência legislativa. Segundo o autor (2010),

Em outras palavras, qualquer que seja a norma que finalmente escolha aplicar ao caso, representará a melhor interpretação que tenha encontrado para o caso. Escreve sentenças que são formalmente jurídicas e que refletem sua honesta crença de que o direito exige o resultado que ele (o juiz) alcançou.⁵ (KENNEDY, 2010, p. 39, tradução nossa)

Na percepção de Kennedy (2010), esse juiz deve ser chamado de ativista porque tem uma motivação extrajurídica, qual seja, a obtenção de uma sentença justa. Ressalta ainda que esse juiz tem uma preferência por uma norma distinta da que deve ser aplicada ao caso concreto, o que não se confunde, contudo, com preferência por uma das partes.

Sobre o chamado juiz mediador, o jurista norte-americano afirma que sua postura é mais passiva do que a do ativista. Na sua visão, o juiz mediador tem uma percepção de

4 Em las sentencias judiciales, los juices siempre “niegan”, em el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman explicitamente que el resultado – el desenlace que le dan a un caso al elegir una particular resolución para una cuestión de derecho o de definición de ciertas normas em lugar de otras – fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologias personales. Obviamente, se trata de una convención y disse poco sobre lo que “realmente” está sucediendo.⁴

5 En otras palabras, cualquiera que se ala norma que finalmente elija aplicar al caso, representará la mejor interpretación que há podido encontrar para los materiales. Escribe sentencias que son formalmente “jurídicas” y que reflejan su honesta creencia de que el derecho “exige” el resultado que ella há alcanzado.

como os grupos de interesse perseguem conflitos ideológicos através de decisões judiciais. Assim, para o juiz mediador, entre a norma liberal e a norma conservadora, há uma série de posições moderadas, e ele opta por uma delas. O mediador é controlado pela ideologia, ainda que seja a ideologia dos outros; entre as posições ideológicas dos outros, opta pelo meio termo (KENNEDY, 2010).

Existe, ainda, na percepção de Duncan Kennedy (2010), o juiz bipolar. Segundo suas palavras, o juiz bipolar combina características dos outros dois tipos, no sentido de que às vezes trabalha duro para desenvolver uma posição liberal forte a respeito de um tema, assemelhando-se a um ativista, porém, em caso seguinte, da mesma maneira de um ativista, favorece com igual força uma posição oposta, em sentido conservador. Assim, esse tipo de juiz não assume compromisso formal com nenhuma das posições extremadas. Não se diz conservador ou liberal, porque a cada momento pende para um lado, mantendo, assim, sua suposta independência quanto a um ou outro campo ideológico. Nas palavras de Kennedy (2010, p. 43, tradução nossa), "as produções de outros definem as alternativas entre as quais flutua"⁶. Por isso, é bipolar. Assim, o juiz bipolar se difere do mediador, porque se deixa levar e participa ativamente de suas construções ideológicas, das quais ao mesmo tempo é independente. No entanto, conforme adverte o docente, a independência é outra forma de compromisso.

Em sua teoria, Duncan Kennedy traz o questionamento de que se, na hipótese de os juízes serem legisladores, eles agiriam do mesmo modo que agem sendo juízes. Conforme exposto por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2007):

Duncan Kennedy questiona se juízes fariam do mesmo jeito, e as mesmas coisas, se fossem legisladores. Para Kennedy a decisão judicial é apenas mera escolha, carregada fortemente com a negativa de si mesma, aceita e defendida por má fé matizada por profunda opção ideológica. Kennedy lembra-nos que na Europa o poder do juiz é menor do que nos Estados Unidos. Verdadeiro paradoxo, na medida em que os europeus têm um legislativo mais forte do que os norte-americanos. No continente europeu o juiz seria menos um pai e mais um agente. Para Kennedy (2010), a decisão judicial é mera escolha, carregada fortemente com a negativa de si mesma, aceita e defendida por má-fé, matizada por profunda opção ideológica.

4 O COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DO JUIZ DO TRABALHO

Conforme já expusemos, o próprio direito aplicado pelo juiz do trabalho tem forte caráter ideológico, seja no sentido de aplicar as normas protetivas, seja no de aplicar a

⁶ Las producciones de otros definen las alternativas entre las que él fluctúa.

literalidade de norma que restringe direitos dos trabalhadores. Assim, o juiz que, ao proferir decisão sobre determinado caso, interpreta a lei com base em suas preferências ideológicas, poderia fazê-lo? E o juiz que, ao interpretar a lei, dá a ela seu efeito literal, também não estaria agindo ideologicamente?

Muitos juízes trabalhistas são tidos como ativistas, no sentido de que propõem a interpretação que mais vai ao encontro da proteção da parte débil da relação jurídica, sob a pecha de que agem ideologicamente. No entanto, o juiz que aplica literalmente o dispositivo legal, mesmo que esse dispositivo vá de encontro aos princípios protetivos do Direito do Trabalho, não age ideologicamente? Percebemos que Duncan Kennedy tem a resposta.

Em seus estudos sobre a teoria da decisão judicial, Duncan Kennedy (2010) afirma que, para esses juízes (ativista, mediador e bipolar), não parece que a justiça de acordo com o direito signifique apenas a aplicação do direito. Segundo o autor, na aplicação do direito, os juízes podem ter duas posturas, em face do dilema resultante da aplicação da lei e das ideologias: a separação e a mediação. Na postura de separação, o juiz estabelece para si e para os outros que é neutro em termos ideológicos. Já na mediação, o juiz estabelece sua neutralidade, sendo um “centrista”, planejando sua solução de forma que não ofereça tudo o que é pleiteado para uma ou outra parte (KENNEDY, 2010).

Para o teórico (2010), quando é identificado o contraste entre a criação do direito e a aplicação do direito, consistente da dicotomia legislação *versus* decisão judicial, não se admite meio termo. A noção mais ampla de aplicação de interpretação jurídica faz com que se entenda que a decisão judicial implica tanto aplicar o direito como criar o direito, em que pesem as críticas a essa visão. O que tentamos apontar, no presente estudo, é que tanto o juiz que aplica a norma com esforço de fazê-la se adequar ao senso de justiça próprio ou esperado pela sociedade, quanto aquele que se afirma completamente neutro, ao aplicar a lei na sua literalidade, agem com base em uma ideologia própria ou de grupos determinados.

O Direito do Trabalho tem evoluído para um caminho de desconstrução de seu núcleo protetor, tanto por parte do juiz que faz um esforço de estratégia para aplicação da norma através de uma concepção de justiça, como por aquele que entende que o legislativo tem um papel distinto, sobre o qual o julgador não pode interferir. Ambos agem de maneira estratégica, pendendo igualmente para o interesse de classe, na medida em que a tensão entre capital e trabalho permeia, por essência, tal ramo do Direito.

Assim, Duncan Kennedy e os *Critical Legal Studies*, ao trazerem a visão da atuação do juiz, desvendam a falácia quanto à ausência de ideologia na decisão judicial. Os juízes, sobretudo os do trabalho, agem ideologicamente não somente quando interpretam a lei buscando o sentido de justiça, para proteção do menos favorecido, mas também quando

aplicam a lei literalmente, sem considerar princípios constitucionais e do próprio Direito do Trabalho. Frente a esse cenário, Aloísio Alencar Bolwerk e Maria Leonice da Silva Berezowski ([s.d.]) refletem sobre o seguinte:

Importante discutir que o Poder Judiciário vem atuando cada vez com mais liberdade, mas é importante considerar que esta liberdade autorizada pelo próprio Estado Democrático de Direito não significa a usurpação de direitos adquiridos ou mesmo de competências legislativas, isto é, a liberdade que Estado confere e que é utilizada em prol de uma atividade judicial não pode ensejar inserções desarrazoadas e desprovidas de argumento e de fundamentação. A celeuma a ser enfrentada em torno do ativismo judicial reside na percepção de que tal postura judiciária está intrinsecamente ligada a opiniões de cunho pessoal e que acabam sendo reproduzidas nas decisões judiciais de modo inadequado, mediante interpretação deturpada e mesmo desprovidas de alinhamento constitucional. Por vezes, a interpretação se socorre de metodologia que termina em ensejar retrocesso aos direitos trabalhistas outrora implantados a partir de lutas e reivindicações. (BOLWERK; BEREZOWSKI, [s.d.], p. 12)

Assim, perceber e admitir que o juiz atua ideologicamente é necessário para colocar sob dúvida as críticas que juristas fazem a parte dos juízes do trabalho, pois estes agiriam como ativistas. Como vimos, quem se diz totalmente neutro na aplicação do direito ao caso concreto também apresenta sua feição ideológica.

CONCLUSÃO

O estudo da Teoria Geral do Direito se mostra imprescindível para a análise de qualquer ramo do Direito, e parte desses estudos se volta para a teoria da decisão judicial. Nesse contexto, a importância de Duncan Kennedy para a Teoria Geral do Direito decorre de sua crítica às tradicionais Teorias do Direito.

O Direito do Trabalho tem evoluído para um caminho de desconstrução de seu núcleo protetor. Tanto o juiz que faz um esforço de estratégia para aplicação da norma, através de uma concepção de justiça, como o juiz que entende que o legislativo tem um papel distinto sobre o qual o julgador não pode interferir, atuam de maneira estratégica, pendendo igualmente para interesse de classe, na medida em que a tensão entre capital e trabalho permeia este ramo do direito.

Duncan Kennedy e os *Critical Legal Studies*, ao trazerem a visão da atuação do juiz, desvendam a falácia quanto à ausência de ideologia na decisão judicial. A conclusão a que se chega é de que os juízes, sobretudo os juízes do trabalho, agem ideologicamente tanto

quando interpretam a lei buscando o sentido de justiça, para proteção do menos favorecido, quanto quando aplicam a lei literalmente, sem considerar princípios constitucionais e do próprio Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BOLWERK, Aloísio Alencar; BEREZOWSKI, Maria Leonice da Silva. Ativismo judicial trabalhista: um ensaio entre a razoabilidade e a proteção da dignidade do trabalhador. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5a6ce3e53bbfb06d>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5766/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. **Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público**, 25 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 25 nov. 2021.

DUNCAN KENNEDY. Harvard Law School, 2021. Faculty profiles. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/faculty/directory/10469/Kennedy>. Acesso em: 25 nov. 2021.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1499, 9 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10254>. Acesso em: 30 nov. 2021.

KENNEDY, Duncan. **Isquierda y derecho: ensayos de teoria jurídica crítica**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

SAKR, Rafael Lima. Duncan Kennedy: um rebelde por princípio. **Research Gate**. [on-line], 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340983809_Duncan_Kennedy_Um_Rebelde_por_Principio. Acesso em: 26 nov. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011. Vol. 1, Parte 1.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do Direito do Trabalho no Brasil: curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. Vol. 1, Parte 2.

O FEDERALISMO COOPERATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GEOVANNY MATSUMOTO DE ALMEIDA SANTOS:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UDF (2014). Possui especialização em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (2021) e em Direito Notarial e Registral pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (2021). Exerceu o cargo público de Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2016 a 2021). Atualmente é Analista Judiciário - Área Judiciária - no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

CARLA PATRICIA FRADE NOGUEIRA LOPES

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar o federalismo cooperativo adotado pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito ao regime de repartição de competências e responsabilidades entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com a análise de julgados classificados em áreas temáticas, notadamente fiscal (tributária), de saúde – com especial análise das decisões da corte quanto à pandemia pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2) –, meio ambiente e ecologia, relações de consumo e, por fim, da questão migratória. Busca-se identificar, assim, qual o entendimento da corte acerca dos temas apreciados nessas áreas para, diante das características estabelecidas para a forma de Estado federativa de índole cooperativa, traçar um perfil de julgados da Corte constitucional, notadamente diante do papel outorgado pela Constituição para cada Ente federativo, as exigências de cooperação entre os Entes e outras demandas que envolvem conflito federativo.

PALAVRAS-CHAVE: Forma de Estado. Federalismo. Cooperativo. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This end-of-course work aims to analyze the cooperative federalism adopted by the Federal Constitution of 1988 with regard to the division of powers and responsibilities system between the Union, States, Federal District and Counties, from the perspective of the Supreme Court jurisprudence. With the analysis of cases classified into thematic areas, notably fiscal (tax), health – with special analysis of court decisions regarding the pandemic by the new coronavirus (Sars-CoV-2) –, environment and ecology, consumer relations and, finally, the migration issue. The aim is to identify, therefore, what

the court's understanding of the issues considered in these areas, in view of the characteristics established for the form of a cooperative federative State, to draw a profile of judgments of the Constitutional Court, notably in view of the role granted by the Constitution for each federative Entity, the requirements for cooperation between the Entities and other demands that involve federative conflict.

KEY WORDS: Form of State. Federalism. Cooperative. Jurisprudence. Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O FEDERALISMO COOPERATIVO FISCAL. 2.1. A QUESTÃO RELATIVA AO ICMS DEVIDO EM EXPORTAÇÕES. 2.2. ADO 25. 2.3. O ACORDO FEDERATIVO COOPERATIVO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS FEDERATIVOS. 2.4. ITCO INTERNACIONAL E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO CONGRESSUAL. 3. O FEDERALISMO COOPERATIVO SANITÁRIO. 3.1. A PROIBIÇÃO DO USO DO AMIANTO E O CURIOSO JULGAMENTO DA ADI 3937. 3.2. POSSÍVEIS EFEITOS ADVERSOS DE ANTENAS DE CELULAR - ADI 3110. 3.3. OUTRA EXCEÇÃO MAIS ANTIGA? A ADI 3035 E OS OGMS. 3.4. TENDÊNCIA CONSOLIDADA: PROIBIÇÃO DO TABACO. 3.5. FEDERALISMO E PANDEMIA - ADIS 6341 E 6343 MC-REF. 4. FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO. 4.1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. 4.2. OLHAR SOBRE A LINHA INTERPRETATIVA DO SUPREMO. 4.3. USO DE ANIMAIS EM TESTES E EXPERIMENTOS NA INDÚSTRIA QUÍMICA. 5. FEDERALISMO COOPERATIVO EM CONSUMO. 5.1. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. 5.2. DEVER DE INFORMAÇÃO. 6. FEDERALISMO COOPERATIVO NA QUESTÃO MIGRATÓRIA. 6.1. RORAIMA E A CRISE MIGRATÓRIA VENEZUELANA - ACO 3121. 6.2. O ACRE E A CRISE MIGRATÓRIA HAITIANA - ACO 3113. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A organização política do Estado pode ser analisada sob três aspectos: forma de governo, sistema de governo e forma de Estado.

Especificamente no que diz respeito à organização pela "forma de Estado", ela deve ser compreendida como a forma da distribuição do poder político dentro de um território, ocorrendo em diferentes graus de descentralização. A forma de Estado adotada no Brasil é, atualmente⁷, a federativa, influenciada inegavelmente pelo modelo norte-americano.

7 O marco histórico do surgimento do federalismo no Brasil é o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, resultante da "revolução republicana", marco histórico que rompeu com a forma de governo monarquista, e forma de Estado unitária, e deu início ao período da chamada "República Velha". O art. 1º do mencionado Decreto estipulou que: "*fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa*". Com a confirmação advinda com a Constituição de 1891, as antigas províncias do Império, que por sua vez sucederam as capitanias hereditárias do Brasil Colônia, seriam

Aliás, para Ingo Wolfgang Sarlet, a doutrina do federalismo é possivelmente o aporte mais significativo do constitucionalismo e do pensamento político norte-americano para o Estado moderno⁸, pois foi onde surgiu⁹, sendo difundida pelo globo.

Apesar da influência inegável, o fluxo de formação divergente dos casos norte-americano e brasileiro explica a franca diferença entre os modelos práticos resultantes da forma de Estado.

De acordo com Dirley da Cunha Junior:

A Federação brasileira foi inspirada no modelo norte-americano. Não obstante, a nossa Federação formou-se em sentido contrário àquela que serviu de paradigma. Certamente seja essa a razão de a Federação no Brasil ter sido, originalmente e por muito tempo, uma Federação sem equilíbrio, enfraquecida, com concentração de poder no ente central (a União), restando pouco, muito pouco, para os Estados-membros.¹⁰

De fato, o federalismo norte-americano originou-se de um movimento “de fora para dentro”, centrípeto ou por agregação, de acordo com as classificações doutrinárias mais comuns.¹¹ As colônias inglesas soberanas formadoras da Confederação abriram mão de pequena parcela de sua soberania para entregá-la ao ente central. Como essa distribuição foi mínima, os Estados-membros conservaram para si a maior parte das competências.¹²

"reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil" (art. 2º do Decreto n. 1/1889).

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, n.p. (versão em *e-book*).

⁹ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n.p. (versão em *e-book*).

¹⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 813/814.

¹¹ Nesse sentido: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 873.

¹² Com a proclamação da independência das treze colônias inglesas na América do Norte, no ano de 1776, surgiram novos Estados, com características plenas de soberania e independência em relação ao seu colonizador comum. Inicialmente, os Estados estabeleceram um pacto de direito internacional com o objetivo de assegurar colaboração contra a ameaça de retomada pelos ingleses. Em razão do vasto território, também era necessário formar um modelo eficiente de governabilidade, que assegurasse os ideais republicanos que prevaleceram com a declaração de independência. Nesse pacto, cada componente da chamada “confederação” retinha a sua soberania. Daí a previsão no pacto confederativo do direito do aderente de, a

No caso brasileiro, todavia, a situação se inverte, pois foi a União, Ente central, quem cedeu parcela pequena de suas competências aos Entes menores, denominados Estados-membros e Municípios, conservando para si a maior parte delas.

De acordo com José Afonso da Silva, a União constituiu-se pela congregação das comunidades regionais que vêm a ser os Estados-membros, *“então quando se fala em Federação se refere à união dos Estados. No caso brasileiro, seria a união dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Por isso se diz União Federal”*¹³.

Ao longo da nossa história constitucional, bastante rica por sinal, buscou-se um ponto de equilíbrio na federação, que culminou com a Constituição de 1988. Nela, foi adotado um modelo **cooperativo**, de modo que a Constituição prevê competências exclusivas/privativas e comuns/concorrentes, a depender de serem administrativas ou legislativas.

De olho no esquema organizativo de competências previsto na Constituição, deve ser levado em conta que o Estado federal, para ser considerado como tal, deve possibilitar, entre outros, que os Estados-membros se auto-organizem, podendo estabelecer Constituições próprias e legislações próprias, ínsitas às competências legislativas concorrentes.

Muito além da participação das vontades dos Estados na União, por meio do parlamento, os Estados também devem ter competência estabelecida para auto legislação, dentro da sua autonomia, podendo legislar sobre suas questões de interesse particular¹⁴.

Conforme Paulo Gustavo Gonet Branco:

É característico do Estado federal que essa atribuição dos Estados-membros de legislar não se resume a uma mera concessão da União,

qualquer tempo, denunciar o tratado, exercendo seu direito de retirada. Essa permissão do direito de secessão, contudo, tornou demasiadamente fragilizada a união entre os Estados, ante a constante ameaça de separação, seguida das dificuldades de obtenção de recursos financeiros e humanos para as atividades comuns, falta de cumprimento de decisões do congresso. O entendimento de que o modelo não se mostraria eficiente para atender as necessidades nascidas com a independência resultou na proposta de aperfeiçoamento da fórmula federativa, discutida e aprovada na Convenção da Filadélfia (1787), que estabeleceu em seu preâmbulo, claramente, o objetivo de aperfeiçoar o modelo de federação proposto: *“nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formarmos uma União mais perfeita...”*. Com a nova convenção, os Estados soberanos até então confederados abriram mão de sua soberania, e em consequência do direito de secessão, conservando tão somente sua autonomia, passando ao Ente central poderes para tratar da União, formando os “Estados Unidos da América”.

¹³ SILVA, José Afonso Da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 496.

¹⁴ TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63.

traduzindo, antes, um direito que a União não pode, a seu talante, subtrair das entidades federadas; deve corresponder a um direito previsto na Constituição Federal.¹⁵

É aqui que reside o problema maior do nosso modelo federativo. É ínsito ao regime de repartição de competências, especialmente as compartilhadas, o surgimento de conflitos, transformando um modelo que deveria ser “cooperativo” em verdadeira competição, especialmente quanto aos limites da autonomia das unidades federativas em sua capacidade de legislar.

Fernanda Dias Menezes de Almeida bem destaca essa questão:

O problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político cerne da autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras. (...) Está aí bem nítida a ideia que se quer transmitir: só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo. Assim, guarda a subordinação apenas ao poder soberano no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição -, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão não importa por qual das entidades federadas do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente.¹⁶

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n.p. (versão em *e-book*).

16 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97.

Muito em razão das raízes do nosso federalismo, caracterizado por uma concentração maior de poder na União, como visto linhas acima, é que tais conflitos acirram-se. Parece contraditório que o Estado busque descentralizar-se, dotando de autonomia os Entes federativos, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal parece atribuir à União certo monopólio, munindo-a com a maior parte das competências constitucionais.

Diante dessas considerações, pretende-se analisar o comportamento da Corte Constitucional no tema do federalismo cooperativo em suas diferentes áreas, especialmente a fiscal, a sanitária, a ecológica, da proteção ao consumidor e na questão migratória, temas em que emergem conflitos entre os Entes-federativos, inevitavelmente postos à apreciação da Suprema Corte, seja no exercício do seu controle concentrado, seja no uso das suas atribuições constitucionais previstas no art. 102, inciso I, alínea "f" da CF/1988.

Nesse vértice, aproveitam-se as discussões recentes existentes a respeito do paradigma do orçamento e da concretização de direitos fundamentais, das discussões a respeito do papel dos entes federativos na condução da pandemia do novo coronavírus (Sars-CoV-2), do tratamento dado ao meio ambiente e ao consumidor pelos diferentes entes federativos, bem como acerca da questão migratória envolvendo o Brasil e os povos de outras nações, como o Haiti e a Venezuela, temas que têm costumado suscitar a maior parte das divergências na Federação, dominando a pauta do Supremo Tribunal Federal quando analisa conflitos federativos.

O método de pesquisa adotado será o hipotético-dedutivo. Busca-se, por meio de análise de dados e referências científicas, determinar a adequação da resposta prevista para o problema abordado.

Quanto aos métodos de procedimento para realizar referida análise, está relacionado à pesquisa de cerca de trinta julgados do Supremo Tribunal Federal, proferidos predominantemente entre os anos de 2019 e 2021, e em sua grande maioria dentre ações diretas e ações cíveis originárias, dentro de cada um dos eixos de pesquisa em temas de federalismo cooperativo eleitos e divididos por capítulos.

Também se lançou mão da pesquisa bibliográfica em caráter complementar, com a qual se pretendeu, respectivamente, qualificar as variáveis envolvidas em cada um dos julgamentos e determinar aspectos técnico-jurídicos dos temas abordados.

2. O FEDERALISMO COOPERATIVO FISCAL

Uma das funções do Estado é certamente proporcionar o bem comum do seu povo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, Estado é "*a ordem jurídica soberana que **tem por fim o bem comum** de um povo situado em determinado território*"¹⁷.

Diante dessa primeira constatação, independente de qual seja o modelo de gestão adotado pelo Governo, ou seja, ainda que não se trate de um modelo baseado no bem estar social (*welfare state*), o Estado sempre terá o dever de proporcionar prestação mínima de direitos positivos aos seus cidadãos. A concretização de direitos positivos decorre, no nosso caso atual, das orientações presentes na Constituição Federal de 1988, que assegura direitos sociais dos mais diversos ao longo do seu texto.

Ocorre que não se concretizam direitos, ou seja, não se permite a prestação de benefícios sem que existam recursos suficientes para a consecução desses objetivos. É por isso que o modelo de repartição constitucional de competências deve ser acompanhado de um modelo de repartição constitucional de receitas.

A descentralização administrativa própria do Estado federal e que distribui autonomia aos entes federados implica necessariamente na descentralização das responsabilidades sobre gastos públicos. Esses gastos devem ser acompanhados da respectiva fonte de custeio.

A importância em definir fontes de custeio é reconhecida pela doutrina. Segundo Gilmar Mendes:

A construção do Estado Democrático de Direito, anunciado pelo art. 1º, passa por custos e estratégias que vão além da declaração de direitos. Não há Estado Social sem que haja também Estado fiscal, são como duas faces da mesma moeda. Se todos os direitos fundamentais têm, em alguma medida, uma dimensão positiva, todos implicam custos. Conforme salientam Holmes e Sunstein, nenhum direito é apenas o direito de ser deixado só pelo poder público. Todos os direitos reivindicam uma postura positiva do governo. Logo, levar direitos a sério exige que seus custos também sejam levados a sério.¹⁸

O modelo aprovado pelo constituinte originário procurou responder a essa demanda ao estabelecer o desenho básico de repartição de receitas, que no caso da

17 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, n.p. (versão em *e-book*).

18 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n.p. (versão em *e-book*).

Constituição Federal de 1988 é baseado em um modelo de repartição de competências para instituição de tributos entre os Entes e participação de Entes nas receitas tributárias de uns e outros, inclusive com a formação de fundos.¹⁹

Tratando especificamente de impostos, espécie de tributo sem arrecadação vinculada destinado precipuamente a tributar a manifestação de riqueza, isto é, independentemente de qualquer atividade estatal específica, eles são por isso mesmo importante meio arrecadatório para obtenção de receitas para o Estado, já que não estão vinculadas a qualquer finalidade e servem para investimentos.

Embora não imune a críticas de toda ordem, a Constituição Federal estabeleceu a competência da União para instituir sete impostos, chamados impostos federais, reservando aos demais Entes a competência para instituir três impostos cada, reservando ainda à União uma competência residual e outra extraordinária.²⁰

Em um primeiro momento pode ser identificada uma certa prevalência da União sobre os demais Entes federativos tendo em vista o número superior de impostos que ela pode instituir. Entretanto, o aspecto principal a ser observado é o da arrecadação.

2.1. A QUESTÃO RELATIVA AO ICMS DEVIDO EM EXPORTAÇÕES

Se aos Estados a CF/1988 reserva o maior número de competências, já que a eles competem organizar serviços públicos de saúde, educação e segurança pública, por exemplo, não seria inadequado reservar a este ente federativo a competência para instituir o imposto de maior arrecadação do país, o ICMS.²¹

É importante mencionar, em realce, que apesar do arranjo constitucional favorável relativo aos impostos, atualmente as contribuições federais assumem importante papel sobrepujante na competência fiscal da União sobre os demais Entes. Trata-se de espécie de tributo cuja competência é essencialmente da União e que não têm repartição de receitas. Por isso concentram arrecadação tributária nas mãos da União.

¹⁹ Nesse ponto, convém destacar que a Constituição Federal prevê participação de Estados e Municípios em impostos estaduais, como o IOF (art. 153, § 5º, CF/1988), o IR (art. 157, I, e 158, I da CF/1988), os Impostos Residuais (art. 157, II, CF/1988), o ITR (arts. 153, § 4º e 158, II, CF/1988) o IPI (art. 159, II, CF/1988), além da CIDE combustíveis (art. 159, III, CF/1988) e também a participação de Municípios em impostos estaduais, caso do IPVA (art. 158, III, CF/1988) e do ICMS (art. 158, IV, CF/1988). Também são previstos fundos de participação (art. 159, I, CF/1988).

²⁰ Essas competências estão detalhadas entre os arts. 153 e 156 da CF/1988.

²¹ ROCHA, André Ítalo. ICMS é tributo que mais contribui para cofres públicos. Exame. Salvador, 8/7/2016. Disponível em: <<https://exame.com/economia/icms-e-tributo-que-mais-contribui-para-cofres-publicos/>>. Acesso em 22 jun. 2021, as 16h08min.

Para situar o leitor: embora o arranjo previsto para a arrecadação tributária de impostos tivesse um interessante viés descentralizador de arrecadações, cresceu ao longo do tempo a importância das contribuições como meio de arrecadação da União, e exclusiva dela, o que por si só já gera desequilíbrio, agravando o conflito federativo existente.

Ocorre que o referido tributo (o ICMS), não obstante seja importantíssimo meio arrecadatório para os Estados, sofre a concessão de imunidade heterônoma. A própria Constituição Federal imuniza o ICMS nas exportações de mercadorias e serviços prestados a destinatários no exterior (art. 155, § 2º, inciso X, alínea "a" da CF/1988).

Ainda, houve um alargamento dessa desoneração pelo legislador infraconstitucional ao estabelecer no art. 3º, inciso II da Lei Complementar n. 87/1996 (Lei Kandir), hipótese de isenção heterônoma mais ampla que a imunidade. Daí entra em cena um dos aspectos do federalismo cooperativo a serem estudados, ligados à questão fiscal.

Importante explicitar, de início, que apesar do modelo constitucional de repartição de competências, já estipulando competências comuns e concorrentes como marcos do federalismo cooperativo, nada impede que a consecução do federalismo cooperativo ocorra no âmbito da legislação infraconstitucional.

Tal como ocorre em relação à Lei Complementar n. 140/2011, que por excelência visa estabelecer normas de convivência (e cooperação) entre os diferentes entes na sua atuação na área ambiental, como será visto oportunamente, a Lei Complementar n. 87/1996 também previu instrumentos destinados a evitar o enfraquecimento da atuação do Estado-membro.

Não é demais lembrar que a Constituição Federal reserva à lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária, de modo que a Lei Kandir é campo adequado para o tratamento do tema (art. 146, inciso I, da CF/1988).

Como vimos, a CF/1988 ocupou-se de prever imunidade para a operação de circulação de mercadorias e prestação de serviços destinados ao exterior, excluindo a incidência do ICMS. O objetivo é claramente desonerar as exportações, e com isso favorecer um saldo positivo para a balança comercial brasileira. Não se questiona o objetivo, que no final das contas é bom para todos na Federação.

Ocorre que Estados com perfil essencialmente exportador, como aqueles produtores de *comodities*, saem dessa situação nitidamente enfraquecidos. Se o ICMS é a fonte de arrecadação de receitas derivadas mais importante para os Estados, esses veem a imunidade/isenção como responsável pela perda de uma parcela importante da sua arrecadação, reduzindo consideravelmente sua receita.

É nesse contexto que foi previsto, seguindo os ditames do art. 91 da ADCT, mecanismo de “compensação” dessa perda tributária, com esteio provisório no art. 31 da Lei Complementar n. 87/1996.

Destacam-se ainda outros mecanismos de compensação, como o Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações (FEX), previsto inicialmente na MP n. 193/2004, posteriormente convertida na Lei n. 10.966/2004, pela qual foi prevista a distribuição de um montante de R\$ 900.000.000,00 a serem partilhados a Estados, e estes aos Municípios na medida da participação na receita do tributo perdida, como forma de compensação pela perda da arrecadação resultante da não incidência.

Embora esse valor do FEX tenha crescido ao longo dos anos²², no conjunto os instrumentos previstos foram compreendidos insuficientes pelos Estados. Dados da Secretaria de Fazenda do Mato Grosso, por exemplo, apontam que só aquele Estado deixa de arrecadar por ano cerca de R\$ 6 bilhões apenas com a desoneração do ICMS das exportações.²³

Complementa o professor Marco Aurélio Marrafon, em interessante artigo dedicado ao tema, o crescimento da demanda social em contramão ao arrocho fiscal proporcionado pela retirada de receitas oriundas de operações de ICMS em exportações:

Para piorar, se a política de desenvolvimento se deu em cima da redução da arrecadação estadual, as demandas sociais por políticas públicas de competência estadual mantiveram-se ou aumentaram, gerando quadro de arrocho fiscal que tem comprimido as possibilidades de investimento dos entes estaduais.²⁴

22 Segundo dados do Tesouro Nacional, o valor total, que era de 900 milhões de reais em 2004 chegou a 1,950 bilhão de reais em 2016 (MP 749/2016). *In*: BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Relatório “O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais. Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações – FEX. Novembro/2018. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:6375>. Acesso em 14/5/2021, as 6h57min.

23 MATO GROSSO. Secretaria de Fazenda do Estado do Mato Grosso. Secretário defende compensação integral da Lei Kandir. Disponível em: <<http://www.controladoria.mt.gov.br/web/sefaz/-/7791349-secretario-defende-compensacao-integral-da-lei-kandir>>. Acesso em 14/5/2021, as 7h03min.

24 MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo cooperativo exige reciprocidade entre entes federativos. *In*: Consultor Jurídico, 9 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/constituicao-poder-federalismo-cooperativo-exige-reciprocidade-entre-entes-federativos#author>>. Acesso em 14/5/2021, as 15h51min.

Nesse contexto foi ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 25 (ADO 25), perante o Supremo Tribunal Federal.

2.2. ADO 25

O Governador do Estado do Pará ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão alegando omissão legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do art. 91 do ADCT.

Embora a União viesse entregando receitas com base no art. 31 da Lei Kandir, inclusive através do FEX, os montantes transferidos pela União não estavam tendo direta correlação com a perda da arrecadação estadual, e na visão do legitimado estavam sendo fixados no plano da discricionariedade política do Governo Federal, e em valores compreendidos insuficientes.²⁵

Ao analisar o mérito da questão o Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a desoneração tributária ocorreu em prejuízo da competência tributária estadual. O fato de a isenção heterônoma não estar sendo devidamente compensada gerava evidente prejuízo de uma fonte de receitas públicas estaduais, isso em prejuízo a própria vontade do legislador constituinte reformador, que previu a norma do art. 91 do ADCT justamente antevendo essas dificuldades.

25 Fernando Facury Scaff, em artigo publicado na Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico, bem ilustra essa colocação " *A Lei Kandir atendia às reivindicações do setor produtivo exportador, pois acabava com a incidência tributária sobre as exportações, objeto de normas criadas pelos Secretários de Fazenda no âmbito do CONFAZ, e permitia que os créditos de ICMS decorrentes desta operação exportadora fossem mantidos. (...) Inicialmente tais créditos se constituíram em uma espécie de 'seguro garantia' ou 'seguro receita', considerado o período que se inicia na data de publicação da Lei Complementar nº 87, setembro de 1996, até 2002, no qual constava que a União entregaria aos Estados e seus Municípios, consoante critérios estabelecidos no referido Anexo, parcela correspondente à arrecadação efetivamente realizada no período entre julho de 1995 e junho de 1996, inclusive. (...) Diz-se ser uma espécie de 'seguro garantia' porque os cálculos realizados tinham por pertinência a correlação entre o que os Estados deixariam de receber de ICMS em decorrência da exportação de produtos semielaborados, pertinentes ao período acima mencionado, bem como os créditos de ICMS que seriam reconhecidos aos exportadores. Logo, havia correlação entre o que os Estados 'deixavam de arrecadar' e o que a União se comprometia a lhes transferir. (...) Posteriormente esta sistemática de cálculo foi alterada. Passou de 'seguro garantia' para uma espécie de 'livre negociação política'. Isto ocorreu através da Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002, e permanece até os dias atuais. Passou a ser transferido não mais um valor apurado de conformidade com as perdas nas exportações, mas um valor aleatório estabelecido pelo jogo de forças político, consignado como crédito orçamentário. Deixou de existir a correlação entre o que havia sido desonerado das exportações e compensado aos exportadores através do reconhecimento de créditos "* SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012).

Foi nesse sentido que o Ministro Gilmar Mendes classificou a intenção do legislador como verdadeira expressão de um federalismo cooperativo na questão fiscal. Segundo ele, trata-se, pois, de um mecanismo válido de auxílio entre entes federativos, ajustado com esteio a, diante da necessidade da União de fomentar exportações, não prejudicar importante fonte de arrecadação dos Estados membros. Confira-se, *verbis*:

De um lado, há razões para crer que a desoneração veio a bem do desenvolvimento nacional e pôs em prática o princípio que coíbe a exportação de impostos. De outro, não tenho dúvidas em afirmar que a supressão de competência tributária pode afetar, em certa medida, a autonomia financeira dos entes subnacionais, notadamente aqueles em cujo território se desenvolve com mais ênfase a atividade de exportação de produtos primários e semielaborados. Por isso, o mecanismo de transferência de recursos, em tese, poderia representar um importante instrumento de federalismo cooperativo, de sorte a atenuar os impactos financeiros decorrentes da desoneração promovida pela EC 42/2003 nas contas estaduais. O fato é que a necessária lei complementar, prevista no *caput* do art. 91, nunca foi editada e, até hoje, segue sendo aplicada a regra – que deveria ser temporária – prevista no § 3º do art. 91. Ou seja, permanece “vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002”. Posta a questão nesses termos, penso que já está bem claro o contexto da alteração constitucional promovida pela EC 42/2003 e a finalidade da regra prevista no art. 91 do ADCT. Resta, então, definir, se considerado esse contexto, a falta da lei complementar prevista nessa norma configura omissão constitucional a ser tutelada pela via da ação direta.²⁶

Ficou claro, ao longo dos debates, que os Estados que produzem bens primários e os exportam, apesar de produzirem riqueza, não possuem adequada remuneração tributária pelos bens produzidos, possibilitando reinvestimentos gerados pelo retorno da produção em arrecadação. Nas exatas palavras da Ministra Cármen Lúcia, tem-se a situação de um “*estado rico que não tem riqueza*”²⁷.

²⁶ Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, Relator da ADO 25. STF. Pleno. ADO 25. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/11/2016, p. 18/08/2017.

²⁷ Consta da minuta do voto no acórdão e notas taquigráficas do julgamento proferido: STF. Pleno. ADO 25. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/11/2016, p. 18/08/2017.

Analisando friamente, a situação é francamente prejudicial a Estados agroexportadores, como aqueles do centro-oeste e norte do país, casos do próprio Estado do Pará e de outros, como o Mato Grosso.

Ao cabo, o voto do relator, que prevaleceu após proveitoso debate acerca das dificuldades do sistema tributário nacional, bem como do tratamento da omissão legislativa do Congresso Nacional, tema que suscita sempre controvérsias diante do papel do Poder Judiciário, foi no sentido de julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, por conseguinte, reconhecer a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que fosse sanada a omissão, findos os quais caberia ao TCU, enquanto não sobrevier a referida lei complementar, a competência para definir anualmente o montante a ser transferido, na forma do art. 91 do ADCT.

Como se vê, é evidente que o Estado federal deve prever e zelar pela adequada distribuição de recursos, sob pena de gerar incompatibilidades que tolham a possibilidade de os Entes menores realizarem seus objetivos institucionais, destinados de forma precípua a garantir a prestação de serviços públicos, realizar investimentos necessários conforme suas necessidades, entre outros.

Como destacado ao longo dos debates, os Estados, apesar de gerarem riquezas que se convertiam em exportações, não tinham a oportunidade de aplicar o retorno financeiro com essas exportações (provindas essencialmente de impostos, da arrecadação resultante da sua produção) em melhorias para a população.

O STF, como Corte constitucional essencial ao Estado-federal, nada mais fez do que exercer o seu papel de zelar pela prática do federalismo de índole cooperativa ao identificar e sanar omissão da União em regulamentar matéria de interesse dos Estados, marcada pela mora legislativa que já durava longos anos, buscando criar meios para fazer cessar os prejuízos que vinham sendo causados aos cofres dos Estados ao longo dos anos.

2.3. O ACORDO FEDERATIVO COOPERATIVO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS FEDERATIVOS

Ao largo das discussões envolvendo efetividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ficou assentado no julgamento concluído em 30/11/2016 a declaração de mora legislativa, por parte do Congresso Nacional, em editar a lei complementar a que se referia o art. 91 do ADCT. Ocorre que, no curso do prazo concedido, e posteriormente sujeito a prorrogações, as partes acabaram chegando a um acordo.

Em 20/05/2020, o Plenário do STF se reuniu, referendou as decisões monocráticas prorrogadoras do prazo concedido inicialmente pelo colegiado e homologou o acordo firmado entre a União e os Estados e Distrito Federal, com o seu encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis. Segundo o Min. Gilmar Mendes, nesta ADO foi inaugurado o chamado pensamento do possível no Federalismo cooperativo:

Conclamei que todos os entes federativos, na linha do pensamento do possível, dissipassem-se de suas certezas absolutas, interesses estratificados e compreendessem aquela oportunidade sob o olhar do federalismo cooperativo, no afã de diminuir as tensões/diferenças e aproximar as convergências, chegando a bom termo conciliatório. Pois bem. Chegou-se a consenso mínimo quanto a valores e forma de pagamento, assim como quitação de eventuais dívidas pretéritas e futuras, conforme minuta anexada aos autos.²⁸

Considerando o objetivo conciliatório e cooperativo objetivado no nosso modelo de Estado federal, os atores do Estado reuniram-se e solucionaram um impasse que já durava mais de uma década.

Tal situação revela outra face do federalismo cooperativo, aquela que conclama os Entes da federação, diante de uma situação de dificuldade, justamente por envolver arrecadação e distribuição tributária em um momento de crise e de suscetíveis déficits em contas públicas, a buscarem solução que atenda aos interesses de todos, evitando a solução imposta pela Corte constitucional e privilegiando o ajuste de interesses.

2.4. ITCD INTERNACIONAL E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO CONGRESSUAL

De acordo com a Constituição Federal, o imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCD ou ITCMD), de quaisquer bens ou direitos, previsto no art. 155, inciso I da CF, terá sua competência regulada em lei complementar quando versar sobre doação e o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou quando, envolvendo herança, o *de cujus* tinha bens no exterior, lá era residente ou domiciliado, ou lá foi processado o seu inventário (art. 155, inciso III, alíneas "a" e "b" da CF).

Tal lei complementar, todavia, nunca foi editada pelo Congresso Nacional, e como consequência surgiram leis estaduais versando estipulando regras sobre o pagamento desse tributo. A justificativa é o conhecido nosso art. 24, §§ 1º a 4º, da CF/1988, que permite que, em caso de inexistência de lei federal, o exercício da competência

²⁸ STF. Pleno. ADO 25 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/5/2020, p. 12/11/2020.

legislativa plena por parte dos Estados, sujeita à suspensão da sua eficácia no caso de superveniência de lei federal.

Recentemente, todavia, o STF em análise da questão em sede de repercussão geral, não aceitou esse argumento, declarando inconstitucionais as leis de Estados-membros e do Distrito Federal que instituem a cobrança do imposto nessas hipóteses, ainda que com base na competência legislativa concorrente.²⁹

Segundo o Pretório Excelso, o legislador constituinte exigiu a veiculação do tema em lei complementar nacional justamente em razão da controvérsia que pode se seguir ao fixar a competência para instituir o tributo nessas hipóteses, pelo que exigido um maior debate político na casa legislativa, com exigência de uma aprovação por maioria absoluta.

Em tema de legislação tributária, consoante repisado, a Constituição também exige lei complementar para dispor acerca de conflitos de competência (art. 146, inciso I da CF/1988).

Pelo que decidiu o STF, apesar do disposto no art. 24, § 3º da CF, que autoriza a legislação supletiva dos Estados, não se trata de situação em que é possível o exercício de “competência legislativa plena” por parte desses Entes.

Ao meu ver, está-se diante de clara inércia legislativa que, assim como ocorre em relação à situação analisada anteriormente do caso do ICMS, também causa prejuízo aos cofres dos Estados-membros, pelo fato de a União deixar de regular situação e, com isso, impedir a instituição de tributo de competência dos Estados para a situação.

Apesar de a participação do ITCD na fatia de receitas tributárias do Estado-membro e Distrito Federal não ser tão relevante como no caso do ICMS, não há dúvidas de que a situação é prejudicial aos Estados. Sublinhe-se que a arrecadação tributária a esse título vem crescendo nos últimos anos, aumentando sua importância para os Estados.³⁰

Registro que, apesar de o art. 34, § 3º, do ADCT “autorizar” que União, Estados, Distrito Federal e Municípios editem as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto, o STF entendeu que tal disposição constitucional não autoriza a ação dos Estados em qualquer caso de inexistência da lei nacional, especialmente diante

29 STF. Pleno. RE 851.108/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/2/2021, p. 20/4/2021.

30 PACHECO, Cristiano Scarpelli Aguiar. A arrecadação do imposto sobre heranças e doações no Brasil: uma análise da evolução e dos principais aspectos a influenciar seu desempenho de 2002 a 2017. 2019. 205 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Administração Pública) - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/432>>. Acesso em 4/6/2021, as 17h15min.

do contexto do caso, que envolve discussão de conflito de competência entre Estados-federados, tratando notadamente de conflito federativo.

É importante destacar, contudo, que a omissão do Congresso Nacional no caso perdura mais de trinta anos, sendo possível, e até provável, que o STF volte a apreciar a matéria em outro momento, inclusive através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por ora, é certo que a decisão não considerou essa grave omissão e poderia ter dado outra interpretação à questão.

Kiyoshi Harada, por exemplo, defende a possibilidade de legislação suplementar dos Estados no caso. Destaca o autor que a omissão do legislador ordinário em editar a lei complementar nacional exigida pela Constituição não poderia inibir o exercício da competência tributária pelo Ente político agraciado com ela pela CF/1988, segundo o modelo de repartição constitucional de receitas, sendo possível se falar em exercício de competência legislativa plena na hipótese.³¹

De acordo com o autor, a situação se amolda muito ao exemplo do IPVA. Referido tributo foi previsto pela primeira vez apenas na Constituição de 1967 e por isso não é objeto do atual Código Tributário Nacional, editado um ano antes. Mesmo ausentes normas gerais editadas pela União, entende-se que os Estados podem exercer a competência legislativa plena, conforme estabelecido pelo art. 24, § 3º da CF/1988, bem como pelo art. 34, § 3º, do ADCT, situação considerada válida pelo Supremo.³²

Diante do quadro conjuntural que se apresenta, defende o autor uma interpretação lógico-sistemática para *"se harmonizar com a ordem jurídica global que elegeu o federalismo fiscal como um princípio protegido em nível da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I da CF)."*³³

E não poderia ser diferente, já que o papel da Corte já vem se desenhando de outra forma na análise de questões versando sobre conflitos desse calibre, conforme observados nos outros julgados.

3. O FEDERALISMO COOPERATIVO SANITÁRIO

31 HARADA, Kiyoshi. ITCMD e a ausência de lei complementar. Migalhas, 2 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340967/itcmd-e-a-ausencia-de-lei-complementar>>. Acesso em 4/6/2021, às 17h17min.

32 STF. Pleno. RE 1.016.605, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 16/09/2020, p. 16/12/2020.

33 HARADA, Kiyoshi. ITCMD e a ausência de lei complementar. Migalhas, 2 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340967/itcmd-e-a-ausencia-de-lei-complementar>>. Acesso em 4/6/2021, às 17h17min.

A saúde é direito social (art. 6º) e de responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (arts. 23, inciso II e 30, VII, ambos da CF/1988).

Igualmente, nos termos do artigo 24, inciso XII, da Carta Magna, o texto constitucional prevê competência legislativa concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, permitido aos Municípios, ainda, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, conforme o artigo 30, inciso II, da Lei Básica.

Anote-se, ainda, que deve ser levada em conta a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198 da Carta Política e art. 7º da Lei n. 8.080/1990, que trata do SUS), com a conseqüente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, inciso I, da Lei do SUS).

Essa competência comum/concorrente tornou-se centro de uma polêmica entre os entes federativos, relativa à competência para tomar providências em relação às medidas de isolamento social e outras preventivas quanto a pandemia causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2).

Além dos embates públicos entre o Governo Federal e os Governos Estaduais acerca da adequação das medidas de isolamento, também houve embate entre prefeitos e governadores, com medidas contraditórias tomadas por alguns deles. Ou seja, enquanto um determinava a abertura do comércio, o outro determinava o seu fechamento. Tal situação foi observada em algumas cidades, principalmente capitais de Estados, cujas forças políticas eram antagônicas.

A situação de emergência em saúde pública gerada pela pandemia inegavelmente exige habilidade dos gestores públicos. Além de definir um *timing* correto para a adoção de medidas, é indispensável haver coordenação com os demais Entes-federativos, sob pena de ineficácia das medidas e avanço da doença.

Tensões desse calibre são inerentes ao Estado federal. Em razão de divergências ideológicas, ou simplesmente de convicção, não necessariamente orientadas pela lógica científica, os diferentes Entes da federação acabam tomando decisões não necessariamente coordenadas, fato que pode ter contribuído para a perda de muitas vidas no País, em razão do vírus que o assola.

Para além do conflito federativo relativo à pandemia, outras decisões do Supremo Tribunal Federal têm aplicado a lógica do federalismo cooperativo na proteção da saúde da população, conforme se verá na sequência.

3.1. A PROIBIÇÃO DO USO DO AMIANTO E O CURIOSO JULGAMENTO DA ADI 3937

O amianto, substância utilizada na indústria e muito conhecida pela sua utilização em telhados de fibrocimento que cobrem a maior parte das casas do país, é tratada pela medicina como substância de elevada probabilidade de prejuízo a saúde humana. De acordo com informações do Instituto Nacional do Câncer:

A exposição ao amianto está relacionada à ocorrência de diversas doenças. Ele é classificado como reconhecidamente cancerígeno para os seres humanos. Não foram identificados níveis seguros para a exposição às suas fibras. O intenso uso no Brasil exige que a recuperação do histórico de contato inclua todas as situações de trabalho, tanto as de contato direto com o minério em atividades industriais típicas - em geral com exposição de longa duração; indireto, através de serviços de apoio, manutenção, limpeza, - em geral de baixa duração, mas sujeitas a altas concentrações de poeira; e as exposições não ocupacionais, sejam elas indiretas ou ambientais.³⁴

Não obstante, desde 1995 existia lei federal permitindo a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), conforme a Lei Federal n. 9.055/1995.

Sob o enfoque da competência constitucional, referida lei poderia ser considerada norma geral expedida pela União, já que relacionada à produção e consumo (art. 24, inciso V, CF/88). Tratava-se de exercício da União de sua competência concorrente, onde permitida a edição de normas gerais, permitido aos Estados e Distrito Federal competência meramente complementar.

Ocorre que, diante do avanço dos estudos clínicos relacionados ao uso do amianto e sua prejudicialidade para a saúde dos seres humanos, alguns Estados-membros, não obstante a regulamentação federal, passaram a proibir o uso do amianto em seus respectivos territórios. Foi assim nos Estados do Mato Grosso (Lei Estadual n. 9.583/2011), Pernambuco (Lei Estadual n. 12.589/2004) e São Paulo (Lei Estadual n. 12.684/2007).

Tais leis, em exame frio da matéria, contrariam lei federal da União, violando norma geral editada por este Ente acerca do tema. Estados-membros até poderiam estabelecer normas mais restritivas, ou impor novas condições relacionadas à produção, comercialização e utilização do amianto, desde que a par da legislação federal. Grosso

³⁴ BRASIL. Instituto Nacional do Câncer. Amianto. Pub. 21 mai. 2021. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/amianto>> Acesso em 22 jun. 2021, às 16h17min.

modo, o Estado não poderia proibir a utilização da substância que foi permitida pela norma geral.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em exame da matéria em sede de ação direta de inconstitucionalidade, deu solução diferente e resolveu declarar a inconstitucionalidade da lei federal, em detrimento da legislação estadual, que prevaleceu.

Na ADI 3937 o julgamento assentou que a legislação federal passou por um processo de inconstitucionalização, de modo que, em razão de alteração no parâmetro fático subjacente à edição da norma jurídica, atualmente ela não mais se compatibiliza com a Constituição Federal de 1988.³⁵

Destacou-se que na época da edição da lei federal haviam suspeitas de possíveis riscos, mas que poderiam ser mitigados com o uso controlado da substância. Atualmente, no entanto, existem estudos que recomendam o banimento completo do uso do amianto, ante o consenso da sua natureza cancerígena e da inviabilidade do uso seguro. Sob o aspecto econômico, também foi realçado que, se antes não havia material desenvolvido para substituir o uso do amianto, atualmente ele pode ser plenamente substituído.

Logo, diante da invalidade da norma geral federal, os Estados-membros passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, § 3º, da CF/1988 e nesse ponto, a legislação estadual está em consonância com a proteção do meio ambiente (art. 24, inciso VI da CF/1988) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII da CF/1988), sendo portanto, válida, não havendo que se falar em inconstitucionalidade de qualquer ordem.

Apesar da decisão proferida no caso do amianto, o raciocínio do Supremo Tribunal Federal não foi o mesmo no caso envolvendo antenas de celular.

3.2. POSSÍVEIS EFEITOS ADVERSOS DE ANTENAS DE CELULAR - ADI 3110

Na ADI 3110, proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei n. 10.995/2001, do Estado de São Paulo, o STF considerou inconstitucional a referida lei que, a pretexto de proteger a saúde da população, estabelecia limites de radiação para a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, por invadir a competência da União de legislar sobre telecomunicações (art. 22, inciso IV da CF/1988).³⁶

Apesar de versar sobre competência privativa da União nesse ponto, a Corte analisou o caso sob o prisma do federalismo cooperativo, já que a lei estadual também

³⁵ STF. Pleno. ADI 3937. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24/8/2017, p. 1/2/2019.

³⁶ STF. Pleno. ADI 3110. Rel. Min. Edson Fachin, j. 4/5/2020, p. 10/6/2020.

pode ser qualificada na competência concorrente, considerando que a União e os Estados detêm competência dessa natureza para tratar da defesa da saúde da população (art. 24, inciso XII, da CF/88).

No seu voto, o relator Min. Edson Fachin rememorou que conflitos federativos de competência não se resolvem apenas pela prevalência de interesses, como aliás, havia assentado no julgamento que tratou da proibição do amianto, sendo indispensável a presunção a favor da competência dos entes menores da federação (*presumption against preemption*), de modo que somente quando a legislação federal claramente indicar, de forma adequada, necessária, e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detém os entes menores, Estados-membros e Municípios (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.³⁷

Ocorre que no caso, segundo o Relator, a União já promulgou a Lei n. 9.472/1997, que, de forma nítida, atribui à ANATEL a definição de limites para a tolerância da radiação emitida por antenas transmissoras. Por sua vez, mesmo que após a edição da lei, a União também promulgou a Lei n. 11.934/2009, que estabelece limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, associados ao funcionamento de estações transmissoras de radiocomunicação, de terminais de usuário e de sistemas de energia elétrica nas faixas de frequências até 300 GHz, visando garantir a proteção da saúde e do meio ambiente, em limites recomendados pela OMS.

Assim, diante da legislação suficiente, ficou afastada a possibilidade legislativa do ente menor, de modo que foi declarada a inconstitucionalidade da referida lei estadual.

3.3. OUTRA EXCEÇÃO MAIS ANTIGA? A ADI 3035 E OS OGMS

Em julgamento mais antigo, datado de 2005, o STF considerou inconstitucional a Lei n. 14.162/2003, do Estado do Paraná, que proibiu o plantio e a comercialização de substâncias contendo organismos geneticamente modificados em seu território.³⁸

É incerto o potencial de prejuízo a saúde que a ingestão de alimentos provenientes de organismos geneticamente modificados pode causar aos seres vivos.

O benefício do seu uso é, entretanto, inegável. Plantações que utilizam sementes geneticamente modificadas tem, além de um rendimento maior, mais resistência a pragas,

³⁷ STF. Pleno. ADI 3110. Rel. Min. Edson Fachin, j. 4/5/2020, p. 10/6/2020.

³⁸ STF. Pleno. ADI 3035. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/4/2005, p. 14/10/2005.

o que possibilita a redução de uso de pesticidas e proporciona ganhos em larga escala, reduzindo por sua vez os custos de produção.

De toda forma, existe lei federal editada pela União (Lei n. 11.105/05 - Lei da Biossegurança) que permite atividades envolvendo tais organismos, desde que cumpridas determinadas regras de segurança. Em virtude disso, apesar do pretexto da aplicação do princípio da precaução, referida lei estadual foi declarada inconstitucional pelo Supremo.

De acordo com o Min. Gilmar Mendes, relator da ação, não seria admissível que o Estado, no uso de sua competência residual, afastasse permissão de lei federal. Destacou-se que a disciplina de comercialização de OGMs é assunto que transcende a esfera dos Estados, de modo que deve prevalecer a regulamentação federal.

3.4. TENDÊNCIA CONSOLIDADA: PROIBIÇÃO DO TABACO

Na ADI 4.306, também sob a relatoria do Min. Edson Fachin, o STF voltou a analisar a noção do federalismo cooperativo, sob o prisma do precedente do amianto.

Nesse precedente, em que o legitimado ativo solicitou a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 5.517/2009, do Estado do Rio de Janeiro, que proibiu o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em ambientes coletivos, o STF voltou a decidir pela prevalência da legislação estadual, apesar de mais restritiva que a lei federal.

Enquanto a lei fluminense vedava o uso de produtos fumígenos em quaisquer ambientes coletivos, a Lei Federal n. 9.294/1996 vedava o seu uso apenas em ambientes fechados.

Neste caso, o STF decidiu priorizar a legislação estadual.³⁹ É preciso salientar que o tabagismo se caracteriza como a principal causa de morte evitável⁴⁰ e, portanto, indiscutível o mérito do exercício da competência do Ente federativo estadual de legislar no sentido de proteger a saúde de sua população.

O que se vê é que o Supremo Tribunal Federal vem privilegiando a atuação dos entes menores na adoção de medidas protetivas da saúde da população, no caso de assuntos em que a possibilidade de danos a saúde da população seja latente, mas fez prevalecer a legislação federal nos casos em que não enxergava evidente prejuízo, ou que

39 STF. Pleno. ADI 4306. Rel. Min. Edson Fachin, j. 20/12/2019, p. 19/2/2020.

40 BRASIL. Departamento de Comunicação Institucional da Unifesp. Principal causa de mortes evitáveis no mundo. Disponível em: <<https://www.unifesp.br/reitoria/dci/publicacoes/entreteses/item/2199-principal-causa-de-mortes-evitaveis-no-mundo>>. Acesso em 4/6/2021, as 17h54min.

a legislação estadual era demasiadamente protetiva, privilegiando, portanto, nesses casos, o tratamento mais uniforme proporcionado pela legislação federal.

Tal situação restou evidenciada nas ações diretas que trataram da atuação dos entes federativos na pandemia do novo coronavírus (Sars-CoV-2), a exemplo das ações diretas de inconstitucionalidade 6341 e 6343 e na arguição de descumprimento de preceito fundamental 672.

3.5. FEDERALISMO E PANDEMIA - ADIS 6341 E 6343 MC-REF

Em 15 de abril de 2020, os Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal reuniram-se para apreciar a medida cautelar concedida pelo Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, que assentou a interpretação no âmbito da corte no sentido de ser concorrente a competência dos Entes federativos para adotar providências legislativas no sentido de proteção à saúde.

Na origem, a ação buscava impugnar a constitucionalidade da Medida Provisória n. 926/2020 que promoveu alterações na Lei n. 13.979/2020 (Lei da Pandemia), tanto sob o ângulo formal quanto sob o ângulo material, já que, na visão do legitimado, a norma conferia exclusividade à União para dispor sobre as ações de enfrentamento ao coronavírus ali dispostas, em detrimento dos demais entes federativos.

A interpretação que prevaleceu foi a de que a Lei n. 13.979/2020, e suas alterações, deveria ser lida no sentido de estabelecer determinações gerais, permitindo aos demais entes, seja na competência concorrente deferida aos Estados, seja na competência suplementar atribuída aos Municípios, estabelecer normas específicas diante de suas especificidades, sem prejuízo de a União exercer um papel de coordenação, de liderança, em relação as medidas a serem adotadas.⁴¹

Referida decisão, portanto, foi no sentido da jurisprudência que vem se consolidando no âmbito do Supremo Tribunal Federal, lhe tendo sido comentada, ou ao menos atribuída, a condição de marco na atribuição de maior importância ao papel de Estados e Municípios dentro do Estado federal brasileiro.

O alcance prático da decisão proferida na ADI 6341 pode ser observado em pelo menos dois casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Na Reclamação n. 39.871, do Estado do Amazonas, proposta contra decisão judicial proferida pela Justiça Federal do Amazonas, a decisão reclamada declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 3º, inciso VI da MP 926/2020 e reconheceu a

41 STF. Pleno. ADI 6341 MC-Ref., Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/4/2020, p. 13/11/2020.

validade do Decreto Estadual n. 42.087/2020, que proibiu o transporte fluvial de passeio no Estado do Amazonas, como medida de enfrentamento à pandemia.

O relator, embora tenha considerado o desacerto da decisão no que diz respeito à inconstitucionalidade incidental, já que a validade da legislação federal foi apreciada nas decisões proferidas na ADI 6.341-MC e ADI 6.343-MC, considerou, com base nesses mesmos parâmetros, a validade do referido decreto, dentro da competência concorrente atribuída aos Estados para promover as medidas de enfrentamento adequadas.⁴²

Sob outro vértice, na Reclamação n. 40.342, proveniente do Estado do Paraná, questionou-se decisão judicial proferida na Justiça Estadual do Paraná que determinou o reestabelecimento de decretos restritivos anteriores, a despeito da reabertura do comércio promovida pelo Município de Londrina, sob o argumento de que caberia a União definir as atividades essenciais, faltando ao município competência para legislar sobre este assunto.

Na decisão proferida na reclamação, entretanto, em consonância com o decidido na ADI 6.341-MC, ressaltou-se a necessidade de preservação de competência entre os entes federados, de modo que, apesar dos equívocos no fundamento da decisão reclamada, não haveria incorreção latente de suas conclusões, ficando determinado à Corte Estadual reapreciar as decisões, observando os critérios previstos na ADI 6.341-MC.⁴³

Já no referendo do plenário à medida cautelar concedida na ADI 6343, em 6/5/2020, foi apreciada a possibilidade de convivência entre diferentes esferas decisórias, preservado o âmbito respectivo de competências materiais, especialmente no que diz respeito à restrição de locomoção interestadual e intermunicipal.⁴⁴

Como acentuado no voto do Min. Gilmar Mendes, citando exemplos do federalismo alemão, no combate a uma crise sanitária, as ações das autoridades federais, regionais e locais devem ser conduzidas levando em consideração a necessidade de coordenação e padronização das medidas de enfrentamento à pandemia. No tocante ao Brasil, as dimensões continentais do nosso país, e as conseqüentes desigualdades locais e regionais de caráter econômico, cultural e demográfico também exigem soluções ajustadas ao contexto respectivo.

Portanto, conforme anotado no voto do Ministro, o fortalecimento da ideia de federalismo cooperativo "*gera muito mais efeitos positivos do que uma tentativa de*

42 STF. MC na Rcl. 39.871, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 6/4/2020, p. 14/4/2020.

43 STF. MC na Rcl. 40.342, Rel. Min. Edson Fachin, j. 1º/5/2020, p. 6/5/2020.

44 STF. Pleno. ADI 6343 MC-Ref. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 6/5/2020, p. 17/11/2020.

concentração de competências e de sobreposição dos métodos que se consideram mais adequados e pertinentes ao combate de uma epidemia".⁴⁵

No caso, gera preocupação a falta de uma articulação mínima entre os Entes federativos, o que aguça as discussões. De toda forma, não se poderia permitir que eventual inação do governo federal impedisse que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais ao combate à COVID-19.

Assim, restou assentado que não compete ao Poder Executivo federal afastar as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas sanitárias seguindo recomendações embasadas em estudos científicos e da OMS, e nesse vértice, compatíveis com as recomendações sanitárias mundiais e adotadas no direito comparado.

Essa diretriz jurisprudencial ficou muito bem expressada no julgamento da ADPF 672 MC-Ref./DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB em face dos alegados atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19, onde restou mais uma vez reconhecida a competência de Estados e Municípios para, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, adotarem as medidas necessárias ao combate à pandemia, independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, e sem prejuízo da competência geral da união para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso isso se mostrasse necessário.⁴⁶

O Poder Executivo federal, é inegável, exerce (ou deveria exercer) o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, notadamente no contexto do combate à pandemia, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei n. 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades, restrição de circulação, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes, e incentivados por organismos internacionais para a redução da disseminação do vírus.

4. FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO

⁴⁵ STF. Pleno. ADI 6343 MC-Ref. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 6/5/2020, p. 17/11/2020.

⁴⁶ STF. Pleno. ADPF 672 MC-Ref. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020, p. 29/10/2020.

Na esteira do sistema de federalismo cooperativo que tem deferido autonomia a Estados e Municípios para estabelecer políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal tem dado tratamento substancialmente semelhante ao tema, embora existam casos especiais, quando a análise recai sobre a proteção do meio ambiente, o que se convém chamar, para fins didáticos, de federalismo cooperativo ecológico, expressão adotada por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer⁴⁷.

Ecológico porque é a ecologia o ramo da biologia que se preocupa em estudar as relações entre seres vivos e entre estes e o ambiente em que vivem.⁴⁸ Não é demais lembrar que as preocupações do legislador com o meio ambiente estão centradas na sua proteção para as presentes e futuras gerações, e não para preservar por apenas preservar.

A Constituição Federal adota um paradigma antropocêntrico ao definir, no seu art. 225, que o meio ambiente equilibrado é **direito de todos**, por se tratar de condição essencial a sadia qualidade de vida da população. Está claro que a proteção do meio ambiente serve aos seres humanos, tanto da presente quanto das futuras gerações. O legislador constituinte originário já em 1988 tinha consciência da finitude dos recursos naturais e da importância das interações ecológicas para a sobrevivência dos seres humanos.

O que traz intensa controvérsia é a divisão de papéis dos Entes federativos acerca dessa matéria. Paulo Bessa destaca que um dos problemas jurídico-constitucionais mais complexos em matéria de proteção ambiental é justamente a repartição de competências entre os Entes da federação.⁴⁹

De uma maneira geral, a Lei Básica, em seu art. 23, determina ser competência comum da União, Estados/Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a flora e a fauna (inciso VII); registrar, acompanhar e fiscalizar a concessão de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (inciso XI).

Já no que diz respeito à competência concorrente, o art. 24 da CF/1988 dispõe que União, Estados e Distrito Federal tem competência para legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação, defesa do meio e dos recursos naturais,

47 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 165.

48 ECOLOGIA. In: MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Ed. Melhoramentos, 2021. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ecologia>> Acesso em 22 jun. 2021, as 16h21min.

49 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020, n.p. (versão em *e-book*).

proteção ao meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII).

Ao largo da evidente confusão existente nessa distribuição de competências, não se pode ignorar que as suas consequências resultam em diferentes interpretações do papel de cada Ente da Federação no trato do condomínio legislativo, o que vem reclamando atuação do Supremo Tribunal Federal acerca das controvérsias, cabendo analisar qual vem sendo a linha decisória do Pretório Excelso nesses casos.

4.1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O tema de distribuição de competências em licenciamento e fiscalização ambiental teve, apesar de tardia, uma contribuição da promulgada Lei Complementar n. 140/2011, que nasceu com o objetivo de estabelecer a cooperação entre os Entes federativos em matéria ambiental.

Ela buscou, entre outras, estipular competências administrativas relacionadas ao licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades, distribuindo aos Entes uma “repartição” de competências para promoção, entre outros, do licenciamento ambiental.⁵⁰

Muito se tem discutido, no âmbito do Supremo Tribunal, acerca de normas estaduais que definem modelos simplificados de licenciamento ambiental. Na ADI 5475, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Procurador-Geral da República questionou a constitucionalidade do art. 12, inciso IV e § 7º da Lei Complementar n. 5/1994, do Estado do Amapá, que estabeleceu regras para a concessão de licença ambiental, ao argumento de violação da competência da União e do disposto no art. 225, *caput* e § 1º, inciso IV da CF/1988, que exigem estudos prévios de impacto ambiental para instalação de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.⁵¹

Destacou o legitimado que houve violação da norma geral da União editada, na medida em que prevê a possibilidade de concessão de uma “licença ambiental única” que dispensa as licenças prévia, de instalação e de operação, quanto a empreendimento da área do agro.

De acordo com a Relatora, ao analisar o mérito da ação direta, a licença ambiental prevista nas normas nacionais desenha modelos que necessariamente devem ser seguidos pelos Estados. A Resolução CONAMA n. 237/1997, por exemplo, estipulou espécies de licença ambiental para cada fase do empreendimento (licenças prévia, de

⁵⁰ Vide arts. 7º, XIV, 8º, XV e 9º, XIV, todos da Lei Complementar n. 140/2011, que estabelecem, respectivamente, a repartição de competências entre União, Estados/Distrito Federal e Municípios para promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos.

⁵¹ STF. Pleno. ADI 5475. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/4/2020, p. 3/6/2020.

instalação e de operação). Assim, restaria viabilizado ao Poder Público, em cada fase do empreendimento, desde o planejamento até o funcionamento, no âmbito do seu poder de polícia, efetivamente fiscalizar a obediência de normas visando evitar efeitos danosos ao meio ambiente.

Na visão da Relatora, que prevaleceu no citado julgamento, portanto, a lei amapaense acabou subvertendo a lógica sistemática das normas gerais nacionais ao estabelecer uma licença única, em substituição às licenças por fases, para as atividades relacionadas ao agronegócio, o que em última análise enfraquece a atividade fiscalizatória do Estado. Segundo a ministra:

O licenciamento ambiental não é procedimento meramente burocrático do Poder Público, mas "*um dos processos preventivos mais relevantes em tema de proteção ao meio ambiente*" (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 94), pelo qual a Administração Pública exerce o poder de polícia em matéria ambiental de forma preventiva. Não é lícito ao legislador estadual, nem, no caso, ao legislador amapaense, portanto, dissentir da sistemática definida em normas gerais pela União, instituindo licença ambiental única que, de forma inequívoca, tornará mais frágeis e ineficazes a fiscalização e o controle da Administração Pública sobre empreendimentos e atividades potencialmente danosos ao meio ambiente.⁵²

Na ADI 6288, por sua vez, ajuizada por partido político em face de artigos da Resolução n. 02/2019, do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Ceará – COEMA/CE, que é marco regulatório da licença ambiental naquele Estado, questionou-se, entre outros, que dispositivos da resolução teriam extrapolado a competência concorrente do Estado para legislar sobre meio ambiente, usurpando a competência da União para estabelecer as normas gerais sobre a matéria.

A Relatora, Min. Rosa Weber, considerou que no caso, não houve ofensa ao esquema Constitucional, na medida em que é possível a complementação da legislação federal, e a norma atacada apenas implantou novas formas de concessão do licenciamento, com a previsão de novos tipos de licença, estabelecidos tendo em consideração a características próprias de cada empreendimento ou atividade, não cogitando de desproteção ambiental. Curioso que a Resolução COEMA/CE n. 02/2019 também previu, no seu art. 4º, inciso VII, a possibilidade de licença ambiental única, para localização, implantação e operação de empreendimentos ou atividades de porte micro e pequeno,

52 STF. Pleno. ADI 5475. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/4/2020, p. 3/6/2020.

com potencial poluidor-degradador baixo e médio, não havendo, na análise do Supremo, problemas quanto a implantação desse tipo de licença.⁵³

Assim, de acordo com a Relatora, "*por não destoar do desenho cooperativo constitucionalmente estabelecido e não minorar a proteção ambiental, é ausente a configuração da inconstitucionalidade alegada*".⁵⁴ Por fim, foi reconhecida a procedência parcial da ação direta, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade material do art. 8º da Resolução, por estabelecer indevida dispensa de licenciamento para algumas atividades, potencialmente poluidoras, contrariamente ao que dispõe a União.

Em outro caso, na ADI 4615, da Relatoria do Min. Barroso, o resultado do julgamento também considerou válido o estabelecimento de procedimento simplificado para atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, em consonância também com o que já dispunha a Resolução CONAMA n. 237/1997 (art. 12, § 1º), que permite o estabelecimento de procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente.⁵⁵

4.2. OLHAR SOBRE A LINHA INTERPRETATIVA DO SUPREMO

Ao meu ver, o Supremo Tribunal Federal, em matéria ambiental, apesar da aparente incoerência, tem dado um tratamento bastante uniforme a esta matéria. O Pretório Excelso tem estabelecido a prevalência de normas mais restritivas, isto é, que estabeleçam maior (ou melhor) proteção ao meio ambiente, tendendo a declarar a validade das normas estaduais que não estabeleçam flexibilizações quanto ao licenciamento, se a atividade sobre a qual versam tiver reconhecido potencial para prejudicar a proteção ambiental.

Esse posicionamento não é livre de críticas, pois para alguns, apesar da perspectiva cooperativa que se espera no federalismo ecológico, têm-se favorecido o poder normativo da União, especialmente em matéria de licenças, impedindo que os Estados estabeleçam normas específicas que seriam necessárias para regular suas situações próprias.⁵⁶ Com razão, seria plenamente possível aos Estados tratar sobre as matérias que

53 STF. Pleno. ADI 6288. Rel. Min. Rosa Weber, j. 23/11/2020, p. 3/12/2020.

54 STF. Pleno. ADI 6288. Rel. Min. Rosa Weber, j. 23/11/2020, p. 3/12/2020.

55 STF. Pleno. ADI 4615. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20/9/2019, p. 28/10/2019.

56 Cite-se, por exemplo, este artigo do professor Marcus Lima: LIMA, Marcus. Supremo recria o federalismo cooperativo e amplia insegurança jurídica no direito ambiental. *Direito Ambiental.com*, 4 dez. 2020. Disponível em <<https://direitoambiental.com/supremo-recria-o-federalismo-cooperativo-e-amplia-inseguranca-juridica-no-direito-ambiental/>>. Acesso em 5 jun. 2021, as 17h49min.

tratam, notadamente ligadas a regras de procedimento quanto a concessão de licença ambiental.

Paulo Bessa, por exemplo, entende que o STF tem dado à questão um tratamento bastante coerente, embora extremamente centralizador. Enxerga-se olhar de certa desconfiança quanto a capacidade dos Estados de legislarem de forma complementar.⁵⁷

De certa forma, se observado o panorama legislativo do tema, é inegável a prevalência da legislação ambiental de âmbito federal, ainda que de caráter meramente regulamentador, que acaba sendo mais ampla e avança no campo de atuação dos Estados.

Inúmeros fatores explicam essa situação, desde a falta de uma normativa estadual completa acerca dos limites da competência constitucional de cada ente em matéria constitucional, até a falta de recursos direcionados ao tratamento do tema ambiental, situação que deixa os Estados em situação de desvantagem perante o Ente central da Federação.

Apesar da substância das críticas, consegue-se notar da análise dos julgados mais recentes do STF que o Pretório Excelso tem utilizado baliza interpretativa diversa, levando em consideração graus de proteção do meio ambiente.

Um exemplo é o curioso caso relacionado à impugnação por ação direta, de norma estadual que proibiu o uso do amianto no respectivo Estado. Esse julgado, já tratado no capítulo relacionado ao federalismo cooperativo sanitário, bem ilustra a perspectiva esperada em decisões do Supremo, já que mantida a legislação estadual “restritiva” em detrimento da lei federal.

Outro julgamento bem ilustra esse panorama.

4.3. USO DE ANIMAIS EM TESTES E EXPERIMENTOS NA INDÚSTRIA QUÍMICA

Em 15/4/2020, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional lei estadual (Lei Estadual n. 289/2015, do Estado do Amazonas) que proíba a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes.⁵⁸

57 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020, n.p. (versão em *e-book*).

58 STF. Pleno. ADI 5996. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15/4/2020, p. 30/4/2020.

O que chama a atenção nesse caso é que, conforme sustentado pelo legitimado, havia uma lei federal (Lei n. 11.794/2008) que permitia a realização de testes em animais, considerando-a uma norma geral na disciplina do tema.

O voto que prevaleceu, do Min. Alexandre de Moraes, considerou que a disciplina constitucional do meio ambiente determina a proteção da fauna e flora, vedada, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII, da CF), julgando improcedente o pedido.

No particular, segundo o relator, embora a Lei n. 11.794/2008 tenha autorizado a utilização de animais em atividades de ensino e pesquisas científicas, desde que sejam observadas algumas condições relacionadas aos procedimentos adotados, que visavam a evitar e/ou atenuar o sofrimento dos animais, no âmbito do Estado do Amazonas, o fato de o tema ter sido abordado de uma maneira mais restrita, pois a lei estadual proíbe completamente a prática, inclusive estipulando sanção pecuniária e administrativa no caso de descumprimento, não implica em invalidade da lei, não invadindo competência da União:

Em matéria de proteção ambiental, especificamente, e aqui entra a defesa da fauna, a opção tomada pelo Constituinte foi a de partilhar competências materiais e legiferantes, como já assinalado acima, com a transcrição do art. 24, VI, da CF. Assim sendo, nada impõe a necessária prevalência da legislação editada pelo ente central, especialmente quando considerado que a norma estadual veicula disciplina ambiental mais protetiva, se comparado com a lei federal que tratou da mesma matéria.⁵⁹

Optou-se, portanto, claramente pela legislação estadual, que, destacou o ministro, optou por seguir, na esteira de outras unidades da federação, "*um movimento mundial no sentido de proibir experimentos e testes de cosméticos em animais, o que não torna censurável o exercício de sua competência concorrente para tratar do tema, visando à proteção da vida animal*"⁶⁰.

5. FEDERALISMO COOPERATIVO EM CONSUMO

De saída, não se nega o caráter de direito fundamental outorgado ao direito do consumidor (art. 5º, inciso XXXII da CF/1988), que também é princípio da ordem econômica

59 STF. Pleno. ADI 5996. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15/4/2020, p. 30/4/2020.

60 STF. Pleno. ADI 5996. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15/4/2020, p. 30/4/2020.

(art. 170, inciso V da CF/1988) e que o legislador constituinte originário inseriu no âmbito das competências concorrentes (art. 24, inciso V da CF/1988).

Diante disso, muito se discutiu nos últimos anos no Supremo Tribunal Federal acerca da competência para legislar sobre direito do consumidor por parte dos Estados, especialmente diante do condomínio legislativo, e da competência da União para tratar privativamente sobre matérias que, de modo transversal, também podem se inserir na competência comum.

A exemplo do que ficou constatado no plano de federalismo cooperativo ecológico, podemos enxergar certa prevalência por normas protetivas ao consumidor.

5.1. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA

Na ADI 5724, a associação legitimada questionou a constitucionalidade de lei estadual que obrigava a empresa de telefonia celular a disponibilizar na internet extrato detalhado das chamadas telefônicas e serviços utilizados nos planos “pré-pagos”.

Aos olhos da Constituição, a União tem realmente competência privativa para legislar em matéria de telecomunicações (art. 22, inciso IV da CF/1988), sem embargo da competência exclusiva de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações (art. 21, inciso XI da CF/1988).

Ocorre que, na visão da maioria do Plenário da corte, tal situação se enquadraria melhor na competência do Estado para, de forma concorrente, legislar sobre direito do consumidor (art. 24, inciso V, da CF). Essa visão leva em conta que, no caso, a legislação estadual não trata especificamente da prestação de serviços de telecomunicação, ou seja, do núcleo das atividades das concessionárias, mas apenas visa obrigar o fornecedor do serviço a um dever de informação que visa proteger o consumidor contra cobranças indevidas, em consonância com a proteção do direito do consumidor, direito fundamental insculpido no art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V, da CF.⁶¹

A orientação da Corte, como se pode ver nesse primeiro momento, assenta-se em privilegiar, na competência legislativa concorrente, a autonomia local e o respeito das diversidades.

Isso porque o equilíbrio federativo exige que as análises do Supremo Tribunal Federal procurem não tolher a competência dos Entes federativos menores, privilegiando

61 STF. Pleno. ADI 5724. Rel. Min. Roberto Barroso, Red. para o Ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/11/2020, p. 29/3/2021.

um equilíbrio federativo na esteira do esquema de distribuição de competências previsto na CF/1988.

Com essa mesma visão, outros julgados recentes do STF primaram pela constitucionalidade da lei estadual em detrimento da suposta competência privativa da União para legislar sobre o tema.

Na ADI 5572 o STF nesse mesmo sentido considerou constitucional uma lei estadual que obrigava as prestadoras do serviço de internet móvel e de banda larga a apresentar, na fatura mensal, gráficos informando a velocidade diária média de envio e de recebimento de dados entregues no mês, não implicando ofensa à legislação federal, ainda que consideradas as Leis n. 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e n. 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações), mas sim de norma de competência concorrente entre União e Estados-membros.⁶²

Na ADI 5.745, também foi julgada constitucional lei estadual que obrigava as empresas prestadoras de serviço a, previamente, informarem, aos consumidores, dados dos funcionários que executariam os serviços demandados em suas residências ou sedes.⁶³

Na ADI 4.908, o Tribunal também entendeu pela constitucionalidade de norma estadual que previa hipótese de cancelamento de multa contratual de fidelidade de usuário de serviços de telefonia fixa e celular.⁶⁴

Em julgado mais recente, de fevereiro de 2021, decidiu o Supremo, na ADI 5962, que normas estaduais que disponham sobre obrigações destinadas às empresas de telecomunicações, relativamente à oferta de produtos e serviços, incluem-se na competência concorrente dos estados para legislar sobre direitos do consumidor (art. 24, inciso V da CF). Portanto, foi declarada constitucional lei estadual que obrigou as empresas de telefonia a instituírem cadastro especial de assinantes que manifestassem oposição ao recebimento, via telefone, de ofertas de comercialização de produtos ou serviços.⁶⁵

Transcrevo, por relevante, trecho do voto do Relator, Min. Marco Aurélio:

62 STF. Pleno. ADI 5572. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23/08/2019.

63 STF. Pleno. ADI 5745. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. para o Ac. Min. Edson Fachin, j. 7/2/2019, p. 16/9/2019.

64 STF. Pleno. ADI 4908. Rel. Min. Rosa Weber, j. 11/4/2019, p. 6/5/2019.

65 STF. Pleno. ADI 5962. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/2/2021, p. 21/5/2021.

O texto constitucional não revela impedimento à edição de legislação estadual que, sem versar especificamente referidos serviços, acabe produzindo impacto nas operações das empresas prestadoras, desde que preservado o núcleo da regulação, a ser exercida pelo ente central da Federação. Indaga-se: o legislador local, ao instituir obrigação de criação e manutenção de “cadastro especial de usuários que se oponham ao recebimento de ofertas de comercialização de produtos e serviços” – artigo 1º, § 1º –, fixando prazo para o implemento – artigo 3º – e multa por descumprimento – artigo 4º –, e ao vedar a realização de “cobranças e vendas de produtos via telefone, fora do horário comercial, nos dias de semana, feriados e finais de semana” – artigo 1º-A –, interveio no núcleo de atuação das empresas voltadas à prestação de serviços de telecomunicações, usurpando competência privativa da União? A resposta é negativa. A elaboração do ato normativo não criou obrigação nem direito relacionados à execução contratual da concessão de serviços de telecomunicações. Antes, buscou ampliar mecanismo de tutela da dignidade dos usuários – “destinatários finais”, na dicção do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁶

Esse mesmo entendimento já tinha sido exposto em julgado anterior, de 2019, no qual o STF entendeu que, ausente a instituição de obrigações relacionadas à execução contratual da concessão de serviço de telecomunicações, é constitucional norma estadual a vedar a realização de cobranças e vendas de produtos via telefone, fora do horário comercial, nos dias de semana, feriados e fins de semana, ante a competência concorrente dos Estados para legislar sobre proteção aos consumidores.⁶⁷

É preciso salientar que, apesar de a jurisprudência parecer coerente e orientada ao respeito à legislação estadual que estabeleça normas protetivas aos direitos dos consumidores, o Supremo Tribunal Federal nem sempre entendeu dessa maneira.

Na ADI 3959, por exemplo, julgada em abril de 2016, o Supremo Tribunal Federal considerou que a Lei n. 12.239/2006, do Estado de São Paulo, que em síntese obrigava as companhias operadoras de telefonia fixa e móvel a constituírem cadastro especial de assinantes do serviço interessados no sistema de venda por meio de

66 STF. Pleno. ADI 5962. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/2/2021, p. 21/5/2021.

67 STF. Pleno. ADI 6087. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/8/2019, p. 23.9/2019.

telemarketing, foi declarada inconstitucional, em razão de ferir a competência da União Federal de legislar privativamente sobre o serviço de telecomunicações.⁶⁸

Assim, houve uma evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que atualmente o STF tende a priorizar a legislação estadual mais protetiva aos consumidores, em matéria de fornecimento de serviço de telecomunicações.

5.2. DEVER DE INFORMAÇÃO

Alguns outros julgados do Supremo Tribunal Federal, versando sobre a rotulagem de produtos também espelham a jurisprudência prevalecente do Supremo Tribunal Federal a respeito da preponderância do interesse do consumidor, no âmbito da competência concorrente.

No caso da ADI 5166, o STF julgou constitucional norma estadual que dispunha sobre regras para a exposição de produtos orgânicos em estabelecimentos comerciais, não entendendo o Pretório Excelso haver qualquer invasão da competência federal.⁶⁹

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes:

Não raras vezes surgem dúvidas sobre os limites da competência legislativa dos entes federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo próprio constituinte na sua definição e a aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência. Ao constatar-se aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses. (DEGENHART, Christoph. Staatsrecht, I, Heidelberg, 22^a edição, 2006, p. 56-60) No presente caso, alega-se que a disposição dos produtos em um supermercado para venda ao consumidor é ato de comércio e, portanto, objeto do direito comercial. Constato, no entanto, que a norma impugnada se dirige à proteção do consumidor, para garantir ao cidadão o devido acesso à informação a respeito dos produtos orgânicos disponíveis nos estabelecimentos comerciais. O ato normativo em questão assegura ao consumidor o direito de obter facilmente informação a respeito

⁶⁸ STF. Pleno. ADI 3959. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20/4/2016, p. 11/5/2016.

⁶⁹ STF. Pleno. ADI 5166. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3/11/2020, p. 20/11/2020.

do tipo de produto cuja exposição se pretende privilegiar. Conforme justificativa que acompanhou o projeto de lei, pretendeu o legislador facilitar para o consumidor a localização dos produtos orgânicos e estimular seu consumo.⁷⁰

Assim, por se tratar de lei que dispõe sobre a proteção do consumidor, e por guardar pertinência com a Lei Federal n. 10.831/2003, que estabelece normas para a comercialização de produtos orgânicos no mercado interno, referida lei não merecia a pecha de inconstitucional.⁷¹

No mesmo sentido, o STF também considerou constitucional lei estadual que dispôs sobre a obrigatoriedade de rotulagem em produtos de gêneros alimentícios que contenham transgênicos.⁷²

6. FEDERALISMO COOPERATIVO NA QUESTÃO MIGRATÓRIA

O Brasil é conhecido internacionalmente como um país acolhedor. Com a situação crítica do Haiti, e mais recentemente, da Venezuela, o país experimentou um fluxo migratório intenso desses países, a desafiar os Entes federativos a lidar com os reflexos sociais e econômicos advindos da situação.

Especificamente nesses dois casos, nasceram conflitos federativos que foram postos a apreciação do Supremo Tribunal Federal através de ações cíveis originárias, nos termos do art. 102, inciso I, alínea "f" da CF/1988.

6.1. RORAIMA E A CRISE MIGRATÓRIA VENEZUELANA - ACO 3121

Com o agravamento da crise social e econômica na Venezuela, em especial a partir da instabilidade política vivida desde 2013, o Brasil experimentou um crescimento vertiginoso da imigração de Venezuelanos para o território nacional. Sem emprego e diante da inflação descontrolada, aquele País experimenta situação de fome e miséria, de modo que muitas famílias decidiram migrar para países vizinhos em busca de novas oportunidades.

Um dos principais destinos escolhidos pelos venezuelanos foi o Brasil. Segundo dados apresentados pela Unicef, entre 2015 e maio de 2019 o Brasil registrou mais de 178

70 STF. Pleno. ADI 5166. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3/11/2020, p. 20/11/2020.

71 STF. Pleno. ADI 5166. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3/11/2020, p. 20/11/2020.

72 STF. Pleno. ADI 4619. Rel. Min. Rosa Weber, j. 9/10/2020, p. 11/1/2021.

mil solicitações de refúgio e de residência temporária de nacionais Venezuelanos no Brasil.⁷³

A proximidade com o território da Venezuela tem concentrado em Roraima a maior parte dos imigrantes, o que inegavelmente gerou pressão sobre os serviços públicos de saúde e assistência social presentes no Estado.

Nesse contexto, o Estado de Roraima ajuizou ação cível originária (ACO 3121), visando, em síntese: (a) obrigar a União a promover medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária na região da fronteira entre o Brasil e a Venezuela; (b) a imediata transferência de recursos adicionais da União para suprir custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes oriundos da Venezuela estabelecidos em território roraimense; e (c) compelir a União a fechar temporariamente a fronteira entre Brasil e Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes.

Dentre outros, o Governo do Estado de Roraima sustentou que a população de imigrantes em Boa Vista já superava 10% da população do Estado, gerando aumento da criminalidade e sobrecarga nos serviços públicos de saúde e educação, obrigando, entre outros, o Governo local a instalar abrigos, arcar com despesas adicionais com matrícula de alunos imigrantes na rede pública de ensino do Estado e custear atendimentos na rede estadual de saúde para imigrantes.

Ao longo do processo, as partes chegaram a um acordo parcial em que estipularam, entre outros, a continuidade, pela União, da redistribuição dos imigrantes para outros Estados e do suporte que vinha sendo oferecido nas áreas de assistência social, permanecendo a lide em relação ao repasse de recursos solicitado pelo Estado de Roraima.

No voto da Relatora, Min. Rosa Weber, prevaleceu o entendimento de que a União também deveria ser responsabilizada pelas despesas adicionais do Estado-federado decorrentes da massiva imigração.

Embora tenha se sustentado, ao longo do processo, que inexistia direito à indenização ou ao ressarcimento a Estado-membro em decorrência das políticas públicas e serviços públicos voltados a imigrantes e refugiados, pois decorrentes da competência administrativa do Estado, adotou-se no julgamento o ponto de vista do federalismo cooperativo diante dessa situação conjuntural.

Em parêntesis, é preciso rememorar que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, por princípios como a prevalência dos direitos

73 BRANDÃO, Inaê. Crise migratória venezuelana no Brasil. O trabalho do UNICEF para garantir os direitos das crianças venezuelanas migrantes. Unicef. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>>. Acesso em 5/6/2021, às 18h41min.

humanos, defesa da paz e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, incisos II, VI e IX da CF/1988).

De outra via, a recente Lei da Migração (Lei n. 13.445/2017), estipulou que a política migratória brasileira é orientada também pela diretriz da acolhida humanitária (art. 3º, inciso VI).

Neste vértice, não se poderia, realmente, fechar as fronteiras como pleiteado na ação originária, no entanto, diante da situação extraordinária, seria o caso de acolher o pedido relacionado a transferência de recursos.

Como ficou comprovado nos autos do processo em questão, o Estado de Roraima, como não poderia deixar de ser, suportou despesas relacionadas ao reflexo da questão migratória. Estimado que a população de migrantes da cidade de Boa Vista superou os 10% da população da cidade, ínsita a realização de despesas que incluiriam a acomodação e prestação de serviços públicos mínimos aos migrantes, em sua grande maioria de refugiados.

Por outro lado, dentro de uma visão de cooperação que deve existir entre os Entes federativos, especialmente diante de situações excepcionais como a que se apresentou em Roraima, não seria razoável que a União permitisse o ingresso de imigrantes em território brasileiro, com base em princípios inscritos na Carta Magna e legislação infraconstitucional correlata, e portanto de interesse nacional, e não arcasse com as despesas decorrentes, ressarcindo os entes federados prejudicados em razão da sua localização na fronteira.

Importante frisar que o gasto extraordinário não poderia ser imputado a qualquer postura do Governo do Estado. Como salientou a Ministra Rosa Weber em seu voto, a abertura da fronteira, pelo Estado brasileiro, para recepcionar refugiados venezuelanos é decorrência do cumprimento de obrigações internacionais, somados à sistemática interna que propõe ao Brasil o caráter de Estado acolhedor.⁷⁴

Diante desse quadro, é preciso ressaltar que a competência para cuidar da saúde e assistência pública e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos é comum entre os Entes federativos (art. 23, II, X da CF). Inegável, portanto, que a União deve ser conjuntamente responsabilizada sob o prisma do federalismo cooperativo, já que a competência comum implica em responsabilidade também comum dos Entes federativos.

74 STF. Pleno. ACO 3121. Rel. Min. Rosa Weber, j. 13/10/2020, p. 27/10/2020.

Segundo a Ministra Rosa Weber, nas matérias de que trata o art. 23 da CF a cooperação é obrigatória e, assim sendo, a União não poderia eximir-se de arcar com os custos decorrentes de uma atividade que é a ela comum. Desse modo, a meu ver, acertada a decisão do supremo que, no mérito, determinou a repartição desses custos.

A ação, no ponto, foi então julgada parcialmente procedente para determinar à União a transferência de recursos adicionais ao Estado de Roraima em quantia correspondente à metade dos gastos cujo ressarcimento é vindicado pelo autor, conforme se apurar em liquidação.⁷⁵

6.2. O ACRE E A CRISE MIGRATÓRIA HAITIANA - ACO 3113

As raízes do movimento migratório haitiano são bastante antigas. O país esteve assolado por conflitos políticos no último século, e envolto em questões complexas, viveu ditaduras e influências externas nos grupos de poder. Nesse contexto, o país existe mergulhado em uma crise social profunda e duradoura.

O trágico terremoto no Haiti em 2010 apenas agravou uma situação já existente, deixando cerca de 300 mil mortos e afetando negativamente a vida de mais de 1,5 milhão de pessoas.⁷⁶ O endurecimento da crise motivou a criação de uma rota de imigração com destino ao Brasil, apesar da distância.

Com a rota de entrada estabelecida via Bolívia, o Estado do Acre experimentou efeitos da migração semelhantes aos que aconteceram com Roraima em relação à Venezuela, estabelecendo-se como “porta de entrada” para os imigrantes ao Estado brasileiro, embora em um ritmo um pouco mais lento.⁷⁷

Assim, no mesmo sentido, o Estado do Acre ajuizou, em desfavor da União, ação cível originária visando o ressarcimento de despesas com a prestação de assistência a imigrantes, em sua maioria haitianos, que teriam gerado dispêndio extra, para o Estado, de

⁷⁵ STF. Pleno. ACO 3121. Rel. Min. Rosa Weber, j. 13/10/2020, p. 27/10/2020.

⁷⁶ CHARLES, Jacqueline. Dez anos após ser devastado por terremoto, Haiti ainda vive em cenário desolador. National Geographic Brasil. Porto Príncipe, 15/1/2020. Disponível em: <<https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2020/01/dez-anos-apos-ser-devastado-por-terremoto-haiti-ainda-vive-em-cenario-desolador>>

⁷⁷ Segundo estudos baseados em postos de controles de fronteiras, realizados entre 2010 e 2015, o Estado do Acre respondeu no período por 88% dos haitianos e haitianas que ingressaram no Estado brasileiro. (BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta. Migração de Crise: a migração haitiana para o Brasil. Revista Brasileira De Estudos De População (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0017>>, Acesso em 29/5/2021, as 23h36min.

cerca de R\$ 27.500.000,00, dos quais R\$ 12.500.000,00, em valores aproximados, não teriam sido ressarcidos.

De acordo com o autor da ação, o fluxo migratório, notadamente sobre pequenos municípios fronteiriços, resultou em gastos extras por parte do Estado, destinados ao atendimento dos imigrantes nas áreas de saúde, educação e assistência social.

Também analisada sob o prisma do federalismo cooperativo, essa ação teve um desfecho diverso da anterior, contudo, levando em conta suas especificidades. Apesar do voto do Relator, Min. Marco Aurélio, julgando procedente o pedido, prevaleceu o voto vista do Min. Alexandre de Moraes, abrindo divergência.⁷⁸

Segundo o relator, não seria exclusivo da União o dever de custear as despesas com imigrantes que entram no país, sendo suficiente a ajuda financeira, técnica e de pessoal já prestada ao Estado do Acre, inclusive com o repasse de recursos federais. Logo, estariam cumpridos os deveres constitucionais e internacionais da União. O voto do Min. Edson Fachin, acompanhando a divergência, realçou que grande parte dos haitianos que ingressaram pelo Acre lá não permaneceram.

Portanto, diante das especificidades desse caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu por maioria que a União não falhou no seu dever de cooperação, de modo que os argumentos levantados pelo Estado-membro não prevaleceram.

É importante frisar que, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, ciente das ações tomadas pela União Federal, entendeu que seriam suficientes. A meu ver, também pesou o fato de o Estado do Acre não ter conseguido demonstrar, na ação, a absorção, sem auxílio da União, da maior parte das demandas repassadas pela migração.

Diante dessa aclarada quadra, embora o julgamento improcedente da ACO 3113, entendo que o Supremo Tribunal Federal consolidou, com esses dois casos julgados no ano passado, uma linha jurisprudencial no sentido de tratar as questões migratórias, especialmente por gerarem pressão sobre direitos sociais, sob o prisma do federalismo cooperativo, obrigando que a União absorva parte das obrigações decorrentes, especialmente pelo fato de que a concretização dos direitos sociais se inserem no âmbito da competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

78 STF. Pleno. ACO 3113. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020, p. 16/12/2020.

É de se considerar que o Estado, não estando preparado para absorver essas demandas, especialmente no caso de Roraima, que tem orçamento reduzido se comparado com outros Estados da Federação, deve receber auxílio do Ente central.

7. CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição e como corte constitucional essencial ao federalismo, ao tratar das questões federativas sob o ângulo da Constituição, especialmente em ações diretas e ações cíveis originárias, zela, em síntese, pelos direitos e garantias fundamentais e pela preservação do esquema organizativo constitucional de competências.

Diante dessa quadra, no julgamento do RE 194.704, o STF fixou que a diretriz a ser observada em casos de conflitos de competência é que, nos casos em que a competência legislativa recaia sobre assunto que remeta a mais de uma norma, o intérprete deve acolher a interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria, o que se chama de *presumption against preemption*.⁷⁹

Esse norte interpretativo vem sendo observado em outros julgamentos, inclusive na ADI 3110, analisada no capítulo relativo ao federalismo cooperativo sanitário.

No caso, entendeu-se que a competência municipal para tratar de assuntos de interesse local deveria ser preservada, da mesma forma que os Estados/DF e União deteriam a competência sobre os temas de seu interesse, “locais” no âmbito de sua competência.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal também assentou que – e isso ficou expresso na ementa daquele julgado – o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais. Daí se infere que o objetivo dos Entes da federação é claramente o de promover o bem comum do seu povo, em consonância com o conceito tradicional de Estado estabelecido por Dalmo de Abreu Dallari e tratado no princípio do capítulo inicial. A descentralização traz o governo para mais próximo da população, visando que seus interesses sejam satisfeitos.

Logo, a regra é que os entes menores detêm, para os assuntos de interesse comum e concorrente, autonomia plena para exercer nos seus respectivos âmbitos de atuação, mediante exercício da competência normativa.

79 STF. Pleno. RE 194.704, Rel. Min. Carlos Velloso, Red. para o Ac. min. Edson Fachin, j. 29/6/2017, p. 17/11/2017.

No entanto, se a lei do ente maior prever o *clear statement rule*, ou seja, excluir o poder de complementação que detém os entes menores, desde que de forma adequada, esse poder dos Entes menores acaba tolhido.

Tal lógica, *mutatis mutandis*, tem se revelado presente na jurisprudência do Pretório Excelso.

É possível verificar, do padrão de julgados mais recente relacionada ao tratamento de conflitos de competência constitucional federativa que o Supremo Tribunal Federal dá prevalência a concretização de direitos fundamentais e de normas que lhe deem garantias.

Até mesmo em se tratando de tributos, a lógica está presente. Como visto, a repartição fiscal é inerente à repartição de competências, já que não é possível a prestação de direitos positivos – status positivo – sem que o Estado tenha condições de custeá-los.

Direitos sociais como saúde, educação, segurança pública e transportes demandam investimentos por parte do poder público, que se estendem da instalação à operação. O financiamento dessas atividades ocorre geralmente através de receitas públicas derivadas, as que o Estado obtém por meio do seu poder de império, provenientes da arrecadação tributária, que se subsume na principal fonte de receitas do Estado.

Logo, a garantia de arrecadação tributária inexoravelmente resulta na maior disponibilidade orçamentária ao Estado. Apesar de não haver garantias de que isso se converta em melhorias à população, a arrecadação é condição *sine qua non* para a prestação de qualidade dos direitos fundamentais, especialmente os positivos.

Em última análise, portanto, a maior arrecadação tributária deve se converter em benefícios ao bem estar da população, daí que a necessidade de se assegurar a competência tributária denota no bem estar da população, fim do Estado.

No caso analisado relativo à isenção heterônoma de ICMS e da falta de compensação financeira, o pensamento da corte convergiu com o ideal de permitir que a arrecadação não fosse prejudicada.

Naquele caso, relembra-se, também restou evidente outra faceta antes pouco vista do federalismo cooperativo, de busca para a solução consensual de controvérsias, como ocorreu no acordo firmado após o julgamento da ADO 25.

O destaque realizado, adiante, ao caso das legislações estaduais consideradas invalidadas quando disciplinavam o chamado ITCD internacional é ponto fora da curva nesse trilho, e pode receber solução diferente em caso de uma ADO, por exemplo, caso seja observada a mesma linha de pensamento do julgado alhures.

Dentro desse mesmo espectro, no que diz respeito à atuação do Estado na área da saúde, o STF atuou no sentido de dar prevalência à norma que garantisse melhor proteção, fosse ela estadual ou federal.

Chamou atenção o caso da proibição do amianto por legislação estadual, considerada válida em razão da proteção à saúde, não obstante existisse legislação federal permissiva, assim como ocorreu em relação às leis que tratavam da proibição de uso de cigarros em locais públicos.

Por outro lado, no caso das antenas de celular, bem como nas decisões envolvendo OGMs, a lei federal, sendo considerada suficiente, foi indicada válida pela Suprema Corte, privilegiando a regulamentação federal mais uniforme em detrimento de uma não nítida proteção melhor à saúde da população. Aspectos econômicos, no caso dos OGMs, também foram observados para sacramentar a prevalência da norma federal.

Nos casos relativos à pandemia, por sua vez, tem prevalecido a máxima de que os Entes devem atuar de forma coordenada, não havendo impedimento para a ação de Estados e Municípios sempre que a União não cumprir o seu papel com medidas sanitárias eficazes – mais uma vez busca-se privilegiar a ação do Ente federativo que melhor se amolde ao fim colimado, que é o de proteger a saúde da população.

A mesma lógica também é observada quando o assunto é a legislação relativa ao meio ambiente.

Considerando que o meio ambiente equilibrado também se converte em um direito fundamental, competindo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput* da CF), é do interesse de todos assegurar que o exercício da competência privilegie a preservação do meio ambiente, sempre em observância a princípios constitucionais ambientais, especialmente em temas como licenciamento ambiental e controle de poluição.

Logo, o STF, no caso relativo à possibilidade de uso de animais para testes, considerou válida a lei estadual restritiva perante a lei federal permissiva. Ademais, ao tratar do tema do licenciamento, considerou possível a previsão de licenciamento ambiental simplificado pela legislação estadual quando a situação concreta trate de atividade evidentemente sem potencial de causar poluição, embora tenham se destacado críticas a esses julgamentos. De uma maneira geral, portanto, assegura-se a legislação que melhor observe os princípios da precaução e prevenção e o vetor da proteção ambiental.

No que diz respeito à regulação infraconstitucional das relações de consumo, dá-se prevalência clara aquelas normas que privilegiam a proteção ao consumidor, nos termos do art. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V da CF/1988, sempre que houver possível

colisão com assuntos cuja competência seja privativa da União (e.g.: direito civil) e desde que razoáveis do ponto de vista econômico, restando claro que, se a legislação federal estabeleceu uma proteção considerada suficiente, não cabem aos Estados estabelecerem restrições de maior envergadura.

Adiante, no que tange às questões migratórias, ficou claro que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, deve haver um compartilhamento de custos decorrentes de compromissos constitucionais assumidos pela República Federativa do Brasil quanto a acolhida de imigrantes, não se mostrando consentâneo com o federalismo cooperativo que o Ente federativo menor arque com a totalidade dos custos econômicos provindos de uma decisão política que é nacional, tomada com base nos princípios das relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º da CF/1988).

A lição retirada da análise dos julgados, portanto, circunscreve o pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca dos temas analisados.

O federalismo cooperativo exige atuação positiva dos Estados que, se regular, não merece tolhimento pelo fato do exercício da competência pela União. A Constituição Federal estabelece um incentivo ao legislador estadual para, dentro das questões de condomínio legislativo, exerça a competência que lhe foi outorgada de forma concorrente com a União, atuando onde seja necessário atuar.

A competência não retrata mera faculdade, mas de um poder-dever dos Estados. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em certa oportunidade, não cabe ao legislador estadual, nessas matérias, simplesmente fazer remissão à aplicação da legislação federal correlata.⁸⁰

⁸⁰ Vide julgamento proferido na ADI 2303: *“Daí se extrai a inconstitucionalidade do ato, cujos contornos direcionam ao esvaziamento do que preconiza a Lei Maior no tocante às competências material e legislativa: atua o ente cujo interesse acerca do tema surja predominante. Ora, se a Assembleia Constituinte estabeleceu haver interesse dos Estados no tocante à saúde, produção e consumo, proteção e responsabilidade por danos ao meio ambiente – artigo 24, incisos VI, VIII e XII, da Carta Federal –, descabe ao ente federado recusar-se ao implemento das providências pertinentes pelos meios próprios. A dimensão do descompasso da lei impugnada é maior quando se considera o federalismo cooperativo. A lógica mostra-se intransponível e direciona ao estabelecimento de normas gerais pela União e à atuação dos Estados no atendimento a peculiaridades regionais. A sistemática adotada pelo Estado do Rio Grande do Sul afasta essas diretrizes e remete à observância automática da “legislação federal específica”, revogando os dispositivos locais, os diplomas estaduais vigentes. O Estado recusa-se a cumprir o dever constitucional de providenciar a implementação, harmoniosa e atenta aos interesses regionais, de valores consagrados na Lei Fundamental. Subverte-se, conseqüentemente, até mesmo a elaboração de políticas públicas específicas à realidade local. A ressaltar essa óptica, a própria temática versada nesta ação direta evidencia a indispensabilidade de tratamento particularizado, tendo em vista a diversidade biológica verificada no País.”* STF. Pleno. ADI 2303. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5/9/2018, p. 11/11/2020.

Ao longo do trabalho foi percebido que uma característica ínsita à forma de Estado federativa é a capacidade de autolegislação. O ato de renúncia dessa competência acaba desnaturando o esquema organizativo federativo, o que não deve ser tolerado, devendo os Estados-membros (e os Municípios), conservarem e exercerem a sua capacidade de legislação para seus interesses particulares.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

AMAPÁ. **Lei Complementar n. 0005, de 18 de agosto de 1994**. Institui o Código de Proteção ao Meio Ambiente do Estado do Amapá e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/ver_texto_lei.php?iddocumento=5632>.

AMAZONAS. **Decreto n. 42.087, de 19 de março de 2020**. DISPÕE sobre a suspensão das aulas da rede pública estadual de ensino, em todos os municípios do Estado do Amazonas, bem como das atividades das academias de ginástica e similares, e do transporte fluvial de passageiros em embarcações, à exceção dos casos de emergência e urgência, na forma que especifica. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/Decreto-42087-de-19.3.2020.pdf>>.

AMAZONAS. **Lei Promulgada n. 289, de 03/12/2015**. PROÍBE a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes no Estado do Amazonas, e dá outras providências. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2015/9412/9412_texto_integr_al.pdf>.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta. **Migração de Crise: a migração haitiana para o Brasil**. *Revista Brasileira De Estudos De População* (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0017>>.

BRANDÃO, Inaê. **Crise migratória venezuelana no Brasil. O trabalho do UNICEF para garantir os direitos das crianças venezuelanas migrantes**. Unicef. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997.** Disponível em:

<<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>.

BRASIL. Departamento de Comunicação Institucional da Unifesp. **Principal causa de mortes evitáveis no mundo.** Disponível em:

<<https://www.unifesp.br/reitoria/dci/publicacoes/entreteses/item/2199-principal-caoa-de-mortes-evitaveis-no-mundo>>.

BRASIL. Instituto Nacional do Câncer. **Causas e Prevenção: Amianto.** Publicado em 21 mai. 2021. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/exposicao-no-trabalho-e-no-ambiente/amianto>>.

BRASIL. **Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996.** Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR) Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de set. 1996. p. 18261.

BRASIL. **Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011.** Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 dez. 2011. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1962. p. 10413.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 9.055, de 1 de junho de 1995.** Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 jun. 1995. p. 23371.

BRASIL. **Lei n. 9.294, de 15 de junho de 1996.** Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1996. p. 13074.

BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jul. 1997. p. 15081.

BRASIL. **Lei n. 10.831, de 23 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2003. p. 8.

BRASIL. **Lei n. 10.966, de 9 de novembro de 2004.** Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 nov. 2004. p. 1 (edição extra).

BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 mar. 2005. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008.** Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 out. 2008. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 11.934, de 5 de maio de 2009.** Dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 mai. 2009. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017.** Institui a lei de migração. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 mai. 2017. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente

do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 fev. 2020. p. 1.

BRASIL. **Medida Provisória n. 193, de 24 de junho de 2004.** Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jun. 2004. p. 1.

BRASIL. **Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 mar. 2020. p. 1.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais. Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações – FEX.** Novembro/2018. Disponível em:
<https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:6375>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Cível Originária 3113.** Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020, p. 16/12/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Cível Originária 3121.** Rel. Min. Rosa Weber, j. 13/10/2020, p. 27/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2303.** Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5/9/2018, p. 11/11/2020. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3035.** Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/4/2005, p. 14/10/2005. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3110.** Rel. Min. Edson Fachin, j. 4/5/2020, p. 10/6/2020. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937.** Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24/8/2017, p. 1/2/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3959**. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20/4/2016, p. 11/5/2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4306**. Rel. Min. Edson Fachin, j. 20/12/2019, p. 19/2/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4615**. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20/9/2019, p. 28/10/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4619**. Rel. Min. Rosa Weber, j. 9/10/2020, p. 11/1/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4908**. Rel. Min. Rosa Weber, j. 11/4/2019, p. 6/5/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5166**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3/11/2020, p. 20/11/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5475**. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/4/2020, p. 3/6/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5572**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23/08/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5724**. Rel. Min. Roberto Barroso, Red. para o Ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/11/2020, p. 29/3/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5745**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. para o Ac. Min. Edson Fachin, j. 7/2/2019, p. 16/9/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5962**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/2/2021, p. 21/5/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5996**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15/4/2020, p. 30/4/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6087**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/8/2019, p. 23.9/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6288**. Rel. Min. Rosa Weber, j. 23/11/2020, p. 3/12/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/11/2016, p. 18/08/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/5/2020, p. 12/11/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 851.108**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/2/2021, p. 20/4/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 1.016.605**. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 16/09/2020, p. 16/12/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 194.704**. Rel. Min. Carlos Velloso, Red. para o Ac. min. Edson Fachin, j. 29/6/2017, p. 17/11/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Referendo de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341**. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Edson Fachin, j. 15/4/2020, p. 13/11/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Referendo de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343**. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 6/5/2020, p. 17/11/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Referendo de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020, p. 29/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 39.871**. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 6/4/2020, p. 14/4/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 40.342**. Rel. Min. Edson Fachin, j. 1º/5/2020, p. 6/5/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>.

CEARÁ. Conselho Estadual do Meio Ambiente. **Resolução COEMA n. 2, de 11 de abril de 2019**. Disponível em: <<https://www.semace.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/46/2019/05/Resolucao-COEMA-02-de-2019.pdf>>.

CHARLES, Jacqueline. **Dez anos após ser devastado por terremoto, Haiti ainda vive em cenário desolador**. National Geographic Brasil. Porto Príncipe, 15/1/2020. Disponível em: <<https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2020/01/dez-anos-apos-ser-devastado-por-terremoto-haiti-ainda-vive-em-cenario-desolador>>

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

HARADA, Kiyoshi. **ITCMD e a ausência de lei complementar**. Migalhas, 2 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340967/itcmd-e-a-ausencia-de-lei-complementar>>.

LIMA, Marcus. **Supremo recria o federalismo cooperativo e amplia insegurança jurídica no direito ambiental**. Direito Ambiental.com, 4 dez. 2020. Disponível em <<https://direitoambiental.com/supremo-recria-o-federalismo-cooperativo-e-amplia-inseguranca-juridica-no-direito-ambiental/>>.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Federalismo cooperativo exige reciprocidade entre entes federativos**. Consultor Jurídico (Conjur), 9 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/constituicao-poder-federalismo-cooperativo-exige-reciprocidade-entre-entes-federativos#author>>.

MATO GROSSO. **Lei n. 9.583, de 04 de julho de 2011.** Proíbe o uso, no Estado de Mato Grosso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.al.mt.gov.br/legislacao/>>.

MATO GROSSO. Secretaria de Fazenda do Estado do Mato Grosso. **Secretário defende compensação integral da Lei Kandir.** Disponível em: <<http://www.controladoria.mt.gov.br/web/sefaz/-/7791349-secretario-defende-compensacao-integral-da-lei-kandir>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa.** Ed. Melhoramentos, 2021. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ecologia>>.

PACHECO, Cristiano Scarpelli Aguiar. **A arrecadação do imposto sobre heranças e doações no Brasil: uma análise da evolução e dos principais aspectos a influenciar seu desempenho de 2002 a 2017.** 2019. 205 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Administração Pública) - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/432>>.

PARANÁ. **Lei n. 14.162, de 27 de outubro de 2003.** Veda o cultivo, manipulação, importação, industrialização e comercialização de organismos geneticamente modificados (OGMs), conforme especifica. Diário Oficial n. 6592, Curitiba, PR, 27 out. 2003. p. 1.

PERNAMBUCO. **Lei n. 12.589, de 26 de maio de 2004.** Dispõe sobre a proibição do uso do amianto ou asbesto nas obras públicas e nas edificações no Estado de Pernambuco, atendendo aos objetivos indicados na Lei nº 9.055/95 de evitar o contato das pessoas com aquele material. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=1117>>.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 5.517, de 17 de agosto de 2009.** Proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, na forma que especifica, e cria ambientes de uso coletivo livres de tabaco. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/wwwalerj.nsf/pages/principal>>.

ROCHA, André Ítalo. **ICMS é tributo que mais contribui para cofres públicos.** Exame. Salvador, 8/7/2016. Disponível em: <<https://exame.com/economia/icms-e-tributo-que-mais-contribui-para-cofres-publicos/>>.

SÃO PAULO. **Lei n. 10.995, de 21 de dezembro de 2001.** Dispõe sobre a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, no Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10995-21.12.2001.html>>.

SÃO PAULO. **Lei n. 12.239, de 23 de janeiro de 2006.** Dispõe sobre a instituição de cadastro com os números das linha telefônicas dos assinantes do serviço de telefonia interessados no sistema de venda, por via telefônica. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2006/lei-12239-23.01.2006.html>>.

SÃO PAULO. **Lei n. 12.684, de 26 de julho de 2007.** Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>>.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. **A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral.** Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

O TEMPO E O ESPAÇO NO TRABALHO OPERÁRIO ENQUANTO PATRIMÔNIO CULTURAL: uma reedição histórica da Vila de Marzagão, distrito de Carvalho de Brito, sudoeste de Sabará - MG

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitor do XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

RESUMO: O ano de estabelecimento de Marzagão corresponde possivelmente ao ano de acomodação da primitiva fábrica de tecidos da região, a Companhia de Fiação e Tecidos de Minas Gerais. A usina nasceu como sede da Companhia Industrial Sabarense fundada em 1880, na urbe de Sabará e que foi adquirida pelo empresário e político Manoel Thomaz de Carvalho Britto. Situada em total recanto camponês, a Companhia de Fiação e Tecidos Minas Gerais distava das duas cidades mais adjacentes, Belo Horizonte e Sabará, o suficiente para consolidar a existência de uma ampla infraestrutura na vila, o suficiente para acolher os operários e demais atores entrelaçados naquele estabelecimento fabril. É por esse ensejo, que afora de sua qualidade de vila operária, Marzagão incide em conectar diversos empreendimentos comerciais de todos os tipos que lhe ofereceram, naquela ocasião, um estilo autossuficiente em termos de oferta de diferenciados serviços. Em Marzagão, portanto, existiu, um momento bem-sucedido, com agência de correio, banda de música formada por empregados da fábrica, distribuidora de eletricidade, grupo de escoteiros mirins, grupo escolar e usina. Havia plantios numa fazenda denominada Marzagão que fornecia à vila, artigos como arroz, batata, milho e outros hortifrutigranjeiros, além do algodão para a fabricação dos panos. Criavam-se gado bovino e porcos para abastecer de carne e leite o pequeno vilarejo. Tinha açougue, cartório de registros, cinema, igreja, posto médico, padaria, e um conjugado habitacional com 200 moradas. Marzagão, que até 1938 na condição urbana de distrito, era componente do município de Belo Horizonte, passa a pertencer a Sabará. Nesta época, o distrito tinha 2.020 habitantes, enquanto que em toda a municipalidade de Sabará, a população absoluta reunia 11.060 indivíduos. Este trabalho apresenta através de uma breve revisão bibliográfica a relevância na localidade no cenário histórico-geográfico mineiro, enquanto patrimônio cultural e paisagem natural em fase de tombamento.

Palavras chave: Ação Sindicalista; Indústria Têxtil; Operariado; Paisagem Industrial; Urbanização.

ABSTRACT: The year of establishment of Marzagão possibly corresponds to the year of accommodation of the primitive fabric factory in the region, the Companhia de Fiação e Tecidos de Minas Gerais. The plant was born as the headquarters of Companhia Industrial Sabarense founded in 1880, in the city of Sabará and which was acquired by businessman and politician Manoel Thomaz de Carvalho Britto. Located in a rural corner, Companhia de Fiação e Tecidos Minas Gerais was far enough away from the two closest cities, Belo Horizonte and Sabará, enough to consolidate the existence of an extensive infrastructure in the village, enough to welcome workers and other actors intertwined in that manufacturing establishment. It is for this reason that, in addition to its quality as a working-class village, Marzagão focuses on connecting various commercial enterprises of all types that offered, at that time, a self-sufficient style in terms of offering differentiated services. In Marzagão, therefore, there was a successful moment, with a post office, a music band made up of factory employees, an electricity distributor, a group of child scouts, a school group and a plant. There were plantations on a farm called Marzagão that supplied the village with items such as rice, potatoes, corn and other vegetables, in addition to cotton for the manufacture of cloths. Cattle and pigs were raised to supply the small village with meat and milk. It had a butcher shop, registry office, cinema, church, medical center, bakery, and a housing complex with 200 dwellings. Marzagão, which until 1938 as an urban district, was a component of the municipality of Belo Horizonte, now belongs to Sabará. At that time, the district had 2,020 inhabitants, while in the entire municipality of Sabará, the absolute population was 11,060 individuals. This work presents, through a brief bibliographic review, the relevance of the locality in the historical-geographical scenario of Minas Gerais, as a cultural heritage and natural landscape in the process of being listed.

Keywords: Unionist Action; Textile industry; worker; Industrial Landscape; Urbanization.

INTRODUÇÃO

O passado como elemento de escrita e reescrita da cultura, é o que denota a história de uma fábrica de tecidos em Sabará (ANDRADE et al, 2006). A fundação da primeira fábrica de tecidos de Marzagão corresponde provavelmente ao ano de instalação, naquela região da Companhia de Fiação e Tecidos Minas Gerais (GONTIJO, 2001). Tal fábrica têxtil surgiu como sede da Companhia Industrial Sabarense, que havia sido fundada nos anos de transição entre as décadas de 1870 e 1880, na divisa entre o lugar onde se construiria a nova Capital mineira e a municipalidade de Sabará, visível na figura 01 (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Barreto (1996, p. 221) atesta que:

Pouco depois, em 1878, um outro acontecimento glorioso para o município de Sabará, e particularmente grato a Curral Del Rei, verificou-se nas suas vizinhanças. Por um grupo de sabarenses empreendedores e inteligentes, à frente dos quais se achava o Sr.

Francisco Cândido Guimarães⁸¹, foi organizada a Companhia Industrial Sabarense e com ela fundada a Fábrica de Tecidos de Marzagão. Espírito perspicaz de industrial adiantado e inteligente, o Sr. Francisco Guimarães, em 1886, deliberou e empreendeu uma viagem à Inglaterra, onde adquiriu entre outras máquinas, um pequeno dínamo gerador de eletricidade, que trouxe para Marzagão, instalando-o nesse mesmo ano, quando Minas ainda não conhecia eletricidade, senão pelo que a respeito dela se dizia. Era uma pequena máquina movida por força hidráulica, com uma capacidade iluminativa para 20 lâmpadas, a qual ainda existe hoje no almoxarifado da fábrica.

Figura 01 - Mapa de Sabará, Minas Gerais



Fonte: https://www.researchgate.net/figure/Figura-3-Distritos-de-Sabara-e-seus-limites-Fonte-Agencia-2010_fig3_320941778

Posteriormente, a Companhia de Fiação e Tecidos de Minas Gerais teve suas ações compradas pelo empresário e político Manoel Thomas de Carvalho Brito (Figura 02), e localizava-se em zona rural, a uma significativa distância das duas cidades mais próximas, Belo Horizonte e Sabará, o bastante para que existisse um vilarejo abrigando inúmeros operários e demais pessoas envolvidas nas atividades fabris correlacionadas (GONTIJO, 2001). Um empreendimento fabril e todo teu contexto conectado é um enlace cultural

⁸¹ Além de Francisco Guimarães, constam os nomes de Domingos de Figueiredo Lima; Jacinto Dias da Silva que acumulava os cargos de Chefe do Partido Liberal, Deputado Provincial, Presidente da Câmara de Sabará; e Sétimo de Paula Rocha como fundadores e primeiros diretores da respectiva indústria (MACHADO, 1996, p. 116)

(ANDRADE et al, 2006). Faraco e Moura (1992, p. 14) afirmam que a cultura “é todo o fazer humano que pode ser transmitido de geração a geração. A cultura é a soma de todas as realizações do homem”. Para explicitar melhor isso, cita-se Cherry (1992, p. 64-65):

O desenvolvimento humano e o avanço das civilizações dependeram principalmente da evolução dos meios de receber, comunicar e registrar o conhecimento e, particularmente, o desenvolvimento da escrita. O homem é essencialmente um animal comunicativo; a comunicação constitui umas de suas atividades essenciais. Enquanto os seres mais rudimentares enfrentam o seu meio ambiente numa base de momento a momento, o homem possui a faculdade de aprender, em graus variáveis. Conseqüentemente, suas ações são influenciadas por experiências passadas. A experiência humana não é uma questão momentânea: apresenta continuidade; o homem tem um contato com seus antepassados e descendentes, e um sentido de história e de tradição. Tudo isso é possível graças à linguagem, essa capacidade de comunicação possibilitou a organização do homem em sociedades complexas, além de o manter em contínuo estado de mudança. A linguagem humana está em perene mudança. A linguagem e as outras atividades sociais se correlacionam; os interesses e as necessidades de cada época impõe mudanças à linguagem. A comunicação implica essencialmente em linguagem, que seja um dialeto falado, uma inscrição em pedra, um sinal de código Morse. A linguagem tem sido chamada de o “espelho da sociedade”.

É na história enquanto escrita, enquanto elo de comunicação entre tempo e espaço, e na linguagem popular do que se passou que se transcreve esta história fabril (ANDRADE et al, 2006). É por essa causa que, além de sua condição de vila operária, o complexo industrial de Marzagão passa a ter diversos e diferenciados estabelecimentos, comerciais e outros serviços socioeconômicos, que lhe deram, naquela ocasião, um caráter de autossuficiência em termos de prestação de serviços essenciais à coletividade de seu entorno (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Mas tudo isso quase foi varrido para fora do mapa, da noite para o dia, mobilizando a coletividade local. Assim, a necessidade de preservação deste legado ecológico e cultural deu origem ao MOVIMENTO VIVA MARZAGÃO, promovido pela ACAMM (2001, ofício):

O Movimento Viva Marzagão é um grito de basta contra as demolições e o abandono do Marzagão

É uma voz que se levanta contra a falta de sensibilidade para com nossa memória e o desrespeito às gerações passadas. É um não ao

poder econômico e sua nefasta cegueira para com a vida e o sentimento. O Movimento Viva Marzagão é antes de tudo, um facho de esperança que vem do coração e ecoa por entre as montanhas de Minas, descortinando quem sabe, um futuro melhor e mais digno.

A revitalização do Marzagão é nosso objetivo! Uma ação balizada na preservação do patrimônio histórico e cultural, que valorize a população da vila e crie condições de sustentabilidade através de atividades turísticas e culturais. De imediato lutamos por:

Reconstrução da ponte. Nossa pequena ponte, simples e singela (não uma ponte faraônica, há muito prometida);

Tombamento histórico e paisagístico;

Reconstrução das caixas d'água;

Reforma dos sobrados;

Sede da ACAMM82; e

Melhoria das condições de saneamento da vila.

Contamos com todos nesta caminhada para que possamos remover as pedras do nosso caminho.

Figura 02- Foto de Manoel Thomaz Carvalho de Britto (1872-1952)

82 ACAMM - Associação dos Amigos e Moradores de Marzagão



Fonte: (GONTIJO, 2001).

A HISTÓRIA OFICIAL DE MARZAGÃO

Fruto de um passado que não pode ser esquecido, mas imediatamente resguardado, Marzagão gozou então, de um período próspero (GONTIJO, 2001). Chegou a ter agência de correio, cartório, distribuidora de luz, grupo escolar e usina de eletricidade (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Possuía um pequeno coletivo de escoteiros mirins e uma banda de música constituída por empregados da fábrica (GONTIJO, 2001). Área de abundantes remanescentes florestais nativos ou reabilitados sofria forte pressão urbana de Belo Horizonte, a oeste e de Sabará, a leste (ANDRADE et, 2006). Sobre os empecilhos e processos atuais de preservação dos patrimônios, cultural e ecológico foram retratados em reportagem do Jornal Estado de Minas (2000, p. 08):

VILA FANTASMA

O processo de preservação terá que passar obviamente pelo tombamento do conjunto da Vila Marzagão, o que tem sido prejudicado pela burocracia. Pelo Plano Diretor de Sabará, a também chamada "Vila Elisa" já está incluída na área de preservação do patrimônio cultural, mas o projeto não avançou. Antes de procurar e apontar os culpados, a comunidade de Vila Marzagão espera que todos os impedimentos, sejam afinal vencidos com o apoio de órgãos como o IEPHA (Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico). No órgão, não há notícias de nenhum projeto de preservação da vila. Na prefeitura de Sabará, também não existem nenhum processo de tombamento.

A vila cresceu em torno da fábrica de tecidos da Companhia Paraopeba Industrial, no limite do bairro General Carneiro com Carvalho de Brito. No começo do século, a vila foi importante centro produtivo abastecendo comerciantes de regiões distantes, como o Triângulo Mineiro, Zona da Mata, e os Estados de Goiás e Mato Grosso.

Símbolo deste período de desenvolvimento, a estação da Estrada de Ferro Central do Brasil está hoje abandonada, praticamente em ruínas. A decadência da Vila Marzagão teve data certa para começar, mais precisamente em 1978, quando a Companhia Paraopeba Industrial encerrou suas atividades. Mas bem antes disso, ela já vinha sofrendo com o crescente abandono, em função do crescimento de outro pólo industrial em Contagem, com o fim da II Guerra Mundial

A vila operária e o complexo fabril eram atendidos pela fazenda de Marzagão, inserida no entono, onde eram plantados produtos como o arroz, a batata, o milho e outros hortifrutigranjeiros, além da principal matéria prima que era o algodão para a fabricação de tecidos (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Entre as Vilas Operária e Elisa, estavam as matas do Inferno e do Mello (ANDRADE et al, 2006). Nota-se que a pressão de exploração dos terrenos, tanto urbanos, quanto rurais levariam à devastação ambiental irremediável (ANDRADE, et. al. 2006). Isso é verificável no ofício descrito abaixo (CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, 2001-a):

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE

Belo Horizonte, 01 de fevereiro de 2001

Ilmo. Sr.

Dr. Flávio de Lemos Carsalade

DD. Presidente do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico

Senhor Presidente,

Com os nossos cumprimentos, vimos comunicar a V.Sa. que faremos no dia 11/02/2001 (domingo), "Caminhada pela Preservação Ambiental e Tombamento Histórico da Vila Marzagão", com saída da Praça da Santinha, Casa Branca, as 09:00 horas, uma vez que a aludida vila está sofrendo depredação, comprometendo seriamente o patrimônio histórico, que conta com construções antigas, bem como o patrimônio ambiental.

Para integrarem este movimento, de iniciativa das entidades comunitárias da região, estamos convidando a participar representantes da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Saneamento Urbano da PBH83, do IEF84, do “Projeto Manuelzão”, do IBAMA85, da Promotoria de Justiça e Meio Ambiente, da Associação de Defesa do Meio Ambiente, da Fundação Estadual do Meio Ambiente.

Na certeza de contarmos com o apoio imprescindível desse órgão, agradecemos efetiva participação,

Atenciosamente,

ROBERTO CARVALHO

Vereador - PT86

Para Andrade et al (2006) haveriam esboços de extrema relevância para a preservação ecológica e cultural da região. Assim, nesta área, inserida ao norte da vila operária, em 1979, o Programa de Planejamento Metropolitano de Belo Horizonte (PLAMBEL87), através do Programa Metropolitano de Parques Urbanos, previu a implantação do Parque General Carneiro (1979, p. 21)

Área de 200 hectares, situada no município de Sabará, nos limites da Zona Urbana de Belo Horizonte, apresentando relevo bastante acidentado com declividades predominantes nas faixas de 10% a 25% e acima de 25%. Limitada ao sul pela Estrada de Ferro Central do Brasil, que segue paralelamente ao leito do Ribeirão Arrudas, à área do Parque, estende-se na direção norte, subindo as encostas da serra, até os limites com terrenos de propriedade do Banco Nacional da Habitação. Estes terrenos deverão ser integrados ao programa de oferta de lotes urbanizados à população, pelo BNH88, segundo informações obtidas neste órgão.

83 PBH - Prefeitura Municipal de Belo Horizonte

84 IEF - Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais

85 IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Não Renováveis

86 PT - Partido dos Trabalhadores

87 PLAMBEL - Superintendência de Planejamento Metropolitano de Belo Horizonte

88 BNH - Banco Nacional da Habitação

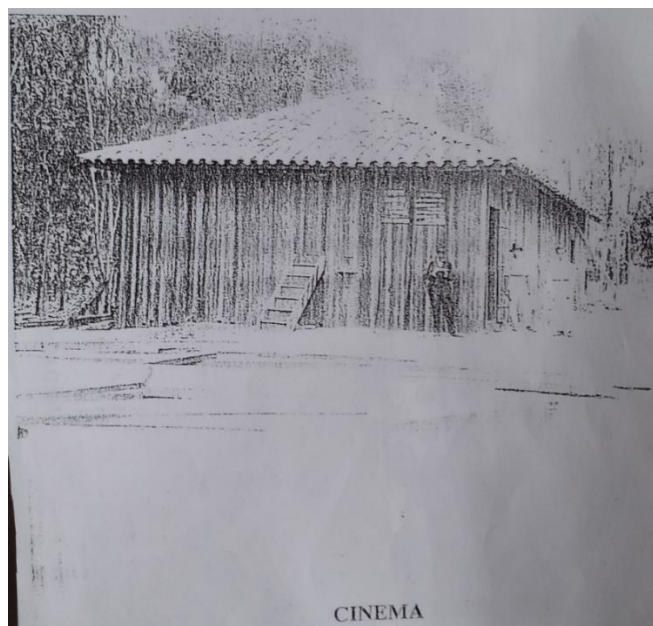
A parte mais alta do morro é o local onde as declividades apresentam-se mais suaves, sendo coberto em grande parte por uma mata nativa, caracterizada pela presença de árvores de alto e médio porte.

A leste, a área do Parque é limitada pelo Conjunto Habitacional Nações Unidas que abriga cerca de 500 famílias. A Zona Urbana de Belo Horizonte, situada a oeste do Parque, apresenta ocupação relativamente antiga, em 1950, parte da área já se encontrava ocupada.

Em novembro/75, apresenta densidades de população que variavam de 51-100 habitantes por hectares, com nível de renda na faixa de até seis salários mínimos mensais.

Anteriormente nestas matas, haviam atividades agrosilvipastoris que provavelmente ocasionam ligeiras degradações ambientais, criando ambiente ecológico de sucessão, numa dinâmica de reabilitação natural e recuperação humana (ANDRADE et al, 2006). Criavam-se gado bovino, galinhas e porcos para suprir de carne leite e ovos, a vila/fábrica (GONTIJO, 2001). Nessa época, a de maior desenvolvimento, havia açougue, agência de correios, almoxarifado, armazém, banda de música, campos de cultivo, campo esportivo, carpintaria, cinema (Figura 03), clube social, depósito de algodão, distribuidora de luz, fábrica de tecidos, escritórios, estábulo, fazenda, grupo escolar, grupo de escoteiros, galpão da tecelagem, galpão da usina, igreja (Figura 04), mata nativa, oficina de fundição, oficina mecânica, olaria, posto médio, padaria, piscina, residências administrativas, refeitório, residências térreas geminadas (multifamiliar), residências térreas isoladas (unifamiliar), seções fabris, serraria, sobrados residenciais, torrefação de café, usina de eletricidade, vila residencial, sendo que o núcleo habitacional abrigava 200 residências para os operários (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

Figura 03 - Foto do cinema



Fonte: (GONTIJO, 2001).

Figura 04 - Foto da atual casa onde funciona a igreja



Fonte: (GONTIJO, 2001).

A ostensiva ocupação urbana nesta área em decorrência das atividades fabris e do complexo a ela conjugado gerou uma série de agravantes (GONTIJO, 2001). Na primeira metade do século XX, a área rural sofreu severas degradações ambientais (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Assim, em pleno século XII é necessário desenvolver estudos para

reabilitação de determinadas áreas degradadas através de uma série de etapas técnicas a serem consideradas, assim como o acompanhamento e a assinatura de um responsável técnico, para que a mesma ocorra dentro dos parâmetros legais (GONTIJO, 2001). No primeiro momento, a parte do diagnóstico socioambiental da área (matas do Inferno e do Mello) dimensiona a situação da degradação e qual foi o elemento que ocasionou essa degradação, bem como uma caracterização do entorno da área degradada, reforçando a importância de sua recuperação e os benefícios que serão concedidos as comunidades adjacentes (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Na sequência deve elaborado um projeto de reabilitação organizado por temas específicos e determinação de um cronograma e das etapas de implantação (GONTIJO, 2001). As temáticas envolvem vegetação nativa e sua reabilitação, percentual de infiltração ou percolação de água no solo (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Estudos específicos devem ser direcionados aos bens do patrimônio histórico-cultural como casarões e sobrados (Figura 05).

Figura 05 - sobrados geminados



Fonte: (GONTIJO, 2001).

Outro formato de alojamento temporário eram os pensionatos, onde moças e rapazes ficavam hospedados, em compartimentos separados (GONTIJO, 2001). Sem descrições socioambientais para o sul de Marzagão, ou seja sem perspectivas de preservação da Mata Sul ou Mata do Mello (Figura 06), uma outra área de importância ecológica e cultural, nada de concreto se efetivou na segunda metade do século XX (ANDRADE, et al 2006). As principais características da área ao norte da vila operária, denominada de mata norte ou mata do Inferno, segundo o PLAMBEL (1979, p. 22) eram:

Topografia bastante acidentada com declividade acima de 25% nas encostas que seguem paralelas ao leito da estrada de ferro,

tornando-se mais suave na parte mais alta do morro e das encostas que se inclinam em direção à área urbanizada de Belo Horizonte;

Principal acesso à área do parque através do bairro Nova Vista⁸⁹, ao limite da Zona Urbana de Belo Horizonte.

Proximidade da rodovia BH-Sabará, definindo uma futura alternativa para acesso à área;

Presença de matas que cobrem grande parte dos terrenos situados na crista do morro, ocupando cerca de 50 hectares;

Posição dominante da crista do morro, com altitude superior à das elevações mais próximas constituindo-se num excelente mirante para todo o Centro de Belo Horizonte e para a Serra da Piedade;

Cortada pelo leito da ferrovia BH-São Paulo, já em fase de implantação.

Figura 06 - Mata do Mello ao fundo

89 Lei Orgânica municipal de Sabará

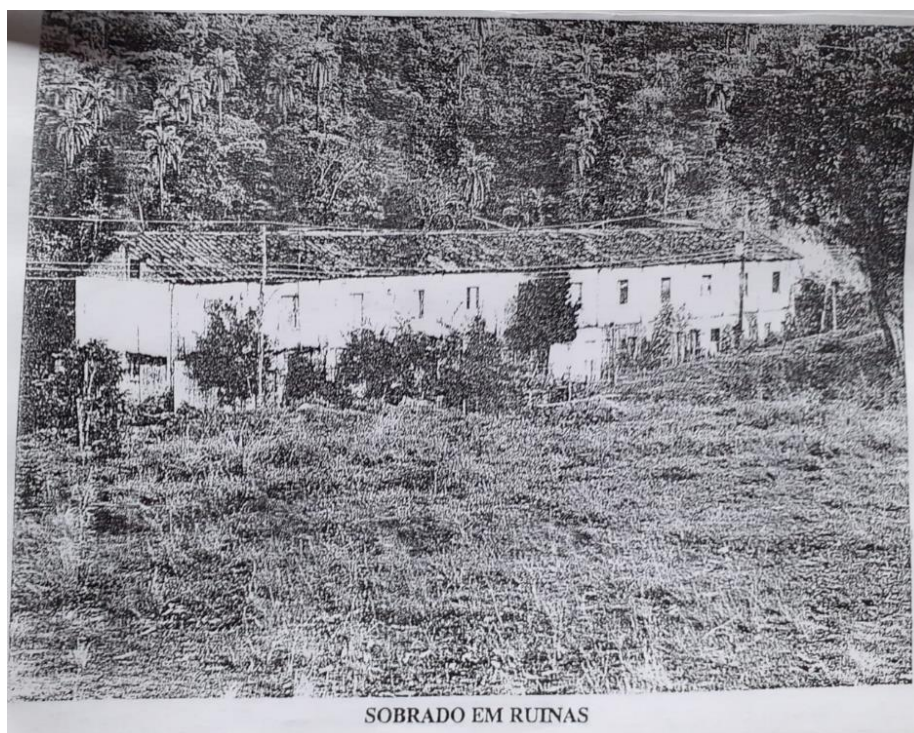
Disposições gerais

Atos das disposições transitórias

...

Art. 15. Compete ao Poder Executivo tomar as medidas necessárias para que a área denominada "Mata do Inferno", no Bairro Nova Vista, seja considerada reserva ecológica, vedada qualquer utilização que comprometa sua integridade física e biológica, num prazo de 06 (seis) meses, a contar com a promulgação desta Lei Orgânica.

...



Fonte: (GONTIJO, 2001).

Territorialmente a localidade onde a fábrica funcionava fazia parte, até 1938 de Belo Horizonte. Nesse ano, através do decreto-lei nº 148, de 17 de dezembro, Marzagão passa a pertencer a municipalidade de Sabará, na categoria de distrito como território desmembrado de Belo Horizonte OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Nesse período, o distrito crescia grandemente nos aspectos econômico e populacional (GONTIJO, 2001). Pelos dados do Censo de 1940, sabe-se que, da população local de Sabará, que era de 11.060 moradores, cerca de 2.020 habitantes residiam em Marzagão (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Desde total de 2.020 marzagonenses, 1.362 habitavam em áreas urbana e suburbanas e 658 residiam na zona rural (GONTIJO, 2001). Em 1943, o decreto-lei municipal nº 1.058, de 31 de dezembro, determina uma alteração de denominação de Marzagão para Marzagânia conforme descrição no Quadro I (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

Quadro com alterações de nome em Marzagão

Data	Instrumento legal	Acontecimento de destaque
17/12/1938	Decreto-lei Estadual nº 148	Marzagão transferido de Belo Horizonte para Sabará

31/12/1943	Decreto-lei Estadual nº 1.058	Marzagão passa a se chamar Marzagânia
Xx/xx/1962	Lei Estadual nº 2.764	Marzagânia passa a se chamar Carvalho de Brito

Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

A alteração aconteceu devido ao episódio de existir no estado de Goiás (Figura 07), uma urbe com o mesmo nome, o que fazia com que o distrito mineiro apresentasse dificuldades com as correspondências (GONTIJO, 2001). Cartas que precisariam ser encaminhadas a Goiás, iam parar no distrito de Marzagão, em Minas Gerais, por equívoco, e o oposto ocorria (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Mas a preocupação do poder público ficou apenas na questão toponímica, sem avançar para pautas de políticas como ecologia e cultura (ANDRADE, et al, 2006). Mas ao longo do tempo e do espaço, o distrito não obteve êxito na preservação do patrimônio cultural e do patrimônio ambiental, sofrendo severas ameaças (Figura 08) decorrente da pressão urbana desenfreada como registra o seguinte ofício existentes nos arquivos da Câmara Municipal de Belo Horizonte (2001-b):

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2001

Of. Nº 55/2001

Senhor Presidente,

Com os nossos cumprimentos, vimos solicitar a V.Sa. a gentileza de intensificar a fiscalização, no loteamento "Novo Horizonte", Bairro Casa Branca, informando se foi submetido à análise por este órgão para obtenção do competente licenciamento para abertura, bem como se houve alguma irregularidade no aludido processo.

Ocorre que a comunidade daquelas imediações, trouxe ao nosso conhecimento e vem registrando destruição de área de mata, com cortes de árvores, e dos mananciais, com desvio do seu curso natural e aterro de algumas nascentes, o que conseqüentemente implica no desequilíbrio ambiental com prejuízos para todos nós.

Na certeza de que o assunto será objeto de atenção e empenho de V.Sa., aguardamos pronto atendimento.

Atenciosamente,

ROBERTO CARVALHO

VEREADOR PT - 1º Secretário

Ilmo. Sr.

DD. Presidente da Fundação Estadual de Meio Ambiente - FEAM

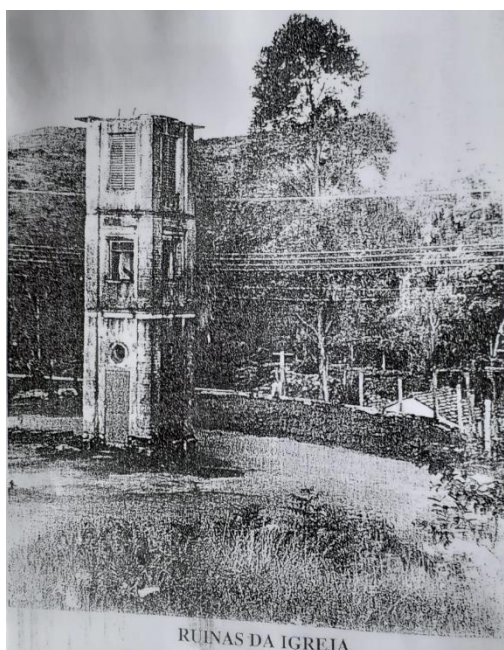
CAPITAL

Figura 07 - Mapa de Marzagão no estado de Goiás



Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Marzag%C3%A3o_\(Goi%C3%A1s\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Marzag%C3%A3o_(Goi%C3%A1s))

Figura 08 - Foto de ruínas da igreja



Fonte: (GONTIJO, 2001).

Sem cuidar de seu patrimônio cultural e ecológico, Marzagão prosseguiu desenvolvendo (GONTIJO, 2001). Dados do IBGE de 1946, atestavam que o distrito (já com o nome de Marzagânia), tinha uma área de 43 km², o contingente populacional, chegando aos 2.400 moradores (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). É importante lembrar que Marzagão, em sua etapa áurea, era, uma além de uma vila operária modelo, devido, sobretudo, às qualidades de urbanização e à composição do comércio (GONTIJO, 2001). Para que no futuro, a história de Marzagão não fossem varrida do mapa foram necessárias ações do poder público como o tombamento histórico e a Criação de unidades de conservação (ANDRADE, et al, 2006). O PLAMBEL (1979, p. 23) propunha uma série de funções ecológicas e culturais:

Propõe-se a criação de um Parque, destinado ao lazer semanal, com características de reserva biológica, visando a preservação da paisagem natural definidas pelas matas existentes.

A ocupação residencial em suas proximidades e as previsões de aumento da densidade populacional naquela região mostram a necessidades de se reservar, nos terrenos situados na periferia do parque, locais destinados a equipamentos de recreação e para o lazer cotidiano

Andrade et al, 2006, descreve ainda que outro parque deveria ser criado e implantado ao sul na mata do Mello, onde a Carvalho Britto tinha uma morada, um local de lazer e retiro para a família, em uma área contígua à vila operária, chamada "Vila Elisa"

(Figura 09), que era o nome da esposa de Manoel Thomaz de Carvalho Britto (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Dessa forma, a família e pessoas ligadas a Vila Elisa acostumavam aludir-se a Marzagão como a “Shangrilá Sabarense”, (como é possível achar num livreto do centenário de Manoel T. de C. Britto, do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais (GONTIJO, 2001). Tal alcunha, que refere-se ao paraíso perdido Shangrilá, que desenhava bem o sentimento que o distrito causava em seu período mais bem-sucedido (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A preocupação com a preservação ecológica e cultural veio com a degradação nos últimos cinquenta anos (1950-2000) deste distrito sabarense. A pauta emergencial foi parar na Câmara Municipal de Belo Horizonte, quando o Movimento “Viva Marzagão”, apela ao Vereador Roberto Carvalho, em 2001, um contexto de soluções criando um grupo local para militância:

A ACAMM, Associação Comunitária dos Amigos e Moradores do Marzagão, tem a honra de convidá-lo para participar de uma mesa redonda “MARZAGÃO: ESPAÇO HISTÓRICO, ARQUITETÔNICO E CULTURAL A SER PRESERVADO”.

A Vila Marzagão é um importante conjunto histórico/industrial de Minas, datando de 1879, a fundação da Fábrica de Tecidos Marzagão. A vila foi cenário do conto “Sinhá Secada” (Livro Tutaméia), de João Guimarães Rosa, pertenceu a Belo Horizonte até 1938, quando retornou à comarca de Sabará, tendo sido berço da família do importante político e industrial Manuel Tomás Carvalho de Brito.

A sua localização marca o encontro de quatro importantes ícones da história de Minas: A Estrada Real, a Estrada de Ferro Central do Brasil, a bacia do Rio das Velhas e a florescente indústria têxtil no final do século XIX.

Na passagem dos anos 50 para os anos 60, os seus operários protagonizaram importantes movimentos sociais e sindicais, entre eles a famosa passeata da Fome, em 1961.

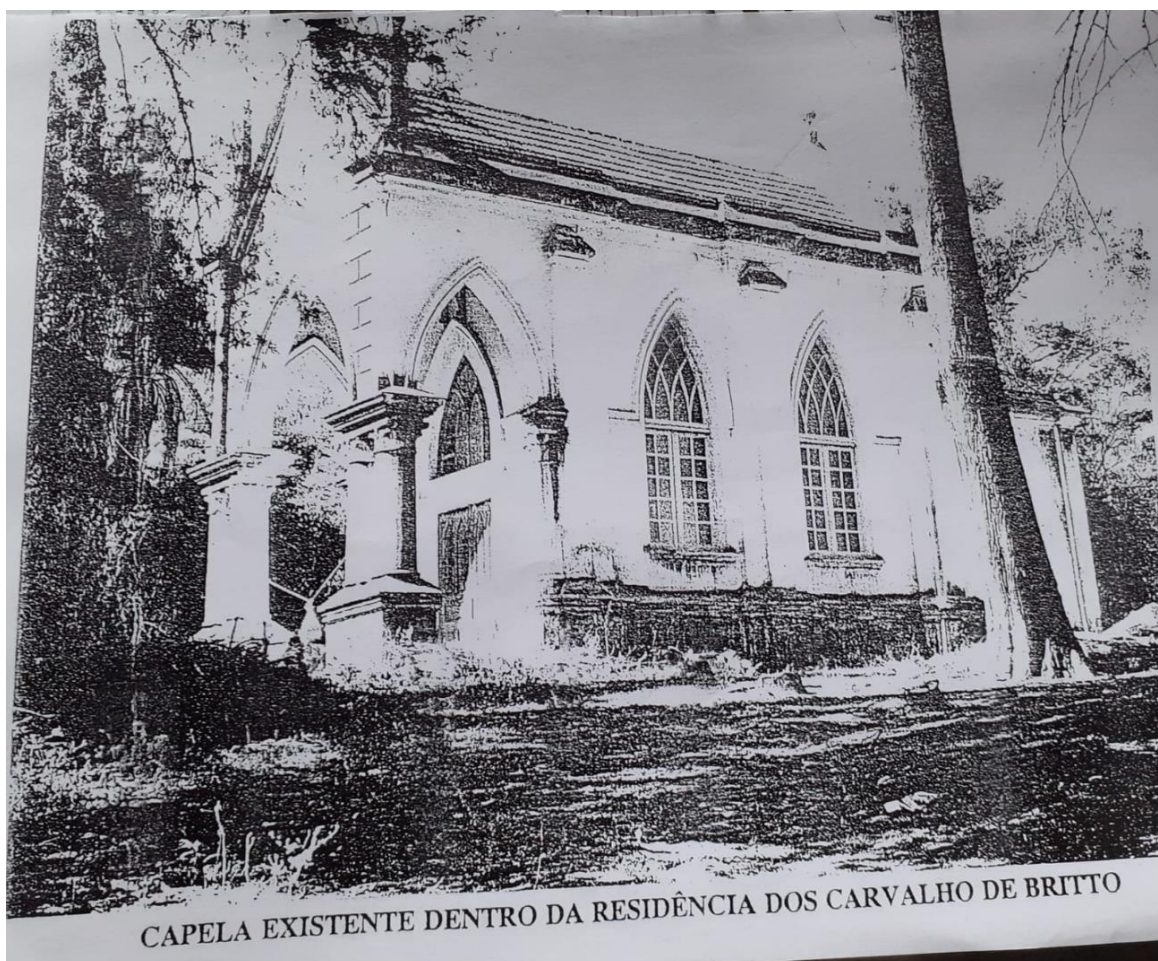
Marzagão é ainda imagem viva na memória de milhares de pessoas, que ali nasceram ou construíram suas vidas e hoje lamentam seu abandono.

Há mais de vinte anos, o conjunto arquitetônico do vilarejo tem sido vítima do abandono e das constantes demolições.

Atualmente até mesmo a ponte sobre o Rio Arrudas, único acesso público à vila, está caindo, aguardando, há quase três anos, a sua reconstrução.

A ACAMM tem se posicionado contra esta política predatória e buscando caminhos para a conservação e revitalização do patrimônio cultural, artístico, arquitetônico e industrial de Marzagão.

Figura 09 - Capela da Vila Elisa



Fonte: (GONTIJO, 2001).

A FÁBRICA E A VILA

Contudo, nos anos de 1950, já aproximava-se o momento de decadência de Marzagão (GONTIJO, 2001) e os sobrado, nascentes, matas e casarões estariam condenados. Como uma vila operária, ou seja tinha uma existência que contornava o

contexto da fábrica, não é de se intrigar, que Marzagão padecesse os reflexos do seu rumo desenvolvimentista, inteiramente (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Uma tensão que abrangeu a Companhia de Fiação e Tecidos Minas Gerais fez que surgisse uma condição inconciliável entre os empregados da fábrica e a sua chefia (além de aflorarem várias dificuldades trabalhistas entre os mesmos), o que culminou em um movimento grevista no final da década de 1960 (GONTIJO, 2001). Oliveira e Guimarães (2001, p. 38), citam Giroletti (1991, p. 162-16390) evidenciando que:

- (...) Tinha setores bastante insalubres, como o trabalho nas caldas, que você anda e algodão fica flutuando visivelmente no ar. (...) as pessoas ficavam cobertas, embranquecidas mesmo de algodão. As máquinas eram rudimentares, as pessoas podiam cortar as mãos (...) havia gente torcendo pé, essas coisas, as vezes, mesmo buracos, dentro do espaço que não deveria ter. era uma fábrica bastante atrasada (depoimento de funcionário).
- (...) O discurso da proteção e da benevolência tinha como pressuposto a fidelidade, a gratidão e a subserviência.
- (...) O modelo de fábrica como vila operária estende a denominação do capital para além do processo produtivo, imiscuindo-se na esfera privada da vida do trabalhador operário.
- (...) Nas vilas operárias, os empresários combinavam “de forma eficaz, os poderes de legislar, de multar e de policiar”, que na sociedade são atributos do Estado.

Segundo Lucília Neves Delgado, em seu trabalho “Marzagânia: Fabrica, Vila Operária e movimento social”, as paralisações acontecidas em Marzagão, no fim da década de 1960, devem-se nomeadamente, a demora na remuneração salarial e as condições desfavoráveis de afazeres que os funcionários da fábrica encaravam (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Destituída de um maquinário moderno e eficiente, os empregados da fábrica trabalhavam em um espaço insalubre, pesado, precário e ultrapassado e que ocasionava problemas e doenças (GONTIJO, 2001). Além disso, a jornada de trabalho não era constante, isto é, operários os tinham que modificar de turno a cada semana, o que os evitava de outra atividade de horário fixo (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Segundo escritos de Delgado e Le Vem (s/d):

A fábrica da Marzagânia era uma empresa na qual predominava uma organização tradicional e, sobremaneira, paternalista. Incrustada no

seio de uma vila operaria, de propriedade da empresa, conformava uma instituição total que interferia na vida íntima da grande maioria dos seus operários. O cotidiano do empregado de Marzagânia era demarcado por uma jornada de trabalho particularmente perversa, que o prendia internamente à fábrica, impedindo-o de exercer qualquer outra atividade, de lazer ou instrutiva, que exigisse horário fixo (...). O descanso semanal era fixo, aos domingos, quando o comércio estava fechado. O operário ficava então inteiramente na dependência da empresa, que tinha no próprio vilarejo, um armazém para abastecimento de seus empregados (...). A maior parte dos empregados era formada por pessoas do sexo feminino, cerca de 70% da mão de obra, que operava um maquinário tradicional, obsoleto e pesado.

Tal jornada não proporcionava chance para que os agregados fossem às cidades de Belo Horizonte e Sabará, com assiduidade (GONTIJO, 2001). Marzagão principiou com a produção de tecidos, mas em 1950 contraiu o equipamento imprescindível à fabricação de lonas e cordonéis (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Passou a ter o papel de atender à indústria Pneus Brasil, no Rio de Janeiro, abastecendo a respectiva empresa com material para a fabricação de pneus (GONTIJO, 2001). A fábrica marzagonense tinha, naquele momento, um valor secundária, uma vez que o empreendimento fundamental da família Carvalho Brito adveio a ser a indústria do Rio, a Pneus do Brasil (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

Essas são umas das muitas elucidações para a ausência de aquisição de equipamentos, recursos e insumos por parte dos Carvalho Britto, na modernização da fábrica, além do fato de a fabricação do material para a Pneus Brasil não ordenar amplos progressos tecnológicos (GONTIJO, 2001). Há outro fator: essa indústria de pneus dispôs de auxílios do governo federal até a posse de Juscelino Kubitscheck⁹¹, até quando os perdeu (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A conjuntura agravou-se com a vinda de indústrias estrangeiras influentes no mesmo setor, o que gerou a ampliação da competitividade mercadológica. (GONTIJO, 2001). No fim dos anos 1950, a fábrica de Marzagão via-se com sérios problemas financeiros, não tinha como pagar os funcionários, além de não ter um equipamento moderno, ou seja, não tinha qualidades competitivas com empresas estrangeiras (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Tais problemas eram encarados por todo setor mais tradicional na era de JK, decorrente de sua política de abertura ao capitalismo estrangeiro (GONTIJO, 2001). Por isso, no começo dos anos 1960, a fábrica abeirava-se de um colapso, uma vez que vinha empilhando uma série de problemas e débitos (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A adoção, por parte da fábrica, de uma política de diminuição de

91 Juscelino Kubitscheck

gastos, que muitas vezes derivava no atraso da liquidação salarial dos empregados, compôs um dos fatores que induziram Marzagão a ser um lugar de ações sindicais (GONTIJO, 2001). Entretanto, o procedimento reivindicatório não se ampliou facilmente, pois as situações em que as lutas foram empreendidas não eram adequadas e foram gradativamente moldadas com o passar do tempo e dos problemas (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

MARZAGÃO E OS CONFLITOS TRABALHISTAS

Se por um lado, o comércio e as residências proviam todas as necessidades dos funcionários de Marzagão necessitavam, por outro, criavam uma relação de dependência deles para com o empreendimento fabril, já que o ordenado era abatido no salário total após descontos em gastos como água potável, energia elétrica, nutrição básica e residência simples (o que as vezes, derivava em endividamento, pois tudo era subtraído na folha de remuneração), segundo escritos de Gontijo (2001). Cerca de metade dos empregados, que ao todo somavam quase 440, habitavam na vila, com todos os trabalhadores pagando alugueis baixos (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A probabilidade de ter casa no conjugado residencial era outorgada aos mais velhos e aos que exibissem melhor desempenho no interior do vilarejo (GONTIJO, 2001). A possibilidade de ter os filhos servidores na Companhia revolvía em torno das mesmas qualidades (GONTIJO, 2001). A fábrica trazia na Igreja Católica um intercessor convincente em seus relacionamentos com os empregados (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Muitas vezes, os sacerdotes locais influenciavam no sentido de serenar tumultos, especialmente quando vinha à tona o desagrado com as condições de tarefas e serviços na fábrica (GONTIJO, 2001). Como a grande parte do operariado era vinculada ao catolicismo, os párocos exerciam uma função de propagadores de fala dos patrões e da narrativa da fábrica, buscando remover qualquer ofensiva no sentido de protestar, questionar e reivindicar (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

Segundo conta Lucília Neves Delgado, a missa de domingo, efetivada na vila habituava abordar duas temáticas específicas: uma de glorificação aos valores da religião cristã e da ética e moral e outra conexa à reconhecimento e à afeição às tarefas cotidianas, sem reclamações e/ou questionamentos, de qualquer natureza (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). O caráter paternalista adotada pela manufatura fabril, ao proporcionar comodidade (abastecimento, assistência médica e moradia) despontava uma tática que garantia o controle e a disciplina dos servidores nos dois espaços: residência e vilarejo no trabalho (GONTIJO, 2001). Todavia, a fábrica e a vila completavam um único ambiente, compondo dois cenários exclusivos, pois tudo competia aos mesmos donos: as casas, a fazenda, as propriedades administrativas e operacionais, ou seja, o estabelecimento fabril, tudo, em toda sua integridade e existência eram propriedade privada (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

E a fábrica obtinha meios de interferir nos dois ambientes (laboral e íntimo), tendo sua autoridade avivada pela adesão da igreja católica local (GONTIJO, 2001). Nesta

situação, o arranjo que culminou nas greves adveio por passagens menos explícitas e formais (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A circulação grevista principiou-se, com o aparecimento de comitês, constituídos clandestinamente ao longo de 1958, fundamentadas num experimento cooperativista já existente em Nova Lima (GONTIJO, 2001). Toda sessão, escolhia um emissário e embora de 70% do operariado ser formado por mulheres, somente três integrantes do sexo feminino entraram na coligação de 17 enviados para reuniões, organizações e preparações do movimento (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Então, nesse ano de 1958, foi estourada a principal greve determinando a liquidação das remunerações atrasadas (GONTIJO, 2001).

Existiu um escasso contingente de oposição por parte dos funcionários mais velhos em abrigar a ideia das comissões, pois existia o receio de perder o direito de habitação em Marzagão (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Ainda assim, a comissão completou sua meta, alcançando o adesão da maior parte na batalha por melhor qualidade de vida, remuneração e reconhecimento no trabalho, além da questão salarial que atendeu satisfatoriamente a todos (GONTIJO, 2001). A técnica reivindicatória em Marzagão é destacável por não ter sido um procedimento habitual já que partiu dos próprios trabalhadores (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Não foi algo proveniente de uma união com o sindicância oficial ou partido político, até porque na metade da década de 1950, os servidores não tinham se afiliados a partidos políticos (GONTIJO, 2001). Aliás, a aproximação com o grupo coletivo sindical adveio após a concepção dos comitês temáticos, que operavam de maneira livre (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A greve consequente, em janeiro de 1960, já computava com base sindical e teve uma coordenação ostensiva, alargando a uma manifestação pelas ruas de Belo Horizonte, chamada de "Passeata a Fome" (GONTIJO, 2001). Os operários da fábrica de Marzagão incidiram pelas ruas belorizontinas apostando na ação de chamar a atenção das autoridades e da população, expondo nas mãos, painéis esvaziados para despontar a condição em que habitavam, já há cinco meses, sem ganhar os valores de seus ordenados (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A caminhada conseguiu repercussão nacional e as negociações com a administração da fábrica alcançaram um sucesso respectivamente bem sucedido (GONTIJO, 2001). Esta ação grevista foi responsável, por dar a Marzagão legitimidade, autenticidade e transformá-la numa paisagem cultural de inigualável valor, com ações empreendidas em prol da preservação da cultura e da ecologia local conforme descreve o ofício registrado abaixo (CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, 2001-c):

Belo Horizonte, 11 de maio de 2001.

Of. 200/2001

Prezado Senhor,

Com meus cordiais cumprimentos, venho à presença de V.Sa. para convidá-lo a participar de uma vistoria técnica a ser realizada no Sítio Histórico de Marzagão - Sabará, dia 16 de maio, às 09:00 horas.

De acordo com relatos e documentos fotográficos da comunidade local, Marzagão, que foi uma das primeiras vilas da Capital e que marcou o início da industrialização da região metropolitana de Belo Horizonte, vem nos últimos meses sendo depredada e as matas do Inferno e do Melo, que fazem parte desse Sítio Histórico, devastadas.

A vistoria contará com a presença dos representantes das Câmaras Municipais de Belo Horizonte e Sabará, Vereadores Roberto Carvalho e Argemiro Ramos, respectivamente. Também está confirmada a presença do Promotor de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural, Dr. Luiz Carlos Teles de Castro.

Na certeza de contar com a presença de V.Sa., antecipo agradecimentos.

Atenciosamente

ROBERTO CARVALHO

VEREADOR - PT

Ilmo. Sr.

Dr. Marcos da Silva Luciano

DD. Delegado Especializado na Preservação da Qualidade de Vida e Ecologia

Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais

No mesmo ano da passeata da panela vazia, Manoel Thomaz de Carvalho Britto abdicou ao cargo de chefe da fábrica de Marzagão. Logo depois, Sylvio Werneck de Carvalho Britto adquiriu o cargo de diretor financeiro (GONTIJO, 2001). A família Britto ininterruptamente permaneceu no chefia da fábrica. Gastão de Carvalho Britto (Filho de Manoel de C. Britto) chegou a desempenhar a colocação de presidente da fábrica, enquanto seu irmão, Raul de carvalho Britto foi diretor tesoureiro em 1941 (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Em 30 de dezembro de 1962, o decreto-lei atribuiu ao distrito a designação atual de Carvalho Britto (GONTIJO, 2001). É conveniente notar que a Estação Ferroviária Carvalho Britto, presentemente desativada, já teve várias denominações (GONTIJO, 2001). Implantada em 07 de setembro de 1902, com nome de Marzagão, a

estação (Figura 10) teve seu nome para Carvalho Brito, regressou a ter o nome Marzagão, acontecendo novamente mudança para a denominação Marzagânia, até parar em Carvalho Britto (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Isso evidencia que as modificações de nome, por vias oficiais, através de decretos, nunca foram de fato seguidas, coligadas pela população local, uma vez que, apesar de ter tido diversas alcunhas, o que é hoje, oficialmente o distrito de Carvalho Britto, continua na cabeça e na boca das pessoas como Marzagão, designação mais antiga da região (GONTIJO, 2001). Oliveira e Guimarães (2001, p. 34) alega que:

O nome Marzagão, entretanto, prevaleceu no domínio popular, e remonta ao período colonial, fazendo alusão a uma feitoria portuguesa na costa da África, donde provieram alguns colonizadores de Minas. Justifica-se até a mudança da denominação do distrito de Marzagânia para Carvalho Britto, pelos constantes extravios de correspondências endereçadas aos moradores do Marzagão, para localidade homônima no estado de Goiás. Em 1946, recenseamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, informa que o distrito tinha uma área de 43 km² e seu contingente populacional estava próximo dos 2.400 moradores, que em sua absoluta maioria estavam vinculados à Fábrica de Marzagão e à fazenda do mesmo nome.

Figura 10 - Foto da residência do agente da estação



Fonte: Gontijo, 2001

Em anos posteriores, em 1967, foi criada uma franquia em Montes Claros. Em 1972, a fábrica e a usina hidroelétrica foram transferidas para a Paraopeba Industrial S/A, que locou a propriedade (GONTIJO, 2001). No ano seguinte, a alcunha da sociedade foi mudada, passando a ser então a União Rio Empreendimentos S/A. ainda em 1973, foi aberta uma representante no Rio de Janeiro (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Segundo testemunho de Sylvio Werneck, a União Rio (de propriedade da família Carvalho Britto) que naquela época era uma companhia imobiliária do Rio de Janeiro, aliou-se à Paraopeba Industrial, fundindo a Companhia de Tecidos Minas Gerais à Paraopeba (GONTIJO, 2001). Estas mudanças trouxeram a possibilidade da destruição ecológica e cultural para Marzagão (ANDRADE, et al, 2006). Assim, no início dos anos de 1990, as matas seriam devastadas para dar origem aos bairros Alto da Boa Vista, Campos Elíseos e Novo Horizonte (ANDRADE, et al, 2006). Com o advento da Lei Orgânica Municipal, as matas do

sul (mata do Mello) e do norte (mata do Inferno) foram declaradas como de preservação ecológica e cultural (PREFEITURA MUNICIPAL DE SABARÁ, 1990):

Título VII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 224. Ficam consideradas para fins de preservação, e declaradas monumentos naturais e paisagísticos do Município:

I - as áreas de proteção dos mananciais;

II - a área denominada "Mata do Inferno", no bairro Nova Vista, considerada reserva ecológica;

III - a mata do Sobradinho;

IV - a mata do Córrego das Lages;

V - a Chácara do Lessa;

VI - o conjunto arquitetônico e a mata do Arraial Velho;

VII - a reserva ecológica do "Cabeça de Boi";

VIII - a reserva ecológica do "Segredo";

IX - a reserva ecológica do "Papa Farinha";

X - a mata da encosta protetora da Igreja de São Francisco e das nascentes do chafariz do Kaquende;

XI - as matas protetoras das nascentes situadas no Distrito de Ravena;

XII - a reserva ecológica do Morro do Mineiro e do Córrego do Meio;

XIII - a reserva ecológica do Gainha;

XVI - conjunto paisagístico e ecológico da Vila Elisa e matas adjacentes;

Parágrafo único - Qualquer alterações nestas áreas de reservas ou de preservação natural, só poderão ser feitas por lei municipal.

A legislação tentava blindar o patrimônio ecológico e cultural da destruição futura (ANDRADE, et al, 2006). A nova unidade, que manteve o nome de Paraopeba Industrial, foi

criada com o desígnio de impetrar melhores incentivos fiscais e financeiros, por parte do governo para a atividade têxtil (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Após alguns anos, a Paraopeba terminou suas atividades e se encerrou no ramo (GONTIJO, 2001). A União Rio Empreendimentos demarcou a área da fábrica, comercializando-a em seguida para a Companhia Cedro Cachoeira (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Esta por sua vez, retirou o maquinário empregado pela Paraopeba e revendeu os galpões à Confecções Top (Marcel Phillipe), que mudou-se do bairro Santa Tereza, em Belo Horizonte, para Sabará, continuando lá até os dias de hoje (GONTIJO, 2001). Na atualidade um significativo coletivo milita em prol da conservação da paisagem cultural e da paisagem natural que ainda restou ao longo da história (ANDRADE, et al, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por que preservar Marzagão? O tempo e o espaço no trabalho operário no contexto da Vila de Marzagão, distrito de Carvalho de Brito, sudoeste de Sabará - MG se materializa enquanto inigualável patrimônio cultural e ecológico. Com o intuito de se destacar previamente sua relevância na história urbano-industrial capitalista de Minas Gerais propôs-se uma reedição histórica a partir do enfoque na ação sindicalista, na indústria têxtil, no operariado mobilizado, na paisagem industrial e por fim destacar a desenfreada e perigosa urbanização de uma área rural de extrema relevância ecológica e cultural.

As paisagens agropecuárias em pequenos vilarejos urbanos, em nuance com as áreas de cultura e ecologia são obras públicas, construídas coletivamente. A ecologia é um formato técnico que milita contra as alterações no artigo 225 da Constituição Federal, fato que seria uma violação dos direitos fundamentais de toda a coletividade urbana e rural do país. Políticos disfarçados de benfeitores, na maioria das vezes, não representa os anseios da sociedade, mas apenas os próprios ou da elite que defende. Manobras e manipulações para assegurar a continuidade de impactos após a concessão da licença ambiental e ampliar conflitos tanto sociais, quanto ambientais, como os relatados neste trabalho

Alegar gargalos de desenvolvimento socioeconômico ao afirmar que o progresso não poderá consolidar o tombamento, propondo que o mesmo seja suspenso ou cancelado pelas mesmas razões degradadoras da cultura e da ecologia é de fato disfarçar e ocultar os verdadeiros fatos, justificando o injustificável, a violação expressa do artigo 225/CF-1988. Se a panela de senadores dispõe que a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, há prova suficientes de que os que dizem nos representar, são culturalmente e ecologicamente analfabetos. A história destes operários mineiros é a história de um conflito de interesses, nos quais a cultura e a ecologia reforçam a resistência.

Na década de 1950 aparecem as primeiras colisões entre funcionários e a direção da fábrica, além de distintos problemas trabalhistas, culminando em um agitação grevista

no final da década de 1960. A circulação foi preparada secretamente ao longo do ano de 1958, a partir das grupos de operários que padeceram diante das condições absurdas de trabalho e tendo que reverter um pouco da oposição dos trabalhadores mais antigos, que receavam perder o direito à residência na vila operária. Abatida a resistência, os comitês de greve acabaram por obter adesão da maior parte dos trabalhadores na batalha por melhor qualidade de trabalho e aumentos de salário. Em janeiro de 1962, o movimento reivindicatório culmina com a revelação pelas ruas de Belo Horizonte de uma caminhada chamada "Passeata da Fome".

Os operários da fábrica estiveram nas ruas para atrair a atenção da autoridade e da população, expondo painéis vazios para manifestar a condição em que conviviam, já há cinco meses sem embolsar salários. A passeata obteve repercussão nacional e as negociações com a administração da fábrica conseguiram um relativo sucesso. Em dezembro de 1962, um Decreto-Lei atribuiu ao distrito de Marzagão, a atual denominação de Carvalho Britto. Nas décadas seguintes, várias alterações aconteceram. A fábrica e a usina hidroelétrica caíram nas mãos da Paraopeba Industrial, depois para a União Rio Empreendimentos S/A que concluiu por encerrar a fábrica e a usina. Vendida para a Companhia Cedro da Cachoeira, esta tirou o maquinário e comercializou os galpões para a Confecções Top (Marcel Phillipe). Preservar, Marzagão, as vilas Elisa e Operária, as matas do Inferno e Mello é preservar um espaço singular da história industrial das Minas Gerais. Transferir essas paisagens culturais para as futuras gerações, é mais que um dever, é um marco civilizatório do qual não podemos, jamais, abrir mão. Viva Marzagão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACAMM. **Movimento Viva Marzagão**. Sabará, 2001, vários documentos escritos e ofícios

ANDRADE, Vagner Luciano de Andrade et al. **Histórico, situação atual e perspectivas do patrimônio cultural e do patrimônio ecológico no entorno de Marzagão**. Belo Horizonte (Estudo de caso): ONG VIBRA+, 2006

BARRETO, Abílio. **Belo Horizonte: Memória Histórica e Descritiva - História antiga**. Fundação João Pinheiro: Belo Horizonte, 1996, vol. 1, p. 221

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Marzagão: Ofício datado de 01 de fevereiro de 2001**. Belo Horizonte, CMBH, 2001

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Marzagão: Ofício datado de 20 de fevereiro de 2001**. Belo Horizonte, CMBH, 2001

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Marzagão: Ofício datado de 11 de maio de 2001**. Belo Horizonte, CMBH, 2001

CHERRY, Colin. **A comunicação humana** (Tradução de José Paulo Paes). São Paulo: Cultrix, 1972

DELGADO, Lucília de Almeida Neves; LE VEM, Michel Marie. **Marzagânia: fábrica, vila e movimento Sindical**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos.

FARACO, Carlos Emílio, MOURA, Francisco Marto. **Língua e Literatura**. São Paulo Ática, 1992

FOLHA DE SABARÁ. **Marzagão em defesa do tombamento**. Publicado em 04 de maio de 2001

GAZETA MERCANTIL DE MINAS GERAIS. **IEPHA estuda tombamento de Marzagão: população quer revitalizar distrito do século XIX**. Publicado em 13 de agosto de 2001

GONTIJO, Moema Moreira. **Histórico da vila de Marzagão**: In: Centro de Cultura Nansen Araújo/Centro de Memória da Indústria - FIEMG/SESI, Belo Horizonte, abril de 2001. 72 páginas (impresso)

JORNAL DE OPINIÃO. **A história vai sumindo**. Publicado em 28 de maio de 2000.

JORNAL DIÁRIO DA TARDE. **Moradores se unem para salvar vila histórica de Sabará**. Publicado em 12 de fevereiro de 2001

JORNAL DIÁRIO DA TARDE. **Agressão à história e à natureza: Amigos de Marzagão querem tombamento**. Publicado em 29 de maio de 2001

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Mata esconde parte da história de Minas: abandonada e parcialmente destruída, a velha mansão ainda lembra os tempos de poder**. Publicado em 11 de abril de 1993

JORNAL ESTADO DE MINAS. **A História de Carvalho de Brito: Proprietários tem planos de implantar pólo industrial**. Publicado em 01 de abril de 1993

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Cenário de conto de Guimarães Rosa**. Publicado em 03 de junho de 2000

JORNAL HOJE EM DIA. **Minas: Protesto pede tombamento da Vila Marzagão**. Publicado em 12 de fevereiro de 2001

JORNAL NOSSA GENTE. **Associação pretende resgatar a memória do Marzagão**. Publicado em 12 de abril de 1999

MACHADO, Maria de Lourdes Guerra. **Nas ruas de Sabará.** Sabará: Fundação Educacional e Cultural de Sabará, 1999, p. 116

OLIVEIRA, Ricardo Antunes G. de; GUIMARÃES, Jerry Crispim. **Distrito de Carvalho de Brito (Marzagão): registro e reconstrução.** In: J.R.A Promoções e Eventos/Alunos de Comunicação Social da PUC/MG, Belo Horizonte: 2001

PLAMBEL - SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE. **Plano Metropolitano de Parques Urbanos: Parque General Carneiro.** PLAMBEL, Belo Horizonte, 1979. p. 21-23

PREFEITURA MUNICIPAL DE SABARÁ. **Lei Orgânica Municipal.** Prefeitura Municipal de Sabará: Sabará, 1990

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: UMA ANÁLISE SOBRE SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

LAIS MARY DAL MOLIN FOLADOR:

Especialista em Direito Aplicado. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar as mudanças no ordenamento jurídico em virtude do advento da Lei 13.146/2015, que trata dos direitos das pessoas com deficiência e a implementação do instituto da tomada de decisão apoiada. Pretende ainda, discorrer sobre as intervenções do judiciário nas escolhas dos indivíduos com deficiência e o reflexo disto para as novas mudanças. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: deficiência; tomada de decisão apoiada; Lei 13.146/2015.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS. 2.1 DA CAPACIDADE CIVIL E DO NEGÓCIO JURÍDICO. 2.1.1 A alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência com o advento da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e a Lei 13.146/15. 2.2 DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DEFEITOS INTERNOS DO NEGÓCIO JURÍDICO (ERRO E LESÃO). 2.2.1 Do erro. 2.2.2 Da Lesão. 2.3 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA. 2.3.1 Das lacunas da tomada de decisão apoiada. 2.3.2 Da responsabilização do apoiador e suas consequências. 2.4 RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O TERCEIRO. 2.4.1 Da diferença dos negócios jurídicos nulos e anuláveis. 2.4.2 Dos negócios jurídicos anuláveis e o advento da Lei 13.146/2015. 2.5 DA HOMOLOGAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A tomada de decisão apoiada foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.146/2016 que realizou alteração no Código Civil, em seus artigos 3º, 4º e, a inclusão de novo artigo, o art. 1.783-A.

A ideia inicial foi implementada pela Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, realizada pela Organização das Nações Unidas no ano de 2006, sendo que suas mudanças foram recepcionadas com peso de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

Com o advento do decreto estava em pauta a realização do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e, vislumbrou-se a necessidade da implementação definitiva das mudanças que a Convenção trouxe.

Neste ponto, foi realizada a primeira grande mudança em retirar as pessoas com deficiência do rol de incapazes, sejam estes absoluta ou relativamente incapazes. Com isso a questão da interdição de pessoas com deficiência tornou-se última *ratio* e foi criada a tomada de decisão apoiada (TDA).

Um instituto jurídico que tinha por ideia o auxílio da pessoa com deficiência para a tomada de decisão de seu cotidiano, seja de questões mais corriqueiras até questões de cunho negocial. A TDA foi implantada de modo que, a pessoa com deficiência tivesse a autonomia de escolher no mínimo 02 (duas) pessoas de sua confiança para que a auxiliasse no entendimento das consequências, questões inerentes a negociações e assim, facilitasse a escolha do indivíduo.

Necessário que fosse reduzido a termo a TDA com homologação judicial, para que o juiz pudesse analisar o caso e confirmar se, os termos da TDA, os apoiadores e o próprio indivíduo pudessem se valer do novo instituto.

Como toda inovação jurídica, a tomada de decisão apoiada apresentou lacunas, obscuridades e algumas falhas que serão objeto do presente trabalho. Em especial, serão analisadas as questões de cunho negocial, considerando ser um dos principais pontos que chancelam a privacidade do indivíduo, seu poder de escolha sobre o que comprar, vender, alugar, emprestar, arcando com suas escolhas e as consequências destas.

Até que ponto a judiciário brasileiro realmente abdicou de seu poder intervencionista na vida das pessoas com deficiência? Até onde vai a autonomia da pessoa com deficiência? Qual a capacidade da pessoa com deficiência para relações negociais? Todas estas questões serão objeto de análise minuciosa sobre o instituto da tomada de decisão apoiada, a capacidade civil da pessoa com deficiência e a presença do ordenamento jurídico nestes casos.

Outra faceta a ser vista é a questão pertinente a eficiência do instituto. Isto porque, a doutrina tem apresentado pontos de divergência sobre a possibilidade de uma mesma pessoa, portadora de deficiência, ser amparada pela tomada de decisão apoiada, e, de igual modo, ser interditado e assistido pela curatela.

Deste modo, um só indivíduo teria dois institutos para auxiliarem em sua capacidade civil. Até que ponto essa situação demonstra autonomia? O que parece é que a essência das mudanças implantadas pela Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, não foram atingidas na Lei 13.146/2015. Isto porque, a Convenção, trouxe

inovações libertadoras para a pessoa com deficiência, e, o que se percebe é que tais liberdades não encontram-se existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A diferença encontrada é que o que se passa na teoria será dificilmente aplicado na prática, a começar pela capacidade civil plena da pessoa com deficiência. As mudanças do Estatuto da Pessoa com Deficiência, apresentam várias muletas para o Judiciário continuar interferindo na vida destes indivíduos, de maneira mascarada, com ares de revolução, porém sem eficiência alguma.

2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS

2.1 – DA CAPACIDADE CIVIL E DO NEGÓCIO JURÍDICO

A questão inicial a ser abordada é os quesitos históricos e estruturais da capacidade civil. Isto, porque, há desmembramentos em relação à capacidade, podendo ser a capacidade de fato, a capacidade de direito e a capacidade legal.

O intuito do presente tópico visa demonstrar como a incapacidade civil era vista antes e como ela é vista agora; em que pontos a pessoa portadora de deficiência se enquadra, e, que mudanças ocorreram depois da renovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Inicialmente, deve-se recapitular as origens do sistema jurídico brasileiro, que está firmada na tradicional *Civil Law*, fruto da influência europeia, como o Código Napoleônico (1804) e o Código Civil Alemão (1896). A ideia do movimento da *Civil Law* era concentrar o Direito de forma específica, inflexível, e absoluta, sem exceções. Como se pudesse de forma automática, sentenciar cada pessoa pela sua capacidade, e como parâmetro o que estava regulado e positivado na lei.

De fato a pretensão era da liberdade de contratação, a possibilidade da autonomia privada, no sentido de como e com quem negociar. Pairava de modo geral, na época da elaboração destes códigos europeus, a propriedade como interesses jurídicos patrimoniais e a circulação das riquezas, como consequência o tráfego jurídico-econômico⁹².

Assim vislumbrou-se a necessidade de especificar quem era o sujeito de direito, capaz de negociar, e assim, houve uma pré determinação de quem era o sujeito, e também, de modo implícito, quem não era o sujeito de direito.

⁹² LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 32.

Jacqueline Lopes Teixeira⁹³, ressalta a ideia histórica de quem era o sujeito de direito:

A ideia de “sujeito de direito” compõe esse panorama e, para que possa integrar a relação jurídica com efeitos reconhecidos, segundo a doutrina clássica, deveria ele ter responsabilidade jurídica e ser dotado de capacidade civil plena ou, caso fosse relativamente ou absolutamente incapaz, deveria ser devidamente assistido ou representado.

Observa-se que essa ideia de incapacidade, e assistência ou representatividade, era o que vigia no Código Civil de 2002, antes da alteração realizada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Antes da alteração realizada pela CDPD, o rol de incapacidade civil era transmitida pelo Código Civil da seguinte forma:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

⁹³ PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 33.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Necessário realizar a análise dos artigos 3º e 4º, antes da alteração da CPDP e da Lei 13.146/15. As pessoas portadoras de deficiência ou necessidades especiais tinham a sua representatividade no artigo 3º, inciso II e III. Aqui a visão era salvaguardar que, a pessoa que fizesse ou entabulasse uma relação negocial com uma pessoa que era considerada absolutamente incapaz, tivesse a possibilidade de requerer a nulidade do ato, seja em favor do incapaz, ou de quem realizou o contrato e até para terceiros, isto podendo ser realizado mediante intervenção do Ministério Público, ou até mesmo de ofício pelo juiz.

Já no artigo 4º a ideia não seria de requerer a nulidade mas, sim, a anulabilidade, ou seja, apenas seria decretada a anulação do negócio se, qualquer das partes requeresse, caso contrário o negócio jurídico se convalidaria pela concordância das partes.

Nesse sentido, a situação das pessoas com deficiência encontrava obstáculo na questão da capacidade, em poder gerir as suas decisões. Isto posto, os elementos necessários para a validade do negócio jurídico, são: a capacidade das partes, a declaração de vontade (sem vícios), e a possibilidade do objeto (objeto este, lícito, possível, determinado ou determinável).

Ao que pese a capacidade das partes, esta deveria estar em consonância com a declaração de vontade, que por sua vez depende não apenas da exteriorização de concordância com o negócio jurídico, mas também, com a consciência de alcance e dimensão jurídica e consequencial do resultado disto.

Viviane Cristina⁹⁴ aborda justamente esta situação sobre a validade do negócio e a questão de consciência do ato:

A validade é sinônima de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico, e para a sua declaração, o ato precisa ser realizado com plena consciência do seu alcance jurídico, o que decorre da existência de elemento intelectual e de elemento volitivo do negócio.

94 LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 39.

Ainda sob este escopo, Viviane Cristina⁹⁵, faz um paralelo com outros doutrinadores que utilizam da mesma linha de pensamento:

Antônio Junqueira de Azevedo conclui que toda declaração de vontade deve ser resultante de um processo volitivo; querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade; e deliberada sem má-fé⁹⁶. Rosa Nery e Nelson Nery Jr. destacam, como requisitos lógicos de validade do negócio jurídico, a capacidade de compreender (esfera intelectual) e de querer (esfera volitiva), pois sem a vontade livremente declarada não se realiza o suporte necessário como exigência dessa institucionalização, sob o epíteto “agente capaz”, constante do art. 104, do Código Civil.⁹⁷

Considerando, deste modo, a intrínseca situação da declaração de vontade, o Código Civil de 2002 adaptou nos artigos 3º e 4º (antes da alteração) duas formas de regularização da capacidade civil da pessoa com deficiência: a) *status approach*; e b) *outcome approach*.

Em relação ao primeiro (*status approach*), seria como determinar de pronto que “a deficiência equivale diretamente à incapacidade da pessoa em tomar decisões existenciais ou patrimoniais em alguns, senão em todos os âmbitos de sua própria vida”⁹⁸.

Já em relação ao segundo (*outcome approach*) seria um modelo de substituição da vontade, em casos que a pessoa com deficiência não teria discernimento completo para avaliar as vantagens e desvantagens da escolha de um negócio por outro, por exemplo, a escolha entre um carro novo ou um carro velho pelo mesmo valor.

Ou seja o modelo *status approach* e *outcome approach* surgiram no ordenamento jurídico como meio de validar os negócios jurídicos entabulados entre

95 LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 40.

96 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 53.

97 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, Nelson. Instituições de direito civil. Vol. III. Cap. II, item 94.

98 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 39.

peças, em que, uma delas tivesse a incapacidade relativa ou absoluta. Neste caso, era necessário sempre a existência de um terceiro para representá-lo ou para assisti-lo.

Entende-se que, ao que pese a representatividade, isso consigna no ato do terceiro agir em nome próprio para buscar os desejos, vontades e direitos de outrem. Já a assistência é o agir em nome de outrem para busca de seus desejos, vontades e direitos.

Ambos auxiliam na parte intelectual da declaração de vontade. Na visão doutrinária, a legislação brasileira estava envolta em um perfil paternalista⁹⁹ no sentido em que, evita-se a consequência negativa pelo auxílio de alguém que proteja seus interesses, mas, se caso for entendido que não é algo benéfico para o indivíduo, essa declaração de vontade auxiliada é cassada em prol de um bem maior, qual seja, a proteção do incapaz.

2.1.1 A alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência com o advento do CDPD e da Lei 13.146/15

De fato que na doutrina já havia sinalizações da necessidade de alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil, pelo fato de ser muito limitador, em relação às pessoas portadoras de deficiência, entretanto nada que fosse de peso suficiente para a concordância de mudanças pelo legislador.

Entretanto em 2006 a Organização das Nações Unidas, realizou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que assinalou a necessidade de revisão dos artigos supra mencionados, de forma específica sobre a incapacidade, e também da interdição.

A referida ordem entabulada nesta Convenção foi recepcionada pelo ordenamento jurídico com peso de emenda constitucional, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008. Mesmo assim, ainda não houve grandes alterações, na lei de modo concreto, os julgamentos no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal foram criando jurisprudências que convergiam com a emenda, aplicando de igual ponto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao momento em que foi recepcionada a CDPD como emenda no ordenamento jurídico percebeu-se a necessidade de trazê-la de modo definitivo. Flávia Piva Almeida

⁹⁹ PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 40.

Leite¹⁰⁰, descreve a mudança na discussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência com a chegada da CDPD:

Com a discussão do projeto de lei do Estatuto da Pessoa Com Deficiência, que na época do advento da Convenção estava em trâmite no Congresso, começou-se a pensar em inserir essas mudanças em definitivo em nossa seara jurídica. Houve por bem então formar-se um grupo de trabalho interinstitucional para apresentar um substitutivo àquele projeto original do Estatuto e trazer a esse projeto os ares novos, inclusivos e libertários da Convenção.

Assim conforme o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em seu artigo 84, a pessoa com deficiência passou a ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Deste modo a curatela restou guardada para situações excepcionais, conforme o artigo 85, que prevê a limitação da curatela para questões de natureza patrimonial e negocial, e para os demais atos da vida civil, restou a íntegra capacidade legal, podendo, o próprio sujeito portador de necessidades especiais, requerer em juízo o instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

A ideia em si, visa retirar o caráter paternalista do ordenamento jurídico, dando uma roupagem de emancipação da pessoa com deficiência:

Nota-se que a CDPD deixa de lado o parâmetro de substituição da vontade (outcome approach) e abraça um modelo funcional (functional approach) com instrumentos de apoios a serem desenvolvidos em prol da liberdade de preferências da pessoa com deficiência. Este enfoque funcional harmoniza-se com o propósito do modelo social e reconhece o direito à igualdade de tratamento, bem como a proteção dos direitos dessas pessoas, sem deixar de dar importância a outros sujeitos que componham a sua rede de apoio¹⁰¹.

100 LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 424.

101 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 53.

A ponto central a ser analisado seria o seguinte: a declaração de vontade para validade do negócio jurídico, necessita de plena consciência das consequências e caráter volitivo da declaração; a ideia da convenção é de dar a oportunidade destas pessoas poderem optar livremente pelas suas escolhas, de modo a convergir com os seus interesses, e também abrir as portas para a possibilidade do “direito de errar”¹⁰² do ser humano.

Porém, o que pesa ainda neste contexto é a questão de como errar. Uma pessoa com pleno discernimento tem possibilidade de calcular as possibilidades e as probabilidades de erro e de acerto. A pessoa com deficiência pode não ter de modo pleno essa consciência, necessitando de um apoiador, entretanto, será apenas um apoio e não a prevenção de um erro grave, pois o que valerá será a decisão do indivíduo.

2.2 DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DEFEITOS INTERNOS DO NEGÓCIO JURÍDICO (ERRO E LESÃO).

De modo a não quebrar a linha do raciocínio, será analisado neste momento o início do ponto chave dos negócios jurídicos. O estudo dos elementos naturais, ou acidentais do negócio jurídico são de máxima relevância para a observação da concepção correta deste.

É de conhecimento doutrinário a existência de uma estrutura realizada pelo jurista Pontes de Miranda, denominada Escada Ponteana. Essa estrutura divide o negócio jurídico em três planos para convalidação perfeita do negócio jurídico, sendo eles: a) plano da existência; b) plano da validade, e c) plano da eficácia.

Ou seja, primeiramente o negócio jurídico tem que existir, para posteriormente ter alguma validade, e sendo existente e válido poder alcançar sua eficácia. Flávio Tartuce¹⁰³, traz em sua obra o ensinamento do criador da Escada Ponteana:

Sobre os três planos, ensina Pontes de Miranda que “existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas poder ser, valer, e não ter eficácia (H. Kelsen, Hauptprobleme, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou

102 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 54.

103 TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o direito civil/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porquê não há validade, ou eficácia do que não é.”

Outrossim, válido o esmiuçar do ensinamento de Pontes de Miranda, com a observação de cada um de seus planos. No que concerne ao plano da existência, o que deve ser analisado para ser considerado, o negócio jurídico como existente, é: a) o agente; b) a vontade; c) o objeto; e d) a forma. Sendo estes os pressupostos da existência.

Para o plano da validade é necessário que haja: a) capacidade do agente; b) liberdade da vontade ou do consentimento; c) licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; e d) adequação da forma. Esses constituem os requisitos de validade.

E, por fim, para o plano da eficácia, deve ser averiguado se há: a) condição; b) termo; c) consequências do inadimplemento negocial; e d) outros possíveis elementos complementares. Assim, estes são os efeitos do negócio.

Ressalvadas as partes iniciais do negócio jurídico, e bem contextualizada a localização de cada um de seus elementos, passa-se a vislumbrar os defeitos do negócio jurídico.

2.2.1 Do erro

Ao que pese os defeitos internos do negócio jurídico, dentro do plano da validade, no quesito do consentimento, tem-se na legislação os casos de erro e lesão. No presente trabalho só serão abordados estes dois pois, dizem respeito à um defeito que não tem influência do terceiro, como os casos de dolo, coação ou estado de perigo.

Há de se analisar que muitas vezes indivíduos cometem erros em negociações, contratos, obrigações, no cotidiano, sendo algo possível em virtude da natureza humana. Entretanto há uma diferença o erro sem importância e o erro substancial.

Em princípio o erro sem importância, como o próprio nome diz, é aquele que não traz prejuízo para o negócio, não afetando a esfera jurídica ou gerando algum dano na validade ou eficácia.

Em contrapartida, o erro substancial é aquele que pode ensejar a anulação do negócio jurídico. Fábio Ulhoa Coelho¹⁰⁴ afirma que o erro não pode ser meramente substancial, mas também ser escusável:

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 332.

O erro macula a validade do negócio jurídico quando é substancial e escusável. Considera-se substancial o erro quando a pessoa, se tivesse a verdadeira representação da realidade, não teria praticado o negócio jurídico. E escusável é o erro que passa despercebido de qualquer pessoa de diligência normal.

Ou seja, o erro substancial, conforme as hipóteses do artigo 139¹⁰⁵ e seus incisos do Código Civil, seria a confusão entre a real representação do negócio, por exemplo, a compra de uma pintura, acreditando ser original, porém tratando-se de uma cópia.

Em relação ao erro escusável, seria a percepção de que, qualquer pessoa, o comum indicador doutrinário – homem-médio – que passando por esta situação também incorreria em erro. Deste modo, como no exemplo anterior, uma pessoa qualquer, não teria como avaliar se o quadro era original ou não, necessitando de uma perícia. O caso em questão, trata-se de erro substancial e escusável.

Agora, em outro caso hipotético, em que um proprietário contrata um pintor para obra em sua residência, acreditando que ele realiza um tipo de pintura específica, e este ao findar da obra descobre que contratou pessoa diversa da pretendida, e que este não realiza o tipo de pintura desejada, pode ser considerável erro substancial, entretanto não escusável.

Isto porque, demonstra-se a falta de diligência do indivíduo de averiguar o serviço como um todo, como também as formas de pintura que o pintor realizava, etc.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁶ apresenta um dos maiores problemas nas ações anulatórias fundadas no erro:

Poucas são as ações anulatórias ajuizadas com base no erro, porque difícil se torna penetrar no íntimo do autor para descobrir o que se passou em sua mente no momento da celebração do negócio. Por

¹⁰⁵ Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. Direito Civil: parte geral, volume 1. / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 129.

isso, são mais comuns as ações fundadas no dolo, pois o induzimento pode ser comprovado e aferido objetivamente.

Neste mesmo diapasão, a questão aqui a ser averiguada é novamente da capacidade da pessoa com deficiência, isto, porque após a Lei 13.146/15, houve a mudança para capacidade plena destas pessoas que são portadoras de necessidades especiais.

Ocorre que, a pessoa com deficiência nem sempre estará amparada por familiares, para conseguir discernir a fundo o grau de seu consentimento em determinadas negociações, sendo de cunho volitivo e intelectual. Ademais, o instituto da tomada de decisão apoiada é ação facultativa, sendo de escolha do próprio indivíduo ter ou não este tipo de apoio.

Flávio Tartuce, relembra em sua obra que “no tocante à incapacidade relativa de uma parte, enuncia o artigo 105 do CC/2002 que esta não pode ser invocada pela outra em benefício próprio”¹⁰⁷. Então, de modo hipotético, considerando uma pessoa que possa ter discernimento de coisas básicas, porém não de forma aprofundada, e, não optante pela tomada de decisão apoiada, ocorrendo em erro substancial e escusável, poderá se valer de forma indevida do defeito de dolo.

Mesmo que este não o seja, isto porque, a verificação de erro nos negócios jurídicos é mais difícil, o que pode acarretar em uma responsabilidade objetiva do outro, por mais que este só viesse a saber que tratava-se de pessoa com deficiência posteriormente, e que, se estivesse com seus possíveis apoiadores o erro não teria ocorrido.

Vale lembrar que, a proteção jurídica dos negócios jurídicos deve ser abrangente de modo que resguarde os direitos da pessoa com deficiência e do terceiro de boa-fé.

2.2.2 Da Lesão

No que tange a lesão, ela está prevista no artigo 157, e seus parágrafos, no Código Civil, cumpre ressaltar que ela pode se dar de dois modos: um deles quando o terceiro se aproveita da situação de necessidade do outro, mesmo não tendo conhecimento, obtendo um lucro desproporcional em desfavor do indivíduo lesado; ou, por inexperiência própria do indivíduo.

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o direito civil/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 106.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁸ afirma que a lesão se compõe de dois elementos, sendo um objetivo e outro subjetivo:

A lesão compõe-se de dois elementos: o objetivo, consistente na manifesta desproporção entre as prestações recíprocas, geradora de lucro exagerado; e o subjetivo, caracterizado pela “inexperiência” ou “premente necessidade” do lesado. O contrato é anulável porque foi viciado o consentimento da parte prejudicada, mesmo que o outro contratante não tenha tido conhecimento das suas condições de necessidade ou inexperiência, pois o Código Civil brasileiro não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido, como sucede no direito italiano e no português.

Ou seja, neste ponto o defeito se dá pela possível inexperiência do indivíduo, a exemplo, alguém que não sabe como se dá um trâmite de compra de imóvel e ao chegar em uma imobiliária adquire um bem com taxas e juros mais elevados que o valor de mercado. Ou em caso de premente necessidade, quando o indivíduo, de forma hipotética, vende seu carro por R\$ 16.000,00 sendo que o bem teria valor de mercado na média de R\$ 40.000,00, isto pois, necessitava de dinheiro para seu tratamento de saúde. Fábio Ulhoa Coelho¹⁰⁹ atenta para maiores detalhes da lesão:

A lesão é defeito interno de consentimento porque o constrangimento da vontade não depende de ato imputável à parte declaratória. Esta se limita a bem administrar os seus interesses, manifestando a vontade de participar de negócio vantajoso. Quando se desconhece a necessidade premente constrangedora da vontade livre, ou a inexperiência constrangedora da vontade consciente da parte declarante, age de boa-fé e terá seus interesses protegidos.

A ação anulatória por lesão também corre os mesmos riscos da ação anulatória por erro, no que tange a subjetividade de ambos os defeitos. Nos dois casos há necessidade de avaliar o que o agente pensou quando realizou o negócio jurídico.

Neste caso novamente retorna-se à capacidade civil das pessoas com deficiência, até que ponto poderá ser considerado inexperiência da parte? Se caso a pessoa estivesse com auxílio de um terceiro, poderia realizar o negócio sem máculas?

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. Direito Civil: parte geral, volume 1. / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142

¹⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 333.

As questões em torno da tomada de decisão apoiada ainda são abrangentes, com lacunas e questões mal resolvidas. Portanto, serão abordados no próximo tópico questões pertinentes a este novo instituto jurídico incluído no ordenamento brasileiro pela Lei 13.146/15.

2.3 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Conforme abordado de maneira sintética nos tópicos anteriores o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015 foi elaborado com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, elaborada pela ONU, no ano de 2006.

Devidamente recepcionada as normas da Convenção no ordenamento brasileiro, publicado em 09 de julho de 2008, com força de emenda constitucional, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008. Na época da implementação do Decreto legislativo, estava em voga a discussão do projeto de lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Aproveitando as mudanças, foi incluída na pauta a possibilidade de inserção de modo definitivo das questões estabelecidas na Convenção da ONU. A visão da Convenção constava como mais abrangente, libertadora e respeitadora dos direitos e garantias das pessoas com necessidades especiais.

A ideia de toda CDPD, foi a de dar mais autonomia a pessoa com deficiência, retirando-as do rol de pessoas incapazes (seja absoluta ou relativa), dando voz mais ativa aos seus desejos e vontades. Isso tudo foi devidamente pensado colocando em cheque as questões da dignidade da pessoa humana, sua autonomia e liberdade de escolha.

Assim o Estatuto realizou mudanças significativas no Código Civil, inicialmente com a mudança dos artigos 3º e 4º do referido Código, alterando a situação da capacidade civil das pessoas com deficiência, sendo que, torna-se regra a capacidade, e, exceção o caso de incapacidade, sendo que esta incapacidade limita-se de forma relativa.

Ainda, houve inclusão do artigo 1783-A, com seus 11 parágrafos dando nova roupagem para as formas de apoio à pessoa com deficiência, isto é, permaneceu o instituto da curatela e foi acrescentado o instituto da tomada de decisão apoiada. O Conselho Nacional do Ministério Público¹¹⁰, criou um manual sobre as mudanças advindas da Lei 13.146/2015, como também explicações das causas e motivos das referidas mudanças:

¹¹⁰ Conselho Nacional do Ministério Público Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2016. p. 6.

Como se sabe, a interdição de direitos sempre foi uma difícil decisão para as pessoas com deficiência, especialmente àquelas com deficiência intelectual (deficit cognitivo) e deficiência mental (saúde mental) e seus familiares. Daí a justificativa para a mudança da lei e a compreensão de que eventual necessidade de apoio para o exercício de direitos recairá tão somente sobre direitos patrimoniais e negociais, tudo previamente definido em sentença do juiz, assistido por equipe multidisciplinar. Para esses atos, com os novos institutos da tomada de decisão apoiada e da curatela, a pessoa com deficiência poderá contar com apoiadores ou curadores, respectivamente, que prestarão o apoio e o esclarecimento necessários para eventuais decisões.

Neste ponto inicia a parte crucial do presente trabalho, a análise dos pontos positivos e negativos do instituto da tomada de decisão apoiada. Para isso é necessária uma análise de forma sistemática do instituto, sua organização processual e como de fato tem sido aplicado.

O artigo 1783-A do Código Civil estabelece que, a tomada de decisão apoiada é um processo pelo qual, a pessoa com deficiência elege 02 (duas) pessoas de sua confiança para prestar apoio nas decisões de atos da vida civil.

Ainda, estabelece que o pedido deve ser reduzido a termo pela pessoa com deficiência e seus apoiadores, constando sobre os limites deste apoio, prazo de vigência e o compromisso com o respeito da vontade do apoiado.

Tal pedido deve ser levado para homologação judiciária, em que, após a manifestação do ministério público, uma equipe multidisciplinar e o juiz, ouvirão o apoiado e seus apoiadores.

De forma superficial, a tomada de decisão apoiada trata sobre um apoio de duas pessoas de confiança para realizações de atos da vida civil.

2.3.1 Das lacunas da tomada de decisão apoiada

Como apresentado supra, a ideia da tomada de decisão apoiada é sobre a autonomia da pessoa com deficiência. Entretanto a própria norma, no artigo 1783-A do Código Civil, deixa algumas dúvidas.

Inicialmente sobre a natureza jurídica do termo da tomada de decisão apoiada, esta é de jurisdição voluntária e personalíssima, ou seja, apenas a própria pessoa portadora de deficiência tem legitimidade para formular o pedido.

Jacqueline Lopes Pereira¹¹¹ ressalta em sua obra que, a questão da legitimidade do pedido em juízo da TDA apresenta divergências doutrinárias. Em comparativo realizado pela autora apresenta o pensamento de Nelson Rosenvald que compreende um lógica de “quem pode mais, pode menos” no sentido em que, o familiar que já exerça a função de curador, requerer a substituição deste instituto pelo TDA.

Em contrapartida, apresenta-se o pensamento da doutrinadora Joyceane Bezerra Menezes¹¹² que o pedido da TDA é exclusivo da pessoa que será beneficiada por ela.

Em virtude deste ponto da natureza jurídica, é claro na norma que trata-se de ato personalíssimo, isto porque, a própria lei frisa em vários pontos a natureza exclusiva da pessoa com deficiência como portadora da decisão de requerer ou não o TDA.

Em virtude desta discussão, em abril de 2018, na VIII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, houve a publicação do Enunciado 639113, para dirimir novas discussões acerca da questão da legitimidade do pedido da TDA:

Enunciado 639 – artigo 1.783-A – A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um, ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

O enunciado além de tratar sobre a questão da legitimidade sobre a TDA, acaba por trazer, de forma implícita, sobre a questão da curatela, em que, não necessariamente os apoiadores devem ou podem ser os curadores da pessoa com deficiência, ou seja, pode haver um curador que seja distinto dos apoiadores selecionados pela pessoa com deficiência.

Isso apresenta uma nova margem de problema pelo conflito que pode ser gerado em relação aos institutos da curatela e da TDA, isto porque, ao invés de existir apenas uma pessoa que auxilie, assista e, eventualmente, represente a pessoa com deficiência, poderá

111 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 137.

112 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins. Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017. p. 87.

113 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados da VIII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-publicacoes-site.pdf>>. acesso em: 28/11/2019.

existir até 03 (três) pessoas distintas que estejam “auxiliando a decisão” da pessoa com deficiência.

Apesar de a TDA, ser uma forma de apoio à pessoa com deficiência, no parágrafo 6º do artigo 1.783-A do CC, fica estabelecido que, em caso de divergência entre a decisão do apoiado e a opinião de um dos apoiadores, o caso deverá ser levado à juízo para que passe pela decisão do juiz, com manifestação do Ministério Público.

Ou seja, a pessoa com deficiência continua a mercê da decisão do juiz, caso seja considerado que a sua escolha não seja a mais benéfica. Joyceane Bezerra Menezes¹¹⁴, explica bem a situação que vem sendo encontrada com a TDA, uma forma de curatela branda:

Mesmo com as suas características definidas em lei, a TDA vem sendo confundida com o mandato, a autotutela, a diretiva antecipada de vontade. Não raro também, tem sido confundida com uma espécie de curatela branda. Em termos mais objetivos, vê-se que o instituto tem sido mal interpretado quanto ao seu aspecto funcional nuclear – a promoção da autonomia do apoiado.

Entretanto, vale ressaltar que, para fins da autonomia da pessoa apoiada a ideia da TDA, e de que “a apoiadora apenas auxilie a pessoa com deficiência a compreender o contexto em que sua decisão se insere e suas consequências, porém a última palavra será da pessoa apoiada”¹¹⁵. Ou seja, entre a essência da TDA, a norma positivada e a aplicação desta, existe uma obscuridade no que será devidamente realizado, em atos práticos.

2.3.2 – Da responsabilização do apoiador e suas consequências

Em relação ao apoiador, o artigo 1.783-A do CC, estipula que, deverá ser eleito pelo menos 02 (duas) pessoas idôneas, que tenham vínculo com o apoiado e demonstrem confiança. Ocorre que, tais diretrizes, ou requisitos, são demasiadamente amplos e subjetivos.

Primeiramente o conceito de pessoa idônea, segundo o dicionário Michaelis¹¹⁶, o significado de idôneo é:

114 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins. Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017. p. 84.

115 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p 130.

116 Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=9oyQb>> acesso em: 28/11/2019.

Idôneo - i-dô-ne-o - adj

- 1 Que é próprio ou conveniente para alguma coisa.
- 2 Que tem capacidade de, conhecimento ou competência para realizar bem alguma coisa; apto, capaz, competente.
- 3 Que é digno, honrado e de honestidade inquestionável.

Ou seja, a pessoa idônea pode ser desde uma pessoa apta, ou competente para realizar o ato, como também alguém que deverá ser colocado em pauta sua honra, dignidade e honestidade.

Não muito longínquo, o ordenamento brasileiro passou pela necessidade de retirar do Código Penal a expressão “mulher honesta”¹¹⁷, em meados de 2009, devido a relativização dos crimes de estupro e crimes sexuais, quando se utilizava da honestidade, ou não, da mulher para afastar a incidência de possíveis condenações.

E agora nos deparamos novamente com a discussão de idoneidade, honra, honestidade em relação à pessoa do apoiador no instituto do TDA, porém dentro do âmbito civil. Na Revista Brasileira de Direito Civil, volume 9, a autora Joyceane Bezerra de Menezes¹¹⁸, aborda a questão de que, o juiz pode considerar o apoiador inidôneo e não concordar com a homologação deste, porém, não podendo indicar outro apoiador, por ser decisão personalíssima do apoiado:

É certo que, independentemente da previsão legal, o juiz deverá perscrutar sobre eventual conflito entre a pessoa indicada para apoiar e a que pretende o apoio. Poderá não homologar determinado apoiador, fundamentando a sua decisão no conflito de interesse, na inidoneidade do indicado ou em eventual pressão que este exerça sobre o beneficiário. Sendo a escolha do apoiador um ato personalíssimo, não poderá impor qualquer outro nome ao apoiado. Ressalta-se, por indispensável, dada a natureza do instituto da TDA, que o apoiador deve estar no exercício pleno de sua capacidade civil.

¹¹⁷Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/>> acesso em: 28/11/2019.

¹¹⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 9 – Jul /Set 2016. p. 48.

A sombra do paternalismo no ordenamento jurídico brasileiro, de qual, a TDA visava fugir, mantêm-se da mesma forma que um pai às costas do filho nos seus primeiros passos.

A burocracia existente no instituto do TDA tanto para a escolha do apoiador, quanto das responsabilidades do qual é incumbido, torna a TDA um peso para o apoiador, e não uma forma de auxílio da pessoa com deficiência de alcançar a sua autonomia.

Frisa-se sobre a questão de responsabilização do apoiador, considerando a análise do artigo 1.783-A, em seus parágrafos 7º e 8º, sendo que afirma que no caso de negligência, pressão indevida ou adimplemento de suas obrigações, poderá ser oferecida denúncia contra o apoiador, e em decorrência desta denúncia, o juiz poderá destituí-lo de seu papel, e ouvida a pessoa apoiada, a nomeação de novo apoiador.

A ideia de obrigação do apoiador é que esta “consiste na obrigação de prestação de deveres, como de diligência e de informação, a serem exercidos pelos apoiadores eleitos, os quais devem manter vínculo de confiança com a pessoa apoiada”¹¹⁹.

Entretanto, não é abordada a questão de que, se denunciado o apoiador qual a sua “penalidade”? ou melhor, se há penalidade, responsabilização civil, indenização, ou algo do gênero, que aplaque esse inadimplemento em favor do apoiado.

Ademais, que validade terá uma decisão fundada no entendimento do juiz considerando, por exemplo, a inidoneidade do apoiador em virtude de uma informação não dada de forma correta? Há de se avaliar que, a pessoa que será apoiadora também pode ter seus equívocos e dúvidas. Como serão verificadas essas situações?

São dúvidas que não tem uma resposta plausível, de forma concreta afastar os anseios e temores de um eventual apoiador. Ainda cumpre, retornar ao artigo em questão e fazer uma análise anterior a esta responsabilização, ao que pese o parágrafo 6º, sobre os negócios jurídicos que apresentem risco ou prejuízo.

De forma hipotética, registre-se o seguinte exemplo: o apoiado decide realizar um negócio jurídico, que, para o seu apoiador apresenta riscos e prejuízos para seu apoiado. Mesmo em divergência de opiniões, o apoiado realiza o negócio jurídico (relembrando que a última decisão será do apoiado), e o apoiador, em virtude de evitar conflitos não comunica ao juiz essa dissonância de opiniões.

¹¹⁹ PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. p. 132.

Posteriormente, o negócio jurídico apresenta grande prejuízo, e devido a uma denúncia, vai ao conhecimento do juiz tal situação. A partir disso, o juiz analisando o caso, decide pela destituição do apoiador, fundamentando que este foi inidôneo ou negligente.

Em relação a este exemplo, onde fica a autonomia da pessoa com deficiência, e mais, onde reside a ideia de permitir o “direito de errar”¹²⁰ do indivíduo? Existe um paradoxo premente entre a autonomia da pessoa com deficiência como também com a salvaguarda dos direitos da pessoa com deficiência.

Nelson Rosenvald¹²¹ realiza essa relação entre o parágrafo 6º e 7º, entre o negócio jurídico que traz prejuízo e a responsabilização do apoiador:

A participação do Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica (art. 179, CPC/15) também será decisiva se houver conflito de interesses entre o beneficiário e os apoiadores. Como se extrai do § 6º, do art. 1.783-A, “Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão”. Na vertente da boa-fé objetiva, os apoiadores exercerão os deveres de proteção, cooperação e informação perante a pessoa com deficiência e, em caso de dissenso, advertirão o magistrado sobre o conflito de interesses. Atos danosos ao interesse do beneficiário poderão motivar a incidência do § 7º, do art. 1783-A: “Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz”.

Apesar de, na sua essência, o TDA ser um instituto com viés com finalidade de cancelar a liberdade da pessoa com deficiência, ela mantém a sombra paternalista do ordenamento jurídico, em muitas situações furtando o poder de escolha do indivíduo.

120 PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: CONCIL OF EUROPE. Who gets to decide: Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. p. 12. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 28/10/2017.

121 ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Congresso brasileiro de direito de Família (10. : 2015 : Belo C749 Horizonte, MG) Famílias nossas de cada dia. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira.- Belo Horizonte : IBDFAM, 2015. p. 7.

A discussão do presente trabalho visa justamente apresentar as inúmeras situações contraditórias do instituto do TDA, que traz uma forma de curatela mais branda, ou também denominada autocuratela, com uma roupagem de autonomia da pessoa com deficiência.

O instituto apresenta diversas máscaras em várias camadas da escolha do indivíduo, abrindo possibilidade que seus direitos serem escolhidos pelo Judiciário, em virtude de acontecimentos negativos, que, em tese, deveriam ser arcados pela própria pessoa com deficiência considerando que esta, salvo se amparada pela curatela, é pessoa plenamente capaz.

2.4 RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O TERCEIRO

No artigo 1.783-A do CC, no seu parágrafo 4º e 5º, trata sobre a relação negocial da pessoa apoiada em relação a terceiros. Estipula-se no parágrafo 4º que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos em relação a terceiros, sem restrições, desde que inserida nos limites do apoio acordado.

O parágrafo torna-se um tanto quanto desconexo, considerando que o parágrafo anterior (parágrafo terceiro) ainda estava tratando sobre a parte procedimental do processo de homologação do termo de tomada de decisão apoiada.

Entretanto, o parágrafo 4º, em sua interpretação determina que, a decisão que for tomada com o apoio dos apoiadores terá efeitos a terceiros, sem restrições, desde que este negócio jurídico firmado entre a pessoa com deficiência e o terceiro, esteja de acordo com os limites do termo da TDA.

Já no parágrafo 5º é feita uma salvaguarda para o terceiro, em que fica estabelecido que, o terceiro poderá solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Novamente, nestes parágrafos do artigo o legislador deu um tom de assistencialismo, como uma curatela branda, em relações negociais. Isso porque, no parágrafo quarto estipula que, o negócio jurídico só terá efeitos sem restrições, caso a decisão tomada, esteja nos limites do termo da TDA.

E ainda continua no parágrafo quinto, dando a faculdade de se requerer a contra-assinatura dos apoiadores, à pedido do terceiro, a fim de cancelar a decisão tomada. Jacqueline Lopes¹²², traz o pensamento dos autores Andreson Schreiber e Ana Luiza Maia

¹²² PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma

Neves, sobre essa faculdade em relação a contra-assinatura, nomeando-a como uma faculdade inútil, já que será uma atividade de praxe solicitada pelo terceiro:

[...] por um lado, porque o próprio dispositivo não reserva qualquer consequência jurídica diferenciada na hipótese de contra-assinatura pelos apoiadores. Ainda assim, a exigência de tal contra-assinatura provavelmente acabará por se tornar praxe, já que aqueles que contratam com a pessoa com deficiência tendem a exigir a assinatura dos apoiadores no afã de trazer maior segurança ao negócio jurídico celebrado.

Ou seja, apesar de apresentar-se como faculdade acabará, por consequência de maior segurança para o terceiro, uma obrigação implícita. Isto porque, como visto nos tópicos anteriores, há um grande risco de o negócio jurídico ser sentenciado com erro, dolo ou até mesmo lesão, considerando que, na ausência dos apoiadores, a alegação da pessoa com deficiência poderá ser que foi induzida a negociar de forma diversa da qual realmente desejava.

Devido a existência dessa lacuna há um Projeto de Lei nº 757/2015 que tenta dirimir o receio de terceiros em relação aos negócios jurídicos firmados com pessoas deficientes. A ideia é a inserção no dispositivo normativo de que a TDA não será registrada ou averbada no registro de pessoas naturais – possível parágrafo 14 do artigo 1.783-A – deste modo, tentando aliviar a ideia de que os apoiadores tem uma obrigação constante de estarem chancelando os negócios jurídicos de seus apoiados.

Se mantida a redação atual, não há norma específica que estipule sanção ou vício ao negócio jurídico constituído, pois reforça-se, trata-se de pessoa plenamente capaz. A redação do PLS 757/2015 não resolve a questão, conquanto o legislador pretende repisar a validade dos negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência apoiada, mesmo que sem a participação dos apoiadores:” § 12. Os negócios jurídicos e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que se trata o §5º deste artigo”.

Entretanto a Projeto de Lei nº 757/2015 não resolve em nada a lacuna existente, pelo contrário, transforma o artigo 1.783-A em uma colcha de retalhos, que prolonga ainda

análise da incapacidade civil. In: O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem Stefano Rodotà. (Coord.). ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 53.

mais as incertezas e dúvidas sobre a validade dos negócios jurídicos com ou sem a presença dos apoiadores.

2.4.1 Da diferença dos negócios jurídicos nulos e anuláveis

Inicialmente cumpre a análise das características sobre os negócios jurídicos sejam eles nulos ou anuláveis. A anulação ou nulidade do negócio jurídico só pode ser declarada de forma judicial, ou seja, até que seja levado a juízo nenhum negócio jurídico é inválido.

Os aspectos que levam a diferenciação dos negócios jurídicos nulos e anuláveis são em relação aos efeitos, em relação a legitimidade para arguir a nulidade ou anulação, em relação a possibilidade de ratificação e em relação a prescrição.

Em relação aos efeitos os negócios jurídicos nulos não produzem nenhum efeito jurídico, e se caso houvesse produção seriam¹²³ desconstituídos desde seu nascimento. O caso clássico seria o negócio jurídico realizado por um absolutamente incapaz, como por exemplo, uma venda ou aquisição de bem. Desde a origem o negócio em si é nulo.

Em contrapartida, o negócio jurídico anulável produz efeitos, até que seja declarada sua anulabilidade. Em caso hipotético de venda ou compra por um relativamente incapaz, quando declarada a sua anulabilidade – em relação ao negócio jurídico – retorna-se ao *status quo ante*, ou seja, o bem volta para seu proprietário de origem e o valor pago para o seu comprador de origem. Entretanto, se, durante este lapso temporal – entre o negócio entabulado e sua declaração de anulabilidade – os frutos provenientes deste negócio, permanecem com quem os recebeu.

Quanto à legitimidade, nos casos de declaração de nulidade, qualquer interessado pode requerer a declaração, inclusive o próprio Ministério Público, ou até mesmo o juiz, de ofício, se caso não houver pedido expresso de nulidade do negócio em processo em curso.

Já nos casos de anulabilidade apenas os interessados podem entrar com o pedido de declaração de anulação do negócio, não há poder ao Ministério Público ou ao juiz requerer a anulação do negócio realizado.

No caso da ratificação esta possibilidade cabe apenas aos negócios anuláveis, isto porque, é um ato pelo qual as partes, ao perceber que o negócio jurídico pode ser anulado decidem não o fazer, de forma expressa ou tácita, convalidando os efeitos no tempo. No caso na nulidade não há possibilidade dessa ratificação, nem de modo expresso ou tácito.

123 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 345.

E por fim quanto a prescrição esta atinge apenas aos negócio jurídicos anuláveis, inclusive pela situação acima elencada, se não houver declaração de vontade de anulação do contrato, este se convalida no tempo. No caso de negócios nulos, a causa é imprescritível, pois esta não tem como convalescer no tempo.

2.4.2 Dos negócios jurídicos anuláveis e o advento da Lei 13.146/2015

Como visto no tópico acima os negócios jurídicos podem ser nulos ou anuláveis, e, uma das causas de nulidade do negócio jurídico é a incapacidade do agente, como visto no início deste presente trabalho, em conformidade com a teoria da escada ponteano.

Com a mudança na legislação as pessoas com deficiência passaram a ter capacidade plena, o que retira dos casos anteriores a declaração de nulidade dos negócios jurídicos, mas sim, a possibilidade de declarar sua anulação. Viviane Cristina de Souza Limongi¹²⁴ faz essa análise:

Até o Código Civil de 2002, um negócio jurídico firmado por uma pessoa absolutamente incapaz – ou seja, sem discernimento causado por alguma causa físico-biológica – era apenado com a sanção de nulidade, pois desde seus nascedouro se observava a falta de um elemento orgânico e vital sem o qual o ato deveria ser considerado como não realizado, como não tendo vida, como afirma Martinho Garcez. É a lei que declara a nulidade; é ela quem qualifica o ato como nulo, cabendo ao juiz a mera pronúncia e aplicação da pena. O ato nulo não convalesce, nem mesmo pela decadência da ação de nulidade, ou por institutos de acomodação, como o caso da renúncia tácita ou da supressio.

Deste modo, a nulidade do negócio jurídico, visa salvaguardar os direitos de pessoas consideradas absolutamente incapazes, para que não haja risco para essa pessoa, em detrimento de negócio jurídico mal realizado.

Após a Lei 13.146/2015 com a situação em que a pessoa com deficiência tornou-se plenamente capaz, houve uma abolição do requisito de consciência da juridicidade da

¹²⁴ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 171.

declaração, sendo que agora, basta que a pessoa com deficiência declare (vontade de conduta externa) para que o negócio seja válido¹²⁵.

Importa realizar um paralelo com os primeiros tópicos do presente trabalho onde foi abordada a capacidade civil e a declaração de vontade; sendo que, a declaração de vontade para ser completa deve conter duas partes, a compreensão (esfera intelectual) e o desejo de querer (esfera volitiva).

Ou seja, no caso das pessoas com deficiência o que basta para o negócio jurídico ser válido é a declaração de querer, e não de compreender. Entretanto o que mais pesa sobre o consentimento é a compreensão daquilo que se está negociando.

Considerando que a partir do Estatuto a Pessoa com Deficiência é plenamente capaz, a questão da tutela dos incapazes pode se ver minimizada, dependendo apenas da pessoa com deficiência para acolher ou não os casos de anulação do negócio jurídico, em tese.

Como se vê, o novo paradigma de incapacidade instituído pelo Estatuto, prevê que a celebração de um negócio jurídico por uma pessoa sem discernimento constitui invalidez menos grave, porquanto é concedida à parte a faculdade de convalidá-lo ou não, sem interferências de terceiros ou do Ministério Público¹²⁶.

Isto porque, o negócio jurídico para pessoas com deficiência tornou-se anulável e não nulo. Todavia, como analisado no tópico anterior, no mesmo diapasão da citação supra, os negócios jurídicos anuláveis, não poderão ter interferência de terceiros, ou do Ministério Público, e muito menos ser decretado de ofício pelo juiz.

Porém, no parágrafo §6º do artigo 1.783-A do Código Civil, fica estipulado que “em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão”.

125 LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 172.

126 LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 173.

Sendo que trata-se de pessoa plenamente capaz, e, o negócio jurídico é anulável, podendo ser convalidado pelas partes, qual a função do Ministério Público dentro do processo?

Nota-se novamente, como já visto de forma exaustiva, que o instituto do TDA, mantém várias facetas em que possa haver a interferência, tanto do Judiciário, como do Ministério Público, na vida da pessoa com deficiência.

De fato, não há uma autonomia garantida, não existe uma liberdade sobre o poder de escolha, considerando que, se por opinião alheia o negócio for considerado prejudicial haverá interferência do juiz e do Ministério Público, para avaliar se pode ou não ser realizado tal ato. Ainda em questão sobre a função do Ministério Público nos casos apresentados, cumpre a análise da participação deste em todo o processo de homologação da TDA, como também na necessidade das manifestações desta entidade em questões, como visto anteriormente, de cunho particular, como deveria ser a escolha ou não pelo negócio jurídico.

2.5 DA HOMOLOGAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Neste ponto cabe analisar a função do Ministério Público, referente tanto ao processo de homologação do termo da tomada de decisão apoiada, como também em casos de destituição do apoiador, ou de conflito de opiniões entre o apoiado e o apoiador para casos de negócios jurídicos contemplados com risco ou prejuízo considerável.

Ocorre que, necessário se faz o questionamento seguinte: qual a função do Ministério Público nestes casos, considerando tratar-se de pessoa plenamente capaz?

Hugo Nigro Mazzilli¹²⁷ em sua obra sobre o Ministério Público aponta de forma clara as funções e necessidades encontradas no Judiciário, para que, haja a presença do MP, e assim, assegurar o direito de terceiros, sejam eles partes ou não de processos:

Na esfera cível, o papel do Ministério Público é tão relevante quanto na esfera criminal, e ultimamente suas funções vêm crescendo significativamente nesta área. Pode ser órgão agente, quando toma a iniciativa de provocar o Poder Judiciário em inúmeras ações. As ações que o Ministério Público pode propor não são apenas aquela meia dúzia de hipóteses mais conhecidas, como a ação

¹²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista Justitia, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. p. 7.

de nulidade de casamento e a ação de interdição. Trata-se, antes, de mais de uma centena delas, conforme levantamentos que temos feito. Pode ainda ser órgão interveniente, nos processos em que, diante da qualidade de uma parte, deve zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou suprir alguma forma de inferioridade. Por exemplo, intervém pela qualidade da parte quando se verifica no processo a presença de incapaz, de índios, de fundação, de massa falida, de acidentados do trabalho. Pode, enfim, ser órgão interveniente agora porque, pela natureza da lide, pode existir um interesse público a zelar. Como exemplo desta última forma de intervenção, temos o mandado de segurança, as questões de família, de estado, de testamento etc.

Já neste trecho observa-se que o Ministério Público atua de forma a suprir e zelar pela possível indisponibilidade de interesses ou inferioridades de determinadas pessoas. No caso supra, apresenta-se ainda a questão, muito bem colocada, dos incapazes. Ainda, Mazzilli apresenta uma sistematização realizada por Antonio Aldo Ferraz Dal Pozzo¹²⁸, para saber onde o Ministério Público é imprescindível:

Empreendendo a difícil tarefa de buscar sistematizar as formas de intervenção ministerial no processo, Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo identificou a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público nas seguintes situações: "1ª) Quando a parte litigante se apresenta de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a igualdade das partes no processo. É o que ocorre, por exemplo, com os acidentados do trabalho, que devem enfrentar, em juízo, toda uma autarquia especializada em contrariar pretensões dessa natureza. Sem o Ministério Público, em casos assim, o processo seria um método injusto de solução dos conflitos. 2ª) Quando a condição da parte torna o seu direito indisponível ou disponível de forma limitada. 3ª) Quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade do seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota de indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge. 4ª) Quando

128 MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista *Justitia*, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Apud.: Prefácio à obra *Curadoria de ausentes e incapazes*, deste autor, ed. APMP, São Paulo, 1988.

o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como interesses difusos e os coletivos).”

Se, bem cautelosamente seguir-se a sistematização apresentada por Antônio Aldo, fica evidente notar que, os casos da Lei 13.146/2015 apresentados, não deveriam, por regra, ter a presença do Ministério Público, isto porque, a parte autora da TDA é a própria pessoa com deficiência, plenamente capaz, exercendo um direito personalíssimo seu; não há limitação que torne seu direito indisponível ou disponível de forma limitada, isto porque é pessoa plenamente capaz, tratando de assuntos de versam sua vida privada, particular, sem que haja necessidade de intervenções ministeriais; não está em jogo um bem a vida, pode, porventura, atingir questões patrimoniais, mas que, em todo caso, não é de competência do MP a intervenção; e por fim, não é caso de interesses difusos ou coletivos.

Ainda, a fim de ratificar o pensamento da questão do funcionalismo do MP, Ítalo Costa Dias¹²⁹, ao realizar a obra sobre a evolução do MP nas Constituições brasileiras, frisa a ligação entre o Ministério Público e a assistência aos hipossuficientes:

Ademais os representantes do *Parquet* hodiernamente exercem atribuições em vários segmentos da proteção dos hipossuficientes e dos preceitos constitucionais assegurados à todos os brasileiros como a saúde, preservação da probidade administrativa, direito a cidadania, proteção integral a infância e juventude, ao consumidor, meio ambiente adequado e outros tantos interesses transindividuais ou metaindividuais indisponíveis.

Ou seja, se a ideia central do MP é auxiliar pessoas que não tem alcance total de seus direitos, qual a funcionalidade desta entidade nos processos que versem sobre os interesses das pessoas com deficiência?

Nelson Rosendal, fala em sua obra *O direito civil em movimento*, sobre a única possibilidade real e legal que teria cabimento da intervenção do Ministério Público, que seria a modificação da interdição – curatela – para tomada de decisão apoiada, sobre a luz de que “quem pode mais, pode menos”¹³⁰.

Não entra em cheque neste momento a diversidade de pensamento com outros doutrinadores sobre a possibilidade ou não desta função ser exercida pelo MP, mas sim,

¹²⁹ DIAS, Ítalo Costa. Ministério Público Brasileiro, uma breve análise de sua evolução nas constituições brasileiras. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – n. 3, dez./2015. Curitiba, Paraná. p. 175.

¹³⁰ ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento*/Nelson Rosendal – Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 127

que por ser um processo de transição, entre a interdição e a TDA, a presença do MP seria plausível.

O que ocorre no processo da TDA é que, o ordenamento jurídico se mantém mascarando o caráter paternalista do legislador brasileiro. Tanto é fato que a própria doutrina, compara a função do MP nos casos de curatela com o caso da TDA:

Importante destacar essa faceta do Ministério Público nos processos de interdição da pessoa com deficiência, que deixa de ser o *custos legis*, o mero fiscal da lei, equidistante do interesse do curatelando no feito, para ser o seu defensor, quando não for o autor da ação. Isto é uma mudança na atribuição do Ministério Público que estava no Código Civil de 1973. Dessa forma, quando o Promotor de Justiça da Vara cível ou da Vara de Família não estiver como autor da ação de interdição, funcionará sempre, devido sua intervenção obrigatória no processo de curatela, como defensor da pessoa com deficiência, por força do contido no artigo 1.170 do Código Civil alterado pela LBI. Da mesma forma, o Ministério Público atuará na proteção da pessoa com deficiência no processo de tomada de decisão apoiada¹³¹.

Fica clarividente a visão de que o ordenamento jurídico constituiu a pessoa com deficiência como pessoa capaz apenas de forma teórica, e não de forma prática. Isto porque, a presença do Ministério Público torna-se como uma muleta jurídica para a pessoa com deficiência, ou seja, na teoria pode ser o indivíduo detentor de suas escolhas, direitos e deveres, porém na prática sempre haverá a sombra de, como por exemplo, um pai cautelando o andar de seu filho, sobre a premissa de estar protegendo ele de si mesmo.

3 CONCLUSÃO

Ao findar do presente trabalho denota-se que o instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, nada mais é que uma forma de curatela mais branda. A necessidade premente de realizar algo que estivesse de acordo com a Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência, fez com que o ordenamento jurídico criasse um novo instituto, uma nova roupagem em um corpo velho.

Isso porque, como analisado minuciosamente nos tópicos do presente artigo, ficou claro que, em momento algum o ordenamento jurídico deu a liberdade que prometeu com

131 LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 433-434.

a realização da Lei 13.146/2015, pelo contrário, fantasiou novos aspectos que apenas dão um ar de inovação, sem grandes realizações.

O aspecto paternalista do ordenamento jurídico brasileiro se manteve, tal qual quando o filho entra na adolescência e o pai concede novas responsabilidades para este, sem deixar de estar presente e atento, analisando seus movimentos, suas escolhas de modo a cuidar de seus interesses, sem agir de forma direta, como antes fazia.

Nada explica melhor a ideia do cuidado do ordenamento jurídico, como o exemplo familiar do cuidado do pai com seu filho. O cerne do presente trabalho, foram as questões relativas ao negócio jurídico, questões que giram em torno do patrimônio, seja ele móvel ou imóvel, compra e venda, locações, empréstimos, negociações em geral.

Isto pois, quando o judiciário não está de forma clara interferindo na vida da pessoa com deficiência, também há demonstrações de cunho indireto de interferência, seja com a presença de equipe multidisciplinar (no caso da homologação da TDA), a presença do Ministério Público, (para manifestação quanto a homologação da TDA, e também, nos casos de risco do negócio jurídico), e também a presença do próprio juiz (para a avaliação da idoneidade do apoiador).

Não obstante, como apresentado no trabalho, há a possibilidade de um indivíduo ser auxiliado tanto na curatela como na tomada de decisão apoiada. Ou seja, serão duas demandas judiciais, com institutos diferentes, para que a finalidade seja quase a mesma. O que deve ser contabilizado aqui não é apenas a realização de duas demandas, mas o custo da movimentação do Judiciário em relação a este novo instituto.

Atentamente pode-se realizar a seguinte análise: desde a entrada do processo da TDA até o efetivo arquivamento do mesmo, muitas situações podem acontecer no íterim desta. Como por exemplo, antes de acabar o prazo limite da TDA, ser considerado o apoiador inidôneo para sua função, o que demandaria a reabertura do processo que, provavelmente estava suspenso, para realizar toda uma análise se, este deve permanecer ou não no cargo/função que lhe foi atribuído. Ainda, se houver discrepância de entendimentos entre o apoiado e o apoiador, sobre negócios jurídicos, novamente o processo deverá sair da sua suspensão para que seja decidida esta questão.

Foram citados apenas os 3 pilares mais apontados pela legislação – a homologação do TDA, a destituição do apoiador, e o conflito de opiniões – sem contar que poderão surgir outras necessidades que não foram imaginadas aqui.

Ou seja, é um processo contínuo sem um fim realmente declarado, e que, deste modo, vai continuar necessitando da presença do juiz, do cartório que movimenta tal processo, do promotor, da equipe multidisciplinar, e etc.

Isto tudo gera um gasto, uma burocracia e um desgaste desnecessário. A ideia de dar autonomia para a pessoa com deficiência é de fato importante, inovadora, libertadora e necessária. Entretanto, o que foi apresentado pela Lei 13.146/2015 não chega aos pés da essência da ideia que a Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência elaborou e quis que fosse colocado em prática.

Vai muito além de ter alguém que te estenda a mão para tomar decisões corretas, é a chancela de que, ter deficiência não te torna melhor ou pior que qualquer outra pessoa, é o primeiro passo para a raiz da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do entendimento de que todas as pessoas podem e devem ser livres para suas escolhas, sejam elas boas ou ruins.

O que aconteceu de fato no ordenamento jurídico em relação ao instituto do TDA foi a positivação de um mero palpite, sendo que, se não for aceito tem “sanções” não para o apoiador somente, mas também para o apoiado. Isto porque, se houver divergências de opiniões, o apoiador para salvaguardar sua obrigação de maneira incólume, deve levar isso a conhecimento do juiz.

A partir do momento que vai para o juiz a autonomia da pessoa com deficiência é deixada de lado, porque, novamente um terceiro irá decidir por ela, irá escolher por ela. Isso nem de longe pode ser considerado como uma liberdade, quiçá a aplicação completa da capacidade civil plena do indivíduo.

Por fim, necessário frisar o descontentamento e decepção que tal instituto representa, seja pelas suas lacunas, ou até por sua forma mascarada de encarar a autonomia do indivíduo com deficiência física, mental ou motora.

Ademais nada mais há neste instituto que uma forma singela de manter o intervencionismo do Estado, porém com uma máscara de proteção às pessoas com deficiência, porque elas ainda são vistas como hipossuficientes.

Se não fosse isto a realidade não teria motivos para ainda, fora as próprias intervenções estatais pelo Judiciário, na pessoa do juiz, manter a presença do Ministério Público. Não há lógica da intervenção do Ministério Público em processos referentes a negócios jurídicos, sejam eles positivos ou negativos, entre a relação particular.

Entretanto, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem realizando tentativas, tentando encontrar meios para realizar a inclusão das pessoas com deficiência, dar voz aos seus direitos e deveres, e meios dos quais estes indivíduos possam fazer valer suas prerrogativas inatas como cidadãos plenamente capazes.

Ainda há uma necessidade de mudança cultural do intervencionismo do Estado em situações particulares, para que, a autonomia, a liberdade, o direito, o dever, a escolha, sejam coisas normais para todos, sem a necessidade da sombra paternal do Judiciário existir no cotidiano da sociedade.

REFERÊNCIAS

Barbosa, Ruchester. **'Mulher honesta': conheça a origem da expressão.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/>> acesso em: 28/11/2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 1/** Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 333.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 1/ Fábio Ulhoa Coelho. – 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da VIII Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-publicacoes-site.pdf>>. acesso em: 28/11/2019.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela:** medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2016.

DIAS, Ítalo Costa. **Ministério Público Brasileiro, uma breve análise de sua evolução nas constituições brasileiras.** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – n. 3, dez./2015. Curitiba, Paraná.

Dicionário Michaelis. **Idôneo.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=9oyQb>> acesso em: 28/11/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. **Direito Civil: parte geral, volume 1.** / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. **Direito Civil: parte geral, volume 1.** / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. de acordo com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência** – Lei nº 13.146/2015/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Flávia Piva Almeida. et.al. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015**/ Coordenação de Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à Justiça e o Ministério Público.** Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista Justitia, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à Justiça e o Ministério Público.** Aula inaugural proferida na Escola Superior do Ministério Público — Porto Alegre (RS), em 16 de março de 1989, e publicada na Revista Justitia, 146, 2º trim. 1989, edit. pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Apud.: Prefácio à obra Curadoria de ausentes e incapazes, deste autor, ed. APMP, São Paulo, 1988.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins.** Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada e sua correlação com Institutos afins.** Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada:** instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 9 – Jul /Set 2016.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual** – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, Nelson. Instituições de direito civil. Vol. III. Cap. II, item 94.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: CONCIL OF EUROPE. Who gets to decide: Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. p. 12. Disponível em: <[https:// wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true)>. Acesso em: 28/10/2017.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** pessoas com deficiência psíquica e intelectual – Curitiba: Juruá, 2019. Apud.: NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem Stefano Rodotà. (Coord.). ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 53.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada** – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Congresso brasileiro de direito de Família (10. : 2015 : Belo Horizonte, MG) Famílias nossas de cada dia. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira.- Belo Horizonte : IBDFAM, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento**/Nelson Rosenvald – Salvador: JusPODIVM, 2017.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Apud.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**/ Flávio Tartuce. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

A (IM)POSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO DO TÍTULO OU DOCUMENTO DE DÍVIDA PELO TABELIÃO DE PROTESTO

GEOVANNY MATSUMOTO DE ALMEIDA SANTOS: Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UDF (2014). Possui especialização em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (2021) e em Direito Notarial e Registral pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (2021). Exerceu o cargo público de Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2016 a 2021). Atualmente é Analista Judiciário - Área Judiciária - no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo estudar a possibilidade da análise da prescrição do título ou outro documento de dívida pelo tabelião de protesto, tendo em vista os limites da atividade de qualificação notarial e o tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dado ao tema, notadamente diante dos argumentos contidos nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do entendimento da doutrina especializada. O trabalho abordará os aspectos fundamentais do instituto do protesto e do serviço de protesto, com especial ênfase à atividade do tabelião na qualificação dos títulos, bem como os fundamentos da prescrição e como eles se aplicam ao contexto dos títulos e outros documentos de dívida protestáveis, e ao final, entender-se-á qual é o comportamento do tabelião ao recepcionar o título ou documento de dívida prescrito.

PALAVRAS-CHAVE: Protesto. Qualificação. Prescrição.

ABSTRACT: This end-of-course work aims to analyze the possibility of analyzing the statute of limitations of the title or other debt documents by the protest notary, considering the limits of the notary qualification activity and the treatment given by the legislation and court decisions, especially because of the decisions by the Superior Court of Justice and the understanding of specialized doctrine. The work will address the fundamental aspects of the protest like an institute and a service, notably considering the activity by qualification of titles, as well as the foundations of statute of limitations and how they apply in the context of titles and other protestable debt documents, and at the end, understand what the notary's behavior is when receiving the title or document debt with statute of limitations expired.

KEY WORDS: Protest. Qualification. Statute of limitations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. TABELIONATO DE PROTESTO. 2.1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS. 2.2. INSTITUTO DO PROTESTO. 2.3. SERVIÇO DE PROTESTO. 2.3.1. A questão da qualificação dos títulos. 3. PRESCRIÇÃO. 3.1. FUNDAMENTOS. 3.2. PRESCRIÇÃO DOS TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA. 4. ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO PELO TABELIÃO DE PROTESTO. 4.1. PANORAMA INICIAL. 4.2. QUESTÕES INCIDENTES. 4.3. DECISÃO DO STJ NO AGRG NO AGRG NO RESP 1.100.768/SE. 4.4. IMPACTOS DO EXERCÍCIO DESSA QUALIFICAÇÃO NA PRÁTICA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A atividade do Tabelião e do Oficial de Registro destinam-se a garantir a autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos, quando as partes desejarem a intervenção do agente público ou esta for necessária de acordo com disposição legal.¹³²

Trata-se de atividade pública, delegada pelo Estado a pessoas naturais previamente selecionadas mediante concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 236 da Magna Carta, que a exercerão sob fiscalização do poder judiciário, sendo remunerados mediante emolumentos pautados por tabelas aprovadas pelo poder público, constituindo as serventias delegadas *"um feixe de competências públicas (...) que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações"* (STF, ADI 2.415/SP, 2012, on-line).

Os atributos da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia, nas palavras de Marcelo Rodrigues, *"apontam o norte, distinguem os fins e põem em relevo os objetivos de toda a legislação concernente aos Registros Públicos"* (2016, p. 10).

É por meio da atividade notarial e registral, consoante os seus atributos, que se pode constituir, comprovar ou dar publicidade a direitos. Daí a relevância da atividade no

¹³² Nesse sentido, o art. 1º, *caput*, da Lei n. 6.015/1973, com redação dada pela Lei n. 6.216/1975, dispõe o seguinte: *"Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei."* Da mesma maneira, o art. 1º da Lei n. 8.935/1994 – *"Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos"* – e o art. 2º da Lei n. 9.492/1997 – *"Os serviços concernentes ao protesto, garantidores da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei"*.

contexto de uma sociedade, tendo em vista a influência que possui com a manipulação de direitos, muitas vezes dos mais caros ao exercício da cidadania.

Desse regime jurídico de elevada importância, observada tanto em relação à proteção dada à atividade, quanto em relação às consequências práticas que possam advir das situações jurídicas examinadas pelos Tabeliães e Oficiais de Registro, extrai-se que, como profissional do direito escolhido pelo Estado em seleção pública realizada especialmente para este fim, cabe-lhe examinar com cuidado e atenção o que lhe for submetido à apreciação.

A esta atividade, instrumento destinado à, em última análise, assegurar os atributos dos registros públicos e atividade notarial, dá-se o nome de “qualificação”.

Em apertada síntese, é através da atividade de qualificação que o Tabelião ou o Oficial de Registro analisam, com todo o cuidado necessário e apuro técnico, se determinado título ou requerimento submetido à sua apreciação pelo princípio da rogação, seja ele qual for, tem aptidão para produzir os efeitos que lhe são esperados, cumprindo os requisitos legais e autorizando a prática do ato pleiteado.

Trata-se de um verdadeiro poder-dever do delegatário do serviço, conforme já se pronunciou o STF.¹³³

No que tange à atividade do Tabelião de Protesto, questão tormentosa é definir quais os limites da atividade de qualificação de títulos, considerando que a atividade

¹³³ Em interessante caso submetido à Suprema Corte, examinou-se a conduta de um Registrador de Imóveis que, dentro da sua atribuição de qualificação do título, rejeitou o ingresso na Matrícula de determinado mandado judicial, para os fins de sua configuração como crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal. Entendeu o Pretório Excelso, nos termos do voto relator, pela impropriedade da imputação: *"O paciente limitou-se a cumprir dever imposto por lei, pela Lei dos Registros Públicos. Examinando título emanado da jurisdição cível especializada do trabalho - carta de adjudicação -, percebeu que não se contaria, no instrumento, com informações e peças exigidas por lei. Como lhe cumpria fazer e diante, ao que tudo indica, de resistência da parte interessada, suscitou a dúvida e aí, mediante pronunciamento que veio a se fazer coberto pela preclusão maior, o Juízo da Vara dos Registros Públicos disse do acerto da recusa em proceder de imediato ao registro, consignando, inclusive, que a observância das exigências legais, após a dúvida levantada, não seria de molde a obstaculizar a decisão. (...) Assim, não é indispensável definir sobre a possibilidade de se ter, como agente do crime de desobediência, pessoa que implemente atos a partir de função pública, valendo notar, de qualquer maneira, que se procedeu não na condição de particular, não considerado o círculo simplesmente privado, mas por força de delegação do poder público, tal como previsto no artigo 236 da Constituição Federal. O que salta os olhos é a impropriedade da formalização do procedimento criminal, provocado que foi por visão distorcida do órgão da Justiça do Trabalho, como se o Direito não se submetesse à organicidade."* (STF, 1ª Turma, HC 85.911-9/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/10/2005, DJe 02/12/2005).

notarial e de registros públicos, embora pública, é extrajudicial, encontrando barreira em questões com ressalva de apreciação jurisdicional, bem como nos limites impostos pela lei à sua atuação.

Trata-se de absoluto vespeiro, que desperta debates na doutrina e vem recebendo tratamento diferenciado pela jurisprudência, conforme se verá.

Se é certo que cabe ao tabelião zelar pela produção adequada, normal e esperada, dos efeitos dos atos e negócios jurídicos que lhes são submetidos, também é assegurado por lei o dever de prestar aconselhamento, cabendo ao delegatário orientar as partes quanto a correta produção de efeitos dos atos e negócios no mundo jurídico.

No caso do tabelionato de protesto, é a irregularidade formal do título verificada na qualificação que impede o registro, nos termos do art. 9º, parágrafo único da Lei do Protesto (Lei n. 9.492/1997).

Há, contudo, controvérsia acerca do limite dessa atividade.

O dissenso reside justamente em definir o que se compreende por “irregularidade formal”. No caso específico da análise da prescrição, a Lei do Protesto expressamente veda a análise pelo tabelião acerca de aspectos relacionados à prescrição (e a caducidade) dos títulos ou outros documentos de dívida submetidos a protesto (art. 9º, *caput*).

No entanto, há decisão na Corte Superior que determina ao Tabelião apreciar a sua ocorrência, inclusive de ofício.

Trata-se do julgado, pelo Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.100.768, proveniente do Estado do Sergipe, que será objeto do estudo no momento oportuno.

Não obstante, veremos proposições no sentido de ampliar o alcance da expressão “irregularidade formal”, considerando aspectos seculares da atividade e as nuances da atividade e efeitos jurídicos correlatos.

Daí a controvérsia instalada, que será apreciada nas linhas seguintes com minúcias, findas as quais serão lançados os argumentos analíticos acerca do mérito da causa, notadamente considerando o texto legal (e regulamentar, quando for o caso) e da decisão judicial supra referida. Ao final, buscar-se-á resposta à seguinte pergunta: **é possível impor ao tabelião a análise da prescrição dos títulos e outros documentos de dívida submetidos ao protesto?**

O tema é de relevância ímpar para a atividade notarial (desenvolvida especialmente no tabelionato de protesto), pois trata dos limites da qualificação notarial, tema que, como introduzido linhas acima, suscita discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente na seara administrativa. A resposta à esta questão implica em tratar do cerne da própria atividade notarial e registral.

Para tanto, realizar-se-á um estudo das principais variáveis aqui existentes: a atividade do tabelião de protesto, dando especial ênfase à natureza da atividade e ao específico ponto da qualificação notarial; assim como acerca do instituto da prescrição, seus principais aspectos e implicações quando relacionados a títulos e documentos de dívida que possam ser submetidos ao protesto.

No primeiro capítulo, dissecar-se-á, portanto, a atividade do protesto. Serão abordados os aspectos mais relevantes do ato de protesto, como sua natureza jurídica, sua evolução histórica e outras características, e do serviço do protesto, com especial ênfase à qualificação de títulos e outros documentos de dívida.

Em seguida, no segundo capítulo, será analisada a prescrição, seus fundamentos e, em um específico ponto, a prescrição aplicada aos títulos e outros documentos de dívida.

Por fim, no terceiro e último capítulo será analisada a possibilidade da análise da prescrição, tratando com aprofundamento das decisões judiciais relacionadas ao tema, aspectos doutrinários, bem como do tratamento legal dado pelo legislador e pelas normas das Corregedorias dos Estados, com ênfase aos impactos na atividade, e às consequências práticas da adoção de uma ou outra conclusão.

O método de pesquisa adotado será o hipotético-dedutivo, pois parte-se de uma hipótese sobre o problema dado e busca-se, por meio de análise de dados e referências científicas, determinar a adequação da resposta prevista para o problema abordado.

Quanto aos métodos de procedimento para realizar referida análise, registra-se utilizar, essencialmente, da pesquisa bibliográfica, com a qual se pretende, respectivamente, qualificar as variáveis envolvidas e determinar aspectos históricos ou técnico-jurídicos dos temas abordados.

Em tempos de pandemia e restrição ao acesso de bibliotecas físicas, notadamente de instituições de ensino superior, tribunais e outros órgãos públicos, recorre-se a utilização de livros eletrônicos e físicos que estejam disponíveis.

A despeito de a doutrina acerca de direito notarial e registral não ser tão variada como em outros ramos do direito, busca-se, através da pesquisa em livros de doutrinadores mais consagrados e estudos mais recentes, a informação mais nova e embasada possível para tratar dos assuntos. Não há perda de qualidade, ante a certificação, por meio do uso de diversas fontes, complementares umas às outras, de que a informação é atualizada e consentânea com o escopo do trabalho, que é analisar a controvérsia atual sobre o tema e as suas imbricações.

Registre-se, ainda, que quanto aos temas abordados procurou-se pesquisar qual o entendimento que vem sendo praticado nos Estados e Distrito Federal, todos eles, através da pesquisa nas normas gerais aprovadas pelas respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça, a depender do Estado, chamadas de Código de Normas, Provimento-Geral, Consolidação Normativa Notarial e Registral, Normas de Serviço, Diretrizes Gerais Extrajudiciais ou até mesmo Manual de Atividades ou Manual de Normas.

Outrossim, buscou-se analisar também o entendimento contido na jurisprudência notarial e registral, notadamente do Estado de São Paulo, cuja abordagem é sensivelmente avançada em termos de jurisprudência administrativa da atividade, pois se trata de Estado pioneiro na elaboração de normas e mecanismos de resolução de controvérsias direcionados ao extrajudicial.

2. TABELIONATO DE PROTESTO

Para melhor compreensão das regras que envolvem a atividade relativa ao Tabelião (ou tabelionato) de protesto de títulos e outros documentos de dívida, impõe-se analisar, em primeiro lugar, o estatuto jurídico dos titulares dos serviços de notas e registros públicos.

Em sequência, cabe fazer prévia incursão nas origens do tabelionato de protesto, passando à análise da atividade específica do tabelião de protesto, dando ênfase, nesse específico ponto, a atividade de qualificação, coração da atividade tabelioa.

2.1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS

O direito notarial pode ser definido, na visão de Luiz Guilherme Loureiro, como o *“conjunto de normas e princípios que regulam a função do notário, a organização do notariado e os documentos ou instrumentos redigidos por este profissional do direito que, a título privado, exerce uma função pública por delegação do Estado”* (2017, p. 41).

O notário, ou tabelião, é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegada a atribuição de velar pela segurança, validade, eficácia e publicidade dos atos e negócios jurídicos, em razão do disposto nos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.935/1994.

A Lei n. 8.935/1994, primeira lei nacional a dispor, de forma específica, da atividade do Tabelião, ou Notário, e Oficial de Registro, ou Registrador, atribui aos primeiros a competência para formalizar juridicamente a vontade das partes, e para intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes queiram ou devam dar forma legal ou autenticidade (art. 6º).

A fé pública desses profissionais decorre da delegação do Estado, implicando na veracidade, autenticidade e legitimidade dos atos praticados. O art. 236 da Constituição Federal expressamente dispõe que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, mas por delegação do Poder Público, o que garante natureza pública aos atos praticados pelos particulares delegatários desse serviço público.

Notários e Registradores, consoante defende Aflaton Castanheira Maluf (2018, p. 14), compreendem carreiras seculares no país, e milenares em muitos países e civilizações estrangeiras, o que ilustra a sua importância para o desenvolvimento da sociedade.

Conforme Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues (2018, p. 27-29), os notários apresentam-se basicamente de duas formas no mundo. Há o notariado anglo saxão, praticado em países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e alguns países da África, e o notariado latino, esse último o sistema adotado no Brasil. O notariado praticado no Brasil tem, portanto, raízes no Direito Romano, apresentando-se, como já indicado acima, como profissional qualificado, com função pública delegada pelo Estado, sendo que sua atividade sofre fiscalização constante por parte do Poder Judiciário, através do controle administrativo, que se dá por meio de correições.

O regime jurídico aplicado ao notário é peculiar, de modo que Luiz Guilherme Loureiro (2017, p. 54) dispõe tratar-se de *tertium genus*, uma vez que se posicionam entre o jurista estatal (magistrados) e o jurista privado (advogados), não podendo ser enquadrados os delegatários do extrajudicial como funcionários públicos *strictu sensu*, tampouco como profissionais liberais do direito.

Essa posição é compartilhada por Luís Paulo Aliende Ribeiro, para quem:

Os notários e registradores, embora exercentes de função pública, não são funcionários públicos, nem ocupam cargos públicos efetivos, tampouco se confundem com os servidores e funcionários públicos integrantes da estrutura administrativa estatal, por desempenharem função que somente se justifica a partir da presença do Estado – o que afasta a ideia de atividade exclusivamente privada –, inserem-se na ampla categoria de agentes públicos, nos termos acolhidos de forma pacífica pela doutrina brasileira de direito administrativo (RIBEIRO, 2009, p. 54).

Os administrativistas, como Dirley da Cunha Junior (2015, p. 254-255), Fernanda Marinela (2018, n.p.) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, n.p.), apenas para citar alguns deles, alçam os notários e registradores a categoria de particulares em colaboração com a Administração Pública.

Essa qualificação, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, influi certamente no regime de responsabilidade civil. Segundo o autor:

Quanto aos ofícios de notas (tabelionatos) e de registro, existem algumas particularidades e controvérsias sobre a matéria, e a razão consiste no fato de que, apesar de os titulares serem agentes do Estado, desempenham sua atividade por delegação, em caráter privado (art. 236, § 1º, da CF), numa aparente *contradictio*. No caso, podem vislumbrar-se duas relações jurídicas, uma *interna* e outra *externa*. Com relação à *interna*, os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis pelos prejuízos causados a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos designados ou escreventes autorizados, assegurado o direito de regresso (art. 22 da Lei n. 8.935/1994, com a redação da Lei n. 13.286, de 10.5.2016). Quanto à *externa*, a conduta de tais agentes provoca a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF), que, inclusive, pode ser acionado diretamente, assegurando-se-lhe, porém, o direito de regresso (STF, RE n. 175.739, j. 26.10.1998 e RE 187.753, j. 26.3.1999). No caso, a responsabilidade do Estado é direta, primária e objetiva, incidindo o art. 37, § 6º, em toda a sua plenitude (STF, RE 842.846, j. 27.2.2019). Todavia, já se decidiu no sentido da responsabilidade subsidiária do Estado, com fundamento no regime das concessões – argumento, com a devida vênia, improcedente pela

inteira diversidade dos regimes jurídicos (STJ, REsp 1.087.862, j. 2.2.2010) (CARVALHO FILHO, 2020, n.p.).

De acordo com Aflaton Castanheira Maluf (2018, p. 27), os tabeliães e registradores são agentes públicos *sui generis*.

Destaca o autor que esses profissionais não estão sujeitos à aposentadoria compulsória, não são obrigados a cumprir estágio probatório, não são remunerados pelos cofres públicos e com subsídios fixos, e geram receitas ao invés de despesas, via repasses tributários federais, estaduais e municipais (MALUF, 2018, p. 27).

De fato, o regime jurídico do tabelião, mesmo na condição de particular, impõe-lhe certas obrigações, dentre as quais a de fiscalizar o recolhimento de tributos devidos pelos atos que praticar (art. 30, XI da Lei n. 8.935/1994), bem como atuar cumprindo obrigações perante o fisco de informar acerca de operações que envolvam imóveis, operações suspeitas por lavagem de dinheiro, etc.

Assim, arremata o autor, esses agentes são submetidos ao regime constitucional geral, aplicável a todos os agentes públicos, no exercício de quaisquer atividades empreendidas pela Administração Pública (MALUF, 2018, p. 27). Ilustram as ideias do autor disposições nesse sentido em outras constituições na América Latina, países pertencentes, assim como o Brasil, ao sistema de notariado latino (*civil law*).

Nos termos da Constituição Colombiana de 1991:

Artículo 131. Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010, p. 536).

Por sua vez, conforme a Constituição Equatoriana de 2008:

Artículo 199. Los servicios notariales son públicos. Em cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarías y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las

notarias y notários, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010, p. 723).

Em verdade, a delegação prevista no art. 236 da Constituição Federal é administrativa, mas possui atributos específicos. Walter Ceneviva (2010, n.p.) destaca que a delegação pelo Estado é permanente desde a outorga, que se dá mediante concurso público de provas e títulos, extensiva a todos os atos integrados à função e ao objeto desta, imposta ao próprio delegante, e descontinuável, por suspensão do titular, nos casos disciplinares e na forma da lei.

Da atividade notarial e registral podem advir, como destaca Martha El Debs (2020, p. 22), efeitos constitutivos, comprobatórios e publicitários.

Segundo a autora, os efeitos constitutivos se manifestam, por exemplo, no efeito de aquisição de uma propriedade imóvel ou na emancipação; efeitos comprobatórios, por sua vez, indicam que o registro prova a existência e a veracidade do ato, tal como ocorre nos registros meramente declaratórios, de nascimento e de óbito da pessoa natural; por fim, os efeitos publicitários implicam que o ato submetido a registro passa a ser acessível a todos, presumindo-se conhecido por qualquer pessoa, que poderá a qualquer tempo requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou funcionário o motivo do interesse do pedido.

São reservados aos tabeliães o dever de resguardar a segurança jurídica. Segundo Luiz Guilherme Loureiro:

A ideia de segurança jurídica implica em valores como estabilidade e certeza das regras que regem as relações intersubjetivas, conhecimento das normas jurídicas e proteção contra abusos da parte mais forte. Para que possa desempenhar suas atividades e estabelecer relações jurídicas, a pessoa precisa ter conhecimento das regras jurídicas vigentes e obter uma certa garantia de que seus atos e negócios são seguros e eficazes e, portanto, serão cumpridos e respeitados como normas de direito (LOUREIRO, 2017, p. 51).

Cumprir destacar, por fim, que os dados levantados no estudo “Cartório em Números”, publicado pela ANOREG/BR no último ano, apontam que o país possuía, à

época do levantamento, 13.267 cartórios distribuídos pelos 5.570 municípios brasileiros (ANOREG/BR, 2020).

Tais dados reforçam a capilaridade do sistema de serviços notariais e de registro, distribuídos para os mais longínquos cantões do extenso território brasileiro, implicando em importante instrumento para exercício de direitos por parte do cidadão, ainda considerando que destes, cerca de três mil cartórios desempenham função de tabelionato de protesto.

2.2. INSTITUTO DO PROTESTO

A primeira regulamentação do protesto no Brasil foi o Código Comercial de 1850, que estipulou, no seu art. 405, ser de competência do escrivão privativo o protesto das letras de câmbio e não havendo, perante qualquer tabelião do lugar, ou escrivão com fé pública.

Esse dispositivo teve vigência até sua revogação pelo Decreto do Poder Legislativo n. 2.044/1908, que dispôs sobre a letra de câmbio e a nota promissória e regulou, entre os artigos 28 e 33, aspectos do protesto, inclusive indicando os dados necessários do registro (art. 29) e a necessidade de intimação do devedor (art. 30).

Atualmente o protesto é regulado pela Lei n. 9.492/1997, e como ato jurídico possui definição legal no art. 1º da Lei de Protesto, que dispõe o seguinte, *verbis*.

Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

De acordo com a doutrina, o protesto nasceu atrelado à letra de câmbio. Luiz Emygdio Rosa Junior (2006, p. 383) afirma datar de 1384, na cidade de Gênova, na Itália, a origem dos primeiros protestos.

José Saraiva (1947, p. 135), por outro lado, aponta que o primeiro protesto cambiário conhecido é de 1335.

Segundo Luiz Emygdio Rosa Junior, buscando inspiração na doutrina de João Eunápio Borges (1977, p. 114-115), diante da falta de pagamento do sacado, devia o

apresentante da letra promover o chamado *protestatio*, ato especial e solene a ser realizado, em curso prazo, perante o notário e testemunhas. Com base na *protestatio*, o portador agia regressivamente contra o sacador, podendo fazer uso do *recambium* (ressaque) (ROSA JUNIOR, 2006, p. 383).

Reinaldo Velloso dos Santos (2012, p. 23), todavia, sustenta que o protesto é anterior à letra de câmbio, havendo precedentes que o ligam ao período *justinianeus*, relativo ao imperador romano Justiniano do Oriente, no início da Idade Média (Séculos V a XV).

Seja como for, não é controverso que o protesto é um instituto que muito bem serviu à letra de câmbio em seus primórdios.

Em outro relato histórico, Vicente Amadei menciona que, embora na origem o protesto estivesse atrelado à falta de aceite na letra de câmbio, logo passou a ser utilizado na falta de pagamento (AMADEI; DIP, 2004, p. 73).

De fato, o uso do instituto foi dinamizado ao longo dos tempos. Nascido para suprir a falta de aceite na letra de câmbio, passou a servir também para certificar o descumprimento da obrigação cambiária, bem como passou a ser aplicado aos outros títulos de crédito, não se limitando mais à letra de câmbio.

Conforme ensina Martha El Debs:

O protesto chega, nos dias de hoje como um remédio ao inadimplemento, para sanear os conflitos de crédito presentes e prevenir negócios futuros. É um meio simples, célere e eficaz, de satisfação de títulos e documentos de dívida, que não foram honrados em seu vencimento (EL DEBS, 2020, p. 1.434).

Dadas essas considerações, a doutrina critica a falta de correspondência entre o conceito legal (art. 1º da Lei de Protesto) e aquele que efetivamente representa atualmente o instituto do protesto.

Um primeiro ponto de questionamento é o fato de que o conceito, embora avance bastante na previsão de protesto de outros documentos de dívida, deixa de fora o protesto da letra de câmbio por falta de aceite.

Sérgio Luiz José Bueno (2017, p. 29) expressa que não é correto afirmar que o protesto testifica o descumprimento de obrigação materializada em título, tão somente, pois serviu, e ainda pode servir, para o caso da falta de aceite na letra de câmbio. Lança o

autor, então, sugestão de definir o protesto como "*ato formal e solene pelo qual se prova circunstância cambiária relevante e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida*".

Em última análise, a definição legal não poderia sequer ser tomada como conceito, cuja característica é a definição universal do instituto, prejudicada com a falta. Isso é, inclusive, o motivo pelo qual muito se critica a previsão de conceitos na legislação, considerando que a tarefa deveria ficar reservada para os estudiosos (doutrina).

Raquel Duarte Garcia, por sua vez, traz conceito que se mostra bastante abrangente para os contornos atuais do protesto. Segundo a tabeliã, o protesto é:

Um ato jurídico público, formal e solene, por meio do qual se prova de modo absoluto a apresentação de um documento de dívida para aceite ou para pagamento; faz-se prova, de modo relativo, do inadimplemento de obrigação decorrente desse documento de dívida (seja pagamento, aceite ou devolução); e por meio do qual se obtém finalidades especiais previstas na lei, tal como a presunção de insolvência decorrente do protesto para fins falimentares ou a formação de um título executivo, como no caso dos contratos de câmbio. O protesto é, ainda, instrumento de informação relativa ao crédito e de prevenção e solução de litígios que envolvam obrigações líquidas, certas, exigíveis e representáveis pecuniariamente (GARCIA, 2013, p. 48).

Veja-se que o conceito acima apresentado menciona até mesmo a função mais atual do protesto.

Não se ignora que a função do protesto é tradicionalmente probatória.

Pontes de Miranda (2000, v. I, p. 499) já enfatizou em sua obra o caráter probatório do instituto. Rubens Requião (2012, v. II, n.p.), citando o jurista italiano Mario Battaglini, explica o protesto como um ato solene, pelo qual se certifica, de um lado, o exercício do direito cambiário de portador ou detentor do título, ou de qualquer outro interessado e, de outro lado, o inadimplemento ou resposta negativa do obrigado cambiário.

Atualmente, contudo, não há como negar que o protesto assume feições nitidamente econômicas, pois serve como instrumento importante para a recuperação de créditos.

Essa mudança decorre indubitavelmente da maior publicidade que o protesto possui atualmente, com o advento de soluções informatizadas e divulgações de informações pela internet.

Para parametrizar essas informações, dados estatísticos divulgados pela CENPROT – Central de Protesto, criada pelo Provimento CGSP n. 38/2013 – dão conta que, desde que criada até outubro de 2018, somente no Estado de São Paulo, já foram realizadas quase cento e noventa milhões de consultas de protestos por CPF/CNPJ (ANOREG/BR, 2020).

Essa nova função do protesto é consentânea com a necessidade de que se reconheça o tabelionato de protesto como forma segura e rápida para prevenção de litígios, em um movimento de desjudicialização e de modo que o protesto (Por que não?) seja inserido dentro do espírito da sistemática de justiça multiportas.

De acordo com esse sistema, conforme Marcio André Lopes Cavalcante, a atividade jurisdicional estatal não é a única e nem a principal opção das partes para colocarem fim ao litígio, existindo outras possibilidades de pacificação social. Assim, para cada tipo de litígio existe uma forma mais adequada de solução. A jurisdição estatal é apenas mais uma dessas opções. Logo, a conciliação, a mediação e a arbitragem integram, em conjunto com a jurisdição, esse sistema “multiportas” (CAVALCANTE, 2019).

Alguns doutrinadores, de posição conservadora, criticam essa mudança de parâmetro. Para Luiz Emygdio Rosa Junior, por exemplo, *“o protesto não é meio de cobrança nem meio de coação, como utilizado na prática por alguns credores, principalmente instituições financeiras, para que o devedor sinta os reflexos do descrédito”* (2006, p. 386).

Não há, contudo, como ignorar essa realidade. Em posição mais moderna, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza leciona que:

Exerce o protesto função probatória quanto ao inadimplemento do devedor. Contudo, e evidentemente, ao se utilizarem dos serviços de protesto, não objetivam os credores a lavratura e o registro do protesto, a provar o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. O escopo dos credores é a solução do conflito de interesses, com o recebimento do que lhes é devido. [...] como se vê, os serviços de protesto, prestados no interesse público, podem e devem ser utilizados como meio para solução extrajudicial dos conflitos de interesses decorrentes das

relações jurídicas que envolvem débito e crédito (SOUZA, 2011, p. 184-185).

Luiz Ricardo Silva, ainda no início do século, já reconhecia a função econômica do protesto, em um tempo em que a internet ainda não era tão difundida como agora. De acordo com ele:

Esta é, em nossa opinião, a nova visão que se deve ter do instituto do protesto. Ato probatório? Sem dúvida, principalmente quando se fala de títulos de crédito. Ato coativo? Com certeza, mas a coação aqui não deve ser vista como um acontecimento maléfico, prejudicial a alguém. A coação, neste caso, tem um aspecto funcional, isto é, ao mesmo tempo que busca solucionar uma pendência, permite que o Poder Judiciário se libere para julgar, com mais preparo e de forma mais rápida, outras lides que realmente merecem a sua atenção e que muitas vezes são prejudicadas pela quantidade exacerbada de ações que superlotam este poder (SILVA, 2004, p. 117).

No julgamento do REsp n. 1.126.515/PR, o STJ reconheceu esse escopo do protesto, ao reconhecer ao protesto a função de modalidade alternativa para cobrança de dívida, quando analisou a possibilidade do protesto de certidão de dívida ativa (STJ, REsp n. 1.126.515/PR, 2013, on-line).

Os números corroboram essa conclusão. Dados divulgados pelo IEPTB dentro do estudo “Cartório em Números”, divulgado pela ANOREG/BR em 2020 dão conta que, entre abril de 2016 e março de 2017, quase dois bilhões de reais em créditos decorrentes de títulos públicos foram recuperados através dos cartórios de protesto, o que representou cerca de um terço dos créditos inadimplidos enviados ao protesto naquele mesmo período (ANOREG/BR, 2020).

No que tange aos títulos privados, o mesmo levantamento apontou que mais de dezoito bilhões de reais foram recuperados entre abril de 2017 e março de 2018, o que representou mais de dois terços dos créditos inadimplidos submetidos ao serviço no período, que recebeu durante esse tempo mais de quinze milhões de títulos, totalizando mais de vinte e oito bilhões de reais em créditos protestados (ANOREG/BR, 2020).

Assim, não há como ignorar que o protesto vem tendo suas feições remodeladas ao longo do tempo, a fim de adequar o instituto a uma necessidade social, até porque, se ocorresse o contrário, o protesto perderia relevância.

O protesto abrange os títulos e outros documentos de dívida.

Quanto aos títulos, a lei refere-se aos chamados títulos de crédito, "*documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele estampado*" (VIVANTE, 2012, v. III, p. 63), conceito compatível com o disposto no art. 887 do Código Civil.

São os títulos cambiais e cambiariformes, tais como letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque, *warrant*, cédulas e notas de crédito, entre outros previstos em lei ou eventualmente criados pela legislação.

Quanto aos outros documentos de dívida, a abrangência dada pela Lei de Protesto à definição de documentos protestáveis permite concluir que, de forma muito abrangente, documentos de dívida são quaisquer títulos que contenham expressão de uma dívida líquida, certa e exigível (ABRÃO, 2011, p. 14).

Essa é a posição que tem prevalecido, por exemplo, nas Normas de Serviço do Estado de São Paulo (itens 20 e 22 do Capítulo XV), e do Estado do Mato Grosso (art. 487).

Em outros Estados, é possível encontrar conceitos que variam um pouco. No Distrito Federal, por exemplo, consideram-se títulos e outros documentos de dívida os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, e os documentos representativos de obrigação em pecúnia (art. 83), conceito este parcialmente repetido nas normas do Espírito Santo (art. 735) e do Paraná (art. 744, § 4º).

Já em Alagoas (art. 1º do Título VII), no Amazonas (art. 194), no Ceará (art. 259), no Piauí (art. 291), no Rio de Janeiro (art. 975) e no Rio Grande do Sul (art. 714), qualquer documento representativo de obrigação econômica pode ser levado a protesto.

Lado outro, no Maranhão, não há menção há necessidade de a obrigação ser "econômica", sendo admitido a protesto qualquer documento representativo de obrigação (art. 708).

No Pernambuco (arts. 494 e 495), já são admitidos a protesto qualquer dos títulos executivos extrajudiciais previstos no art. 784 do CPC, bem como qualquer documento representativo de dívida, desde que dotado dos atributos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Na doutrina, Emanuel Macabu Moraes, por exemplo, defende que consoante uma interpretação sistemática e teleológica da legislação "*só será possível protestar*

documentos de dívida que configurem título executivo judicial ou extrajudicial" (2004, p. 35).

Martha El Debs, por sua vez, define documento de dívida como "*qualquer documento representativo de obrigação com conteúdo econômico, ou seja, de cunho pecuniário*" (2020, p. 23).

Essa diretriz geral define, em regra, quais os títulos já admitidos pra protesto, embora nem sempre se concorde com suas conclusões.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já se manifestou contrariamente a possibilidade do protesto do contrato de locação de bens imóveis, ao argumento de sua iliquidez (STJ, RMS 17.400/SP, 2011, on-line).

Não obstante, é expressa a possibilidade do protesto desses contratos nas normas da Corregedoria de Justiça do Estado do Mato Grosso, inclusive em relação aos encargos acessórios (como contas de telefone, água e energia elétrica), conforme previsto no art. 488, §§ 1º e 2º do Código de Normas local.

Por outro lado, vem sendo admitido o protesto de encargos condominiais inadimplidos (SANTOS, 2011, p. 187). Seguramente, deve ser resguardada a observância dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, tal como exigido nas normas do extrajudicial vigentes dos Estados do Amazonas (art. 195), da Bahia (art. 326, § 8º), do Mato Grosso (art. 488, § 3º), do Paraná (art. 744, § 3º), do Rio de Janeiro (art. 976, § 11) e de São Paulo (item 20.7 do Capítulo XV).

Quanto à autoria do protesto, a orientação da doutrina é, em geral, de imputá-la à parte, cabendo ao tabelião sua formalização, tão somente.

Essa é a posição de Fabio Ulhôa Coelho, para quem "*o protesto deve-se definir como ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais*" (COELHO, 2019, v. I, n.p.).

Também de acordo com José Renato Nalini:

Encontrando-se o título formalmente regular, não pode o Escrivão se recusar ao protesto. Mesmo porque, não é ele quem protesta. Apenas viabiliza a instrumentalização do protesto do credor, que afirma haver procurado receber a importância consubstanciada na cártula e o não conseguiu (NALINI, 1986, n.p.).

Há vozes dissonantes na doutrina. Marcelo Fortes Barbosa Filho (1997) e Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior (2011, p. 385), apenas para citar alguns deles, consideram o protesto um ato do tabelião. Levam em consideração, entre outros argumentos bastante robustos, que se o protesto fosse ato da parte interessada bastaria a apresentação para já existir o protesto.

Tem prevalecido, entretanto uma posição mais conciliadora entre as duas correntes, no intuito de tratar o protesto como um ato da parte e do Tabelião de Protesto.

Nesse sentido, Sérgio Luiz José Bueno anota que:

Podemos concluir que o protesto é, a um só tempo, ato da parte e do Tabelião de Protesto, sem que a autoria de um exclua a do outro, pois são consideradas as faces distintas da figura em exame, sendo perfeitamente possível conciliar essas posições que apenas aparentemente se antagonizam, mas na verdade se complementam (BUENO, 2017, p. 56).

Nesse mesmo sentido, Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.) indica ser o apresentante o “senhor do protesto”, sendo, portanto, de sua responsabilidade o conteúdo deste ato, ressalvando ao tabelião a verificação de questões simplesmente de cunho formal.

O STJ, no REsp 1.398.356/MG, adotou posição compatível com a apresentada pelo doutrinador, ao indicar que o protesto não pode ser tido como ato do particular, mas do delegatário do serviço de protesto.

Com efeito, a doutrina bem anota que o protesto não é ato do particular, mas do delegatário do serviço público, devendo ser respeitado o procedimento legal. O particular apenas solicita, podendo o tabelião, depois de analisar os requisitos formais, negar-se a proceder à lavratura, caso encontre vício que justifique a negativa. (STJ, REsp n. 1.398.356/MG, 2016, on-line).

A análise deste ponto específico tem consequência práticas importantes, essencialmente ligados a imputação da responsabilidade pelo protesto, notadamente em relação ao ponto central desse estudo, relacionado à análise de prescrição.

Há diversas classificações para o protesto.

Quanto ao motivo, o protesto pode se dar por falta de pagamento – quando não foi feito o pagamento da dívida no vencimento –, por falta de aceite – quando o devedor recusa o aceite na letra de câmbio e na duplicata –, por falta de devolução – quando o título ou documento é enviado ao sacado para aceite, mas este não o restitui no prazo legal – e por falta de data de aceite – caso da letra de câmbio que é aceita, mas sem data de vencimento prevista, para determinar essa data.

Quando ao tipo, o protesto pode ser comum, quando objetiva provar o descumprimento de uma obrigação ou outra circunstância cambiária relevante, ou especial, quando lavrado para fins falimentares, nos termos do art. 23, parágrafo único, da Lei n. 9.492/1997.

2.3. SERVIÇO DE PROTESTO

Nos termos do art. 3º da Lei n. 9.492/1997, compete privativamente ao Tabelião de Protesto protocolar, intimar, acolher a devolução ou o aceite e receber o pagamento, bem como lavar e registrar o protesto, acatar a desistência do credor, praticar averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados.

A sistemática contida na lei permite a delegação dessas atividades para escreventes autorizados, que poderão, dentre outros, registrar o protesto (art. 22, VIII da Lei n. 9.492/1997), cancelar o registro (art. 26, § 5º da Lei n. 9.492/1997) ou abrir livros (art. 33 da Lei n. 9.492/1997).

Ressalve-se, todavia, que os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem os substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso em desfavor deles (art. 38 da Lei n. 9.492/1997). Assim, a delegação não exclui a responsabilidade do Tabelião, como chefe do serviço, de responder pela sua regularidade.

O serviço de protesto tem, de acordo com a Lei de Protesto, dois livros obrigatórios, o Livro Protocolo e o Livro de Registro de Protesto (arts. 32 e 33 da Lei n. 9.492/1997). Há, ainda, outros livros obrigatórios previstos no Provimento CNJ n. 45/2015, comuns em relação a outras serventias, tais como o Livro Diário Auxiliar, Livro de Visitas e Correições e o Livro de Controle de Depósito Prévio.

Outros livros podem estar previstos nas normas Estaduais como obrigatórios ou até mesmo facultativos.

No que tange especificamente aos livros específicos previstos na Lei de Protesto, o Livro Protocolo é aquele onde consta o assento dos títulos e outros documentos de dívida protocolados no serviço de protesto. Nele são anotados o número do protocolo, a data da protocolização, a natureza do título ou outro documento de dívida, o valor da dívida, o nome do apresentante, o nome do devedor, e o registro de ocorrências – este último onde constará, conforme o caso, o destino do título protocolado, que pode ter sido pago, retirado por desistência, sustado, cancelado por decisão judicial, simplesmente protestado, ou devolvido por vício formal.

Servem basicamente para registrar o ingresso dos títulos e outros documentos de dívida na serventia. Cada uma dessas informações fica separada por colunas, organizadas em cada folha solta do livro, com escrituração diária, e tem ocorrido na prática de forma eletrônica, considerando a existência de *softwares* eficientes em uso nos tabelionatos de protesto para realização desse tipo de escrituração.

Lado outro, o livro de registro de protesto contém o assento do protesto lavrado em si, com todos os seus requisitos legais.

A Lei de Protesto ainda prevê a manutenção de arquivos, em conformidade com o art. 35 da Lei n. 9.492/1997, sendo eles: de intimações; de editais; de documentos apresentados para a averbação no registro de protestos e ordens de cancelamentos; de mandados e ofícios judiciais; de solicitações de retirada de documentos pelo apresentante; de comprovantes de entrega de pagamentos aos credores; e de comprovantes de devolução de documentos de dívida irregulares.

Ressalva-se que a legislação Estadual pode prever outra sistemática para o armazenamento de arquivos.

O procedimento do protesto é simples. A primeira etapa é a apresentação do título, que ocorre quando o apresentante, que não necessariamente deve ser o credor, se dirige ao Tabelião de Protesto de posse do título ou documento de dívida para requerer o protesto.

Veja-se que o procedimento do protesto é regido pelo princípio da rogação, também denominado instância, que veda ao tabelião agir de ofício no procedimento. Assim, apenas com a apresentação do título ou outro documento de dívida feita pelo interessado é que o tabelião pode dar início ao procedimento, e assim ocorre quando do cancelamento e da emissão de certidões, que também dependem de requerimento.

Anote-se que o princípio da rogação tem dupla aptidão, pois além de só permitir ao tabelião agir mediante provocação do interessado, também lhe veda deixar de agir quando provocado.

Assim, o tabelião não poderá negar-se a praticar os atos próprios da função pública que lhe foi confiada, ressalvado, obviamente, algum impedimento legal, ou quando qualificar negativamente o título, lançando recusa expressa por escrito e motivadamente. Nesse sentido o item 3 do Capítulo XV das Normas de Serviço do Estado de São Paulo.

A própria lei, entretanto, aponta exceções ao princípio da rogação. O art. 25 da Lei n. 9.492/1997, por exemplo, permite ao Tabelião agir de ofício para retificar erro material, por intermédio de averbação de retificação.

Apresentado o título, inicia-se o curso do prazo de três dias úteis para que o devedor efetue o pagamento (art. 12 da Lei n. 9.492/1997). Veja-se que, de acordo com a Lei de Protesto, esse prazo se inicia de imediato, independentemente da conclusão da qualificação do título e da realização da intimação, e exclui o dia do começo e inclui o do vencimento.

A ressalva ocorre apenas quando a intimação for efetivada no último dia do tríduo legal ou além dele, quando, excepcionalmente, o protesto será tirado apenas no primeiro dia útil subsequente (art. 13 da Lei n. 9.492/1997).

Chama-se a atenção, contudo, para disposições em sentido contrário em normas estaduais.

Algumas Corregedorias de Justiça estipularam, em suas normas de orientação do serviço extrajudicial, que o prazo de três dias úteis para pagamento conta-se apenas da intimação do devedor ou da publicação da intimação por edital.

É o caso das normas vigentes em Alagoas (art. 41, I do Título VII), no Amazonas (art. 230, I), no Ceará (art. 296, I), no Distrito Federal (art. 101), no Maranhão (art. 739, I), no Mato Grosso do Sul (art. 1.778), em Minas Gerais (art. 341, I), no Pará (art. 410), na Paraíba (art. 450, I), no Pernambuco (art. 523, I), no Rio Grande do Norte (art. 627), no Rio Grande do Sul (art. 741, I), e em Santa Catarina (art. 885).

Outras normas, entretanto, seguem a lei nacional, tal como ocorre na Bahia (art. 367, I), no Espírito Santo (art. 772), no Goiás (art. 102, § 7º), no Mato Grosso (art. 526), no Piauí (art. 297), no Paraná (art. 779), em Rondônia (art. 272), em Roraima (art. 399), no Sergipe (art. 220) e em São Paulo (item 43 do Capítulo XV).

A tendência é ultrapassar-se o que está previsto literalmente na Lei de Protesto, para considerar a contagem do prazo a partir da intimação, tal como previsto na maior parte das normas estaduais, por ser mais consentâneo com a boa-fé e a necessidade de se notificar o devedor antes de abrir qualquer prazo em seu desfavor.

Martha El Debs, para quem a decisão parece ser acertada, enumera diversas vantagens na consideração do termo inicial do tríduo como sendo a data da intimação do devedor. Segundo ela:

O tabelião teria mais tempo hábil para uma qualificação mais minuciosa; a possibilidade de pagamento é maior, além de assegurar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, que assegura a igualdade, de forma que todos os intimados terão os mesmos três dias para elaborar sua defesa, negociar a dívida ou efetuar o pagamento (EL DEBS, 2020, p. 1563).

Veja-se, por exemplo, que a norma do Estado do Rio de Janeiro, a despeito de inicialmente prever contagem de prazo de forma semelhante à Lei de Protesto, sofreu alteração em 2017, por força do Provimento CGRJ n. 06, para que o tríduo legal passasse a ser contado da intimação do devedor, em consonância com a maior parte das normas estaduais acima relacionadas (art. 987, I).

Em localidades onde exista mais de uma serventia de protesto, os títulos estarão sujeitos a prévia distribuição, cuja atividade será organizada pelos próprios tabelionatos, ou por Ofício de Distribuição caso já existente (art. 7º da Lei n. 9.492/1997).

A apresentação dos títulos e outros documentos de dívida, tratando-se de protesto por falta de pagamento, deve ocorrer, em regra, no lugar do pagamento.

Há de se observar a norma regulamentar estadual, que pode designar lugar diverso, ou dispor sobre casos especiais, ou ainda estipular regra específica para o caso de protesto especial (falimentar). Conforme Sérgio Luiz José Bueno, *“deve a apresentação a protesto se dar no lugar designado para tanto no título ou no documento, na lei, ou nas normas regulamentares”* (2017, p. 189).

No Estado do Acre, por exemplo, a apresentação deve ocorrer no lugar do pagamento declarado no documento, ou na falta de indicação correspondente, do domicílio civil de qualquer dos devedores principais respectivos (art. 422). Disposição

semelhante pode ser encontrada nas normas de serviço do Pará (art. 400) e do Rio de Janeiro (art. 976).

Para os casos em que o título ou documento não expresse o lugar do pagamento, o mesmo autor propõe critérios para definição de qual o tabelionato de protesto competente para a sua realização, quais sejam: o critério legal, por meio do qual a lei específica do título ou do documento de dívida indica o lugar do pagamento; o critério legal subsidiário, quando a própria lei define uma solução caso o título não tenha praça para pagamento; e o critério normativo subsidiário, quando a solução está proposta no Código de Normas local (BUENO, 2017, p. 189).

Com base nessa proposta, seria possível imputar que, para a letra de câmbio, o Tabelião competente é o da praça de pagamento contido na cártula (art. 28 do Decreto do Poder Legislativo n. 2.044/1908). Caso a letra não tenha indicação da praça, prevalece o lugar designado ao lado do nome do sacado – critério legal subsidiário (art. 2º do Decreto n. 57.663/1966).

Feita a apresentação, e não sendo o caso de distribuição do título, ou sendo ele proveniente da distribuição, o Tabelião promove a protocolização do título ou documento de dívida no Livro de Protocolo, no prazo de vinte e quatro horas, e emite imediatamente o recibo ao apresentante, nos termos do art. 5º, parágrafo único da Lei n. 9.492/1997.

Feita a qualificação do título (cujos detalhes serão tratados na sequência), não havendo qualquer óbice ao protesto, o Tabelião expede a intimação do devedor.

A intimação será expedida para o endereço fornecido pelo apresentante, restando cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço (art. 14 da Lei n. 9.492/1997).

Veja-se que a lei não exige a intimação pessoal, bastando que seja entregue no endereço do devedor, a quem quer que ali se encontre e se disponha a recebê-la (BUENO, 2017, p. 215).

Nesse mesmo sentido, Vicente Amadei defende a desnecessidade da entrega pessoal ao devedor, bastando que a intimação seja entregue no seu endereço, podendo ser recebida por qualquer pessoa da residência (AMADEI; DIP, 2004, p. 112).

O endereço a ser indicado na intimação é aquele fornecido pelo próprio apresentante, consoante o art. 14 da Lei n. 9.492/1997. A prudência, contudo, recomenda

que, caso o Tabelião de qualquer forma obtenha outro possível endereço do devedor, realize a intimação também nesse endereço antes de promover a intimação por edital.

Isto porque, consoante a disciplina prevista no Código de Processo Civil, o edital só é utilizado quando incerto ou desconhecido o endereço do devedor (arts. 256, inciso II e 258, ambos do CPC). *Mutatis mutandis*, no procedimento do protesto, o edital é realizado nessas hipóteses (localização incerta ou ignorada do devedor, ou este for pessoa desconhecida), e também quando ninguém no endereço indicado se disponha a receber a intimação, ou ainda quando o devedor seja residente ou domiciliado fora da competência territorial do Tabelião.

Sobre esta última hipótese, contudo, a jurisprudência tem orientado no sentido de que é necessário, antes de se promover a intimação por edital, realizar a remessa de intimação por via postal, por se tratar de medida mais consentânea com a segurança jurídica dos atos praticados, bem como com o dever de informação e publicidade que deve nortear a atividade dessa serventia.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n. 1.398.356/MG (STJ, 2016, on-line). Esse entendimento vem sendo positivado pelas normas regulamentares dos Estados, tal como ocorre no Acre (art. 469), no Goiás (art. 102, § 7º) e em São Paulo (item 44 do Capítulo XV).

Transcorrido o tríduo legal sem o pagamento, e não tendo sido promovido a sua retirada ou suspensão por qualquer motivo, será promovida a lavratura do registro de protesto.

2.3.1. A questão da qualificação dos títulos

Considerando a importância da qualificação do título para os estudos propostos no presente trabalho, optou-se por, em tópico próprio, tratar com profundidade do instituto da qualificação.

Qualificação (substantivo feminino) significa, dentre outros, a atribuição de qualidade, nome ou título a alguma coisa (MICHAELIS, on-line). Provém do latim *qualis* e *facere*, e entre as suas várias acepções registra o sentido de avaliação (apreciação), ou "*um juízo valorativo sobre alguém ou alguma coisa*" (ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, 2001, p. 3020).

Pode significar a emissão de uma opinião a respeito de algo, ou seja, de considerar algo ou alguém apto, idôneo, capacitado, e também pode ser sinônimo de classificar (JACOMINO, 2013, n.p.).

Consoante a definição de Sérgio Luiz José Bueno, a qualificação é:

Ato do Tabelião de Protesto consistente em examinar detidamente o título ou documento de dívida em seus requisitos formais. Cabe a ele, ainda, verificar a presença de elementos de ordem procedimental, ou seja, a presença de outros requisitos extrínsecos (em relação ao objeto da apresentação) exigidos por lei ou por norma regulamentar. Como resultado dessa verificação, o tabelião emite juízo positivo ou negativo de protestabilidade (BUENO, 2017, p. 201).

Ricardo Dip, por sua vez, conceitua a qualificação como:

Qualificar-se é, pois, ter uma dada qualidade em ordem a determinado fim. Qualificar é reconhecer num sujeito determinado (que alguns chamam de objeto material) os predicados (ou qualidade) para atingir certos fins. Ex.: um avião se qualifica como meio de transporte modernamente hábil, isto é, possui qualidade para realizar os transportes de nossos tempos; reconhecer no avião essa qualidade, é qualificá-lo para o fim proposto. A qualidade é um acidente dos entes, categoria especial que é a diferença da substância (DIP, 1992, p. 39).

É por meio da qualificação que o Tabelião examina os requisitos extrínsecos (caracteres formais) do título ou outros documentos de dívida, negando seguimento aqueles que apresentarem vícios (art. 9º da Lei n. 9.492/1997).

Para Sérgio Jacomino, hoje a qualificação registral (ou registrária) é a denominação corrente para designar a atividade do oficial encarregado do registro que, ao receber um título, com todo o apuro técnico e cuidado formule um juízo para determinar a sua aptidão para produzir os efeitos esperados e previstos pelo ordenamento jurídico (JACOMINO, 2013, n.p.).

Reinaldo Velloso dos Santos (2012, n.p.), por sua vez, indica que a qualificação notarial está atrelada à ideia da legalidade e independência da função notarial, e consiste em uma série de procedimentos intelectivos, por meio do qual o tabelião aprecia,

livremente, de acordo com a sua convicção, a viabilidade da prática do ato solicitado, tanto no aspecto subjetivo, como objetivo; analisa a documentação apresentada; considera as disposições legais e normativas; e ao final, emite um juízo valorativo, admitindo ou recusando a prática do ato, ou condicionando-o ao atendimento de exigências.

A qualificação, consoante a disciplina legal, deve ater-se a características formais do título, mas também deve analisar requisitos procedimentais do protesto.

O Tabelião não pode, nessa etapa, analisar o negócio jurídico subjacente ao título. Assim, o protesto de uma duplicata, por exemplo, não pode ser obstado pelo fato de a mercadoria ter sido entregue ou não, ou se esta foi entregue com defeitos.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira aponta que a qualificação de um título "*é a análise feita pelo tabelião a fim de verificar a viabilidade jurídica do protesto*", e nesse caso, "*não cabe ao tabelião, por exemplo, verificar eventual obstáculo material à cobrança do título, como a existência de eventual pagamento da dívida perante o credor*" (2020, n.p.).

A amplitude do que se pode considerar como vício formal apto a ensejar a rejeição do título pode encontrar interpretações dissonantes nos Códigos de Normas estaduais.

No Estado do Mato Grosso do Sul (art. 1.771) em Alagoas (art. 14, § 1º do Título VII), no Amazonas (art. 202, § 3º) no Ceará (art. 262), no Maranhão (art. 710), na Paraíba (art. 429), no Rio de Janeiro (art. 977, § 1º) e no Rio Grande do Sul (Art. 716, § 1º), por exemplo, não cabe ao tabelião investigar a falsidade do documento apresentado, ante expressa previsão da vedação.

Ademais, no Ceará não cabe ao tabelião, expressamente, sequer investigar prazos, de qualquer natureza, nos títulos e outros documentos de dívida submetidos a protesto (art. 298).

Por sua vez, no Estado do Acre, é inadmissível o protesto quando constatado o abuso do direito por parte do apresentante (art. 453).

Lado outro, em Minas Gerais, os tabeliães de protesto estão autorizados a negar seguimento aos títulos apresentados quando, segundo sua prudente avaliação, houver fundado receio de utilização do instrumento com intuito emulatório do devedor ou como meio de perpetração de fraude ou de enriquecimento ilícito do apresentante (art. 327, § 1º).

Entretanto, algumas questões são pacificadas na doutrina.

Os títulos de crédito, por exemplo, devem conter todos os requisitos formais legais previstos em lei.

No caso do cheque, por exemplo, são elementos obrigatórios a denominação “cheque” inscrita no contexto do título, a ordem incondicional de pagar quantia determinada, o nome da instituição financeira sacada, a indicação do lugar do pagamento, a indicação da data e do lugar de emissão e a assinatura do emitente ou mandatário com poderes especiais (art. 1º da Lei n. 7.357/1985).

Já no caso da duplicata, são elementos que o título deve conter: a denominação “duplicata”, a data de sua emissão e o número de ordem, o número da fatura, a data certa do vencimento ou a declaração de ser a duplicata à vista, o nome e o domicílio do vendedor e do comprador, o valor a pagar, a praça de pagamento, a cláusula à ordem, a declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite, cambial, e a assinatura do emitente (art. 2º, § 1º da Lei n. 5.474/1968).

A letra de câmbio, por sua vez, conterà: a denominação “letra de câmbio” ou equivalente, a soma de dinheiro a pagar e a espécie de moeda, o nome da pessoa que deve pagá-la, o nome da pessoa a quem deve ser paga, e a assinatura do próprio punho do sacador ou do mandatário especial (art. 1º do Decreto n. 2.044/1908).

Lado outro, a nota promissória deve conter: a denominação de “Nota Promissória” ou termo correspondente, a soma de dinheiro a pagar, o nome da pessoa a quem deve ser paga e a assinatura do próprio punho da emitente ou do mandatário especial (art. 54 do Decreto n. 2.044/1908).

A cédula de crédito bancário, por fim, deverá conter os seguintes requisitos essenciais: a denominação “Cédula de Crédito Bancário”, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado, a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação, o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem, a data e o lugar da emissão da cédula e a assinatura do emitente e do terceiro garantidor, ou dos mandatários (art. 29 da Lei n. 10.931/2004).

A ideia de que os títulos devem conter todos esses requisitos é essencial para o princípio da literalidade, segundo o qual os títulos de crédito devem possuir todas as informações necessárias ao exercício do direito nele mencionado.

Em determinada situação, por exemplo, a Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo já obistou o protesto de cheque com valor por extenso incompreensível, pois a indeterminação da quantia importava na não observância dos requisitos do mencionado título expostos no art. 1º da Lei n. 7.357/1985, não sendo possível superar o vício, que fere o princípio da literalidade (CGSP, Processo n. 211.185/2017, 2018, on-line).

Há, por sua vez, uma outra decisão da CGSP que veda o protesto de títulos ditos cambiários quando impossível a identificação do ato realizado (CGSP, Processo n. 161.302/2018, 2019, on-line).

Anote-se que é possível que a própria lei do título dispense algum requisito, sem que fique configurada a ofensa a algum dos princípios cambiários.

Para o caso da duplicata, veja-se, a própria legislação do título de crédito permite que seu protesto ocorra por simples indicação, ou seja, sem a necessidade de apresentação da duplicata (art. 13, § 1º da Lei n. 5.474/1968).

Ademais, a Lei n. 13.775/2018 autoriza a emissão de duplicatas sob a forma escritural, ou seja, por intermédio de "*lançamento em sistema eletrônico de escrituração gerido por quaisquer das entidades que exerçam a atividade de escrituração de duplicatas escriturais*" (art. 3º da Lei n. 13.775/2018). As duplicatas emitidas dessa forma seguem sendo admitidas como títulos executivos extrajudiciais, por força do art. 7º da mesma lei, e são admitidas a protesto, mediante a apresentação de extrato (art. 8º, § 2º da Lei n. 9.492/1997).

Ressalte-se, entretanto, que apenas os títulos de crédito típicos têm essa estrutura definida em lei. Em relação aos títulos de crédito atípicos, e aos outros documentos de dívida, deve-se observar, como visto anteriormente, se as informações nele contidas pressupõem a presença de uma obrigação líquida, certa e exigível.

Tome-se como exemplo decisão da Vara de Registros Públicos de São Paulo que permitiu o protesto de contrato de honorários advocatícios dispensada a assinatura de duas testemunhas (1VRPSP, Pedido de Providências n. 1027493-62.2019.8.26.0100, 2019, on-line).

Ademais, deve ser observado o princípio da especialidade subjetiva.

Com base nisso, o devedor precisa ser identificado adequadamente, sendo exigida a indicação de documentos pessoais para se evitar a homonímia, problema histórico decorrente dos apontamentos que a legislação vem buscando superar.

Nas normas de serviço do Estado do Acre (art. 425), do Ceará (art. 265), do Distrito Federal (art. 83, parágrafo único), do Espírito Santo (art. 736), do Mato Grosso do Sul (art. 1.767), do Rio de Janeiro (art. 975, parágrafo único) e de Roraima (art. 379), por exemplo, os títulos e documentos de dívida só serão recepcionados se identificado o devedor por meio do número do CPF ou, na sua falta, do número do documento de identidade, ou do número do CNPJ, no caso de pessoa jurídica.

Em relação aos valores cobrados pelo credor do título ou outro documento de dívida, convém destacar que a responsabilidade pelo valor indicado é apenas do apresentante.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.) indica que, em relação ao valor nominal, cabe ao tabelião verificar apenas se o valor indicado no título condiz com o cobrado; já em relação aos encargos acessórios, a competência, consoante defende, limita-se a identificar se esse acréscimo é admissível pela lei (*an debeatur*), mas não abrangeria a obrigação de conferir a exatidão do valor calculado (*quantum debeatur*).

Destaca o jurista:

Tabelião não é contador! Isso, porque o art. 11 da lei 9.492/1997 estabelece que é o apresentante - e não o tabelião! - quem indica o valor do título que foi sujeito a algum tipo de correção, levando em conta a data da apresentação do título. Ademais, o art. 40 da Lei de Protesto prevê o termo inicial dos juros e da correção monetária a partir da data do registro do protesto, salvo se houver marco diverso pactuado, o que deixa implícito que o tabelião de protesto tem dever de viabilizar a cobrança dos encargos acessórios (OLIVEIRA, 2020, n.p.).

Em consonância com esse entendimento, prevê a normativa estadual de Pernambuco que o valor do documento declarado pelo apresentante corresponderá a seu respectivo valor original, podendo crescer, contudo, sob sua exclusiva responsabilidade: juros de mora; encargos legais ou expressamente convenionados; atualização monetária; atualização cambial, nos contratos pactuados em moeda estrangeira; e honorários

advocatícios, cabendo, em qualquer caso, ao apresentante juntar planilha de cálculo especificando os valores acrescidos para fins de responsabilidade (art. 498, §§ 4º e 5º).

Constatado o vício formal, o título ou outro documento de dívida será devolvido ao apresentante, com a elaboração de uma nota devolutiva formal, que especifique de forma clara os motivos da devolução, todos aqueles que tenham obstado o ingresso do título do Tabelionato de Protesto.

Nesse caso, descabe a cobrança de emolumentos, consoante recentemente regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 3º do Provimento CNJ n. 89/2019).

Diferente do que consta na Lei de Registros Públicos quanto ao registro de imóveis, a Lei n. 9.492/1997 não assegura prazo para regularização da omissão ou emenda na apresentação. Assim, devolvido o título apresentado, compete ao apresentante regularizar as exigências e efetuar nova apresentação.

É possível utilizar-se o procedimento de dúvida registral caso o apresentante não concorde com as exigências do Tabelião constantes na nota devolutiva.

O procedimento de dúvida é um procedimento administrativo, de competência do titular da serventia extrajudicial, a requerimento do apresentante, podendo ser também formulado diretamente por ele no caso de inércia do oficial de registro ou tabelião (o que se chama "dúvida inversa"), para submeter ao juiz competente, de acordo com a legislação Estadual, que geralmente delega essa competência ao juiz da Vara de Registros Públicos, as situações em que houver divergência sobre a exigência feita pelo delegatário e o entendimento do apresentante, submetendo ao juiz a análise da legalidade e correção da exigência que foi feita pelo titular como condição para a prática de um ato.

A possibilidade de o Tabelião de Protesto suscitar a dúvida é tranquila na doutrina e está expressamente prevista em algumas normas estaduais, como as do Espírito Santo (art. 734) e Rio de Janeiro (art. 982 e 983).

Algumas normas, como as do Maranhão, chegam a determinar a observância de providências específicas relacionadas à dúvida registral, como a necessidade de que sejam indicadas por escrito as exigências, de forma clara, objetiva e fundamentada, indicando o dispositivo legal, e de uma só vez, e com assinatura do responsável (art. 715, § 1º).

O procedimento se inicia com a indicação, pelo apresentante, de que deseja suscitar a dúvida.

Demonstrada essa intenção, o Tabelião deve colher requerimento por escrito da dívida e juntar toda a documentação pertinente, inclusive o próprio título, os documentos que lhe acompanham, e a nota devolutiva

Em seguida, elabora razões escritas acerca dos motivos que obstaram o protesto e intima o interessado para impugnar a dívida, no prazo de quinze dias, comprovando essa intimação por documento que será encaminhado junto com os demais e instruirão o processo (art. 198 da LRP).

Reunidos os documentos, os autos são encaminhados para o juízo competente, onde se aguardará o prazo para impugnação.

Se impugnada a dívida, o Ministério Público é ouvido no prazo dez dias (art. 200 da LRP), e em sequência, se não forem requeridas diligências instrutórias, o juiz proferirá decisão, no prazo de quinze dias (art. 201 da LRP).

Essa decisão é chamada pela legislação de “sentença”. Caso o oficial esteja correto, a dívida é julgada procedente e os documentos são todos devolvidos à parte interessada.

Caso negativo, estando o apresentante correto nas razões deduzidas, a dívida é julgada improcedente, de modo que será realizado o protesto.

Dessa “sentença” cabe recurso, denominado “apelação”, que será julgado pelo órgão competente definido pela lei Estadual (art. 202 da LRP), competência que geralmente reservada à Corregedoria-Geral de Justiça do respectivo Tribunal.

Diferentemente do registro de imóveis, não há prioridade estabelecida para o protocolo do título, mesmo porque essa prioridade é incompatível com o regime jurídico do protesto, que não envolve ingresso de direitos reais no fôlio real, tal como ocorre no art. 186 da Lei n. 6.015/1973.

Assim, não há o prazo para regularização das exigências formuladas pelo tabelião, de modo que, atendido o contido na nota devolutiva, o título ou outro documento de dívida deverá ser apresentado novamente para protesto.

3. PRESCRIÇÃO

Após abordar os pontos mais relevantes para a compreensão acerca da natureza dos serviços notariais e de registro, do protesto e do tabelionato, passa-se a analisar os aspectos principais do instituto da prescrição, notadamente em relação aos seus

fundamentos históricos e tratamento legal, com ênfase, na sequência, à prescrição dos títulos e outros documentos de dívida submetidos ao protesto extrajudicial.

3.1. FUNDAMENTOS

Para Pontes de Miranda (1954/1956, v. 6, p. 100), a prescrição é uma exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante um lapso de tempo fixado em norma, sua pretensão ou ação.

Para Clóvis Bevilacqua, prescrição seria "*a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo*" (1927, v. 1, obs. 1 ao art. 161).

Caio Mario da Silva Pereira (2017, v. 1, n.p.), por sua vez, entende que a prescrição é o modo pelo qual se extingue um direito (não apenas a ação) pela inércia do titular durante certo lapso de tempo.

Câmara Leal, por fim, conceitua prescrição como "*extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso*" (1982, p. 12).

A prescrição, tal como conhecemos, surgiu no direito romano pós-clássico e justinianeu, "*quando a exigência de certeza nas relações jurídicas se torna essencial na vida negocial, e então se faz exprimir na legislação imperial*" (CIMMA, 1996. v. XIV, p. 253).

Conforme destaca Humberto Theodoro Junior (2018, n.p.), no tempo das *legis actiones*, a regra era a perpetuidade das ações e mesmo no período formulário, o fenômeno foi apenas percebido esporadicamente sem, entretanto, passar por uma elaboração sistemática, jurisprudencial ou legislativa.

Apenas nos termos de Teodósio II, foram introduzidos, na via legislativa, os primeiros limites temporais para exercício dos direitos em juízo (AMELOTTI, 1958, p. 4).

Essas limitações, pois, não foram colocadas diretamente contra os direitos, mas diziam respeito a possibilidade de fazê-los atuar em juízo, por meio de uma ação, uma exceção ou um interdito (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.).

Ultrapassado o termo previsto, poderia o réu paralisar a demanda mediante uma exceção, com eficácia exclusivamente processual, não interferindo na possibilidade, por

exemplo, de pagamento da dívida, que seguiria válida mesmo após a prescrição e sem a possibilidade de exercício de ação de restituição (GALLO, 1996, v. XV, p. 248).

Como destaca Humberto Theodoro Junior, essa visão de prescrição construída em Roma passou pela Idade Média e chegou à Inglaterra, vigendo ainda desta maneira no Código Napoleão (art. 2.105), e nos Códigos civis elaborados na Alemanha (art. 194) e na Suíça (art. 127), no começo do Século XX (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.).

Essa visão de prescrição foi abandonada pelo direito civil italiano, que no Código Civil declarou, textualmente, no seu art. 2.934, que os próprios direitos, e não somente a ação, se extinguiriam com o decurso do tempo (ITALIA, 1942).

Nessa divergência com o direito italiano, o Código Civil de 2002 preferiu seguir a tradição romana consagrada no B.G.B., para considerar a prescrição causa de extinção da pretensão, e não do direito subjetivo material, consoante a interpretação literal do disposto no art. 189 do CC.

Na mesma linha previram o Código Civil do Peru¹³⁴, o Espanhol¹³⁵ e o Russo¹³⁶.

Tanto o é que o Código Civil de 2002 repetiu, em essência, no seu art. 882 a possibilidade válida de solver dívida prescrita sem direito de repetição.

Nessa ótica, expõe o Código Civil, em seu art. 189 que, violado o direito, nasce para o titular uma pretensão, que se extingue, pela prescrição, nos prazos previstos em lei.

A prescrição, portanto, "*faz extinguir o direito de uma pessoa de exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei.*" (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.)

É clara, pois, a opção do Código Civil pela corrente oriunda do direito alemão, de modo a considerar que a prescrição extingue a ação, e não o direito em si. Da redação do art. 882 do Código Civil extrai-se que o direito, embora prescrito, continua "vivo".

134 De acordo com o Código Civil Peruano, em seu art. 1.989: "*La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo*".

135 Segundo o Código Civil Espanhol, art. 1.961: "*Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley*".

136 Pelo Código Civil Russo, o art. 195 dispõe o seguinte "*o prazo de prescrição da ação é o prazo durante o qual pode agir a pessoa cujo direito seja violado, para defendê-lo*" (tradução livre).

Se o Código considerasse extinto o direito de crédito, o pagamento da dívida prescrita geraria uma transferência desprovida de causa que, em última análise, autorizaria quem pagou a exigir a restituição do valor.

Daí, portanto, se concluiu que a prescrição atinge a pretensão de direito material, a *Anspruch* do direito alemão, que consiste na exigibilidade, judicial ou não, daquele direito (SCHREIBER, *et. al.*, 2019, n.p.).

Segundo Anderson Schreiber [et al.]:

A pretensão não se confunde com o direito de ação: é noção de direito material e somente existe no direito subjetivo, que atribui ao seu titular o direito a uma prestação. Celebro com o vendedor um contrato de compra e venda de um livro, a ser entregue em três dias. Passados os três dias, se não tiver sido efetuada a prestação, há violação ao meu direito subjetivo de receber o bem nos termos contratados. Inicia-se, então, o prazo para o exercício da pretensão. A chamada teoria da pretensão foi expressamente acolhida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 189. Pode-se afirmar, portanto, que, de acordo com o direito positivo brasileiro, a prescrição conduz à extinção da pretensão. Perde o titular do direito não o direito material em si, nem o direito de ação, hoje considerado abstrato e autônomo, mas tão somente a faculdade de exigir o atendimento daquele direito material. A prescrição deve, então, ser definida como a extinção de uma pretensão pelo decurso de certo lapso de tempo previsto em lei (SCHREIBER, *et. al.*, 2019, n.p.).

Para parte da doutrina, existem duas espécies de prescrição, com efeitos opostos: a) a prescrição extintiva, que o Código Civil chama simplesmente de prescrição; e b) a prescrição aquisitiva, denominada pelo Código como usucapião, em que o lapso de tempo não extingue, mas cria um direito real de propriedade para aquele que tenha a coisa para si por certo lapso de tempo, cumpridos outros requisitos (SCHREIBER *et. al.*, 2019, n.p.).

Carlos Roberto Gonçalves (2020, v. 2, p. 547) registra que, seja como for, em um ou outro caso, ocorrem dois fenômenos, alguém ganha e, em consequência, alguém perde, sendo o elemento "tempo" comum à ambas as espécies, tanto que o art. 1.244 do Código Civil diz que as causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição também se aplicam à usucapião.

A prescrição tem, de acordo com Sílvio Venosa (2017, n.p.), os seguintes requisitos: existência de ação exercitável; inércia do titular da ação; continuidade dessa inércia por certo tempo; ausência de fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso da prescrição.

Esses requisitos também são enumerados por Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 434).

No que tange a diferença entre prescrição e decadência, o critério mais aceito na doutrina é aquele apresentado por Agnelo Amorim Filho.

Para o mencionado estudioso, que faz uso de um critério com “bases científicas”, sujeitam-se a prescrição as ações de natureza condenatória, em que se pretende a imposição ao cumprimento de uma prestação. Só as ações condenatórias podem, portanto, sofrer os efeitos da prescrição, pois são as únicas ações donde irradiam pretensões. Lado outro, direitos potestativos, que são direitos sem pretensão ou prestação, insuscetíveis de violação, dão origem a ações de natureza constitutiva ou desconstitutiva, e estas sujeitam-se a prazos decadenciais, quando houver prazo fixado em lei (AMORIM FILHO, 1960, n.p.).

Assim, é possível afirmar que a prescrição está ligada as ações que versam sobre direitos subjetivos *strictu sensu*, tal como o direito de crédito perante um devedor, enquanto a decadência está relacionada à direitos potestativos ou formativos, isto é, à constituição ou desconstituição de situações jurídicas, a exemplo de uma ação anulatória de determinado ato ou negócio jurídico.

A prescrição encontra fundamento tranquilo na necessidade de satisfazer um interesse geral de segurança e certeza no meio social. É, conforme Yussef Said Cahali, norma de ordem pública, cujo objetivo é resguardar a segurança do comércio jurídico através da consolidação das situações jurídicas pelo decurso do tempo, assim como pela necessidade de procurar uma prova de liberação de um devedor que pagou, mas não recebeu a quitação ou a perdeu (CAHALI, 2012. p. 22).

Tem respaldo na própria Constituição Federal, que se encarrega do compromisso com a segurança, mesmo que jurídica (art. 5º, *caput*), o que também elucida o seu caráter de ordem pública, lhe possibilitando o reconhecimento de ofício pelo juiz, dada a revogação do art. 194 do Código Civil.¹³⁷

¹³⁷ O art. 194 do Código Civil (“O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”), foi revogado pela Lei n. 11.280/2006, deixando clara a intenção do

Outros dispositivos também indicam esse caráter de ordem pública da prescrição, tal como a impossibilidade de os prazos de prescrição serem alterados por acordo entre as partes (art. 192 do CC), e o fato de poder ser alegada em qualquer grau de jurisdição, independentemente de preclusão (art. 193 do CC).

De igual forma Savigny defende que o fundamento principal da prescrição é o de fixar relações incertas, suscetíveis de serem submetidas a apreciação, encerrando-se, após determinado lapso de tempo, a incerteza suscitável pelas partes que não foi submetida a apreciação do juiz (SAVIGNY, 1893. v. V, § 237, p. 309).

Sublinha Humberto Theodoro Junior que a prescrição coloca em confronto dos imperativos casos ao direito, a segurança nas relações jurídicas e o direito à busca pela justiça. De acordo com o autor:

Quando se reconhece a pretensão – força de coagir o violador do direito a realizar a prestação a que faz jus o titular do direito violado – atua-se em nome da justiça. A busca eterna da justiça, porém, longe de realizar a plenitude da paz social, gera inquietude e incerteza, no tráfico jurídico que urge coibir. É preciso, por isso, estabelecer um modo harmônico de convivência entre os dois valores em choque. Isto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo amparo do poder estatal e, com isso, atende aos desígnios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a supor renúncia ou abandono do direito, negligência em defendê-lo, ou até mesmo presunção de pagamento, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de segurança e as exigências da ordem e da paz sociais, que passam a prevalecer sobre a justiça e os direitos individuais (THEODORO JUNIOR, 2018, n.p.).

Anderson Schreiber [et. al.], delinea que a prescrição tem duplo fundamento, pois além de contribuir para a estabilidade das relações sociais, tem como fundamento também sancionar a inércia do titular do direito que deixa de exercê-lo:

legislador de manter a prescrição cognoscível *ex officio* pelo magistrado, opção ilustrada por dispositivos tanto do CPC vigente à época (art. 219, § 5º, CPC/1973), quanto do atual CPC (art. 332, § 1º do CPC/2015).

A prescrição tem, segundo a doutrina, duplo fundamento. Primeiro, destina-se a atribuir estabilidade às relações sociais, consolidar situações jurídicas que se preservaram inalteradas no tempo. A prescrição desempenha, assim, um papel apaziguador, vinculado às aspirações de segurança jurídica e, por isso mesmo, considerado hoje um instituto de ordem pública. A doutrina indica, ainda, um segundo fundamento para a prescrição: sancionar a inércia do titular do direito que deixa de exercê-lo. Invoca-se aqui o brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*: o direito não socorre a quem dorme. Resgata-se, no mesmo sentido, a máxima *iura scripta vigilantibus*: as leis são escritas para os vigilantes (SCHREIBER *et. al.*, 2019, n.p.).

Câmara Leal, fundamentado na doutrina romana, arremata:

O interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição (CAMARA LEAL, 1982, p. 16).

Reconhece a lei, entretanto, que algumas pretensões não estão sujeitas à prescrição. Sublinha-se as ações ligadas ao direito de propriedade, embora sujeitas à usucapião, forma de prescrição aquisitiva, como a ação reivindicatória (art. 1.228 do CC), ação demarcatória (art. 1.297 do CC) e de divisão de coisa comum (art. 1.320 do CC). Isso decorre da perpetuidade do direito, incompatível com a prescrição.

Pretensões decorrentes do estado e da capacidade das pessoas também não se sujeitam a prazo para exercício da pretensão em juízo, tal como ocorrem nas ações de investigação de paternidade¹³⁸ ou da negatória dessa relação (STJ, REsp n. 576.185/SP, 2009, on-line). Igualmente, ações que protegem os direitos da personalidade e as de exercício facultativo (ou potestativo) também não se submetem a prazo prescricional (GONÇALVES, 2020, v. I, p. 550).

¹³⁸ Nesse sentido, o Enunciado n. 149, da Súmula da jurisprudência do STF: "*É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.*"

O Código Civil admite a renúncia da prescrição, de forma expressa ou tácita (art. 191 do CC).

De acordo com Yussef Said Cahali, a renúncia tácita ocorre quando o renunciante, mesmo sem dizer que renuncia à prescrição, pratica atos que não podem ser interpretados senão como renúncia. Assim, "*se firma acordo confessando a dívida na qual estão envolvidos cheques prescritos, ou, como define o art. 2.937 do CC italiano, quando resulta de um fato incompatível com a vontade de se valor da prescrição*" (CAHALI, 2012. p. 48).

A renúncia, seja como for, só pode ocorrer após consumada a prescrição, dado o caráter de ordem pública conferido ao instituto.

O termo inicial do prazo prescricional surge com o nascimento da pretensão, ou seja, com a possibilidade de seu exercício em juízo, tal como dispõe o indigitado art. 189 do Código Civil.

É o que se convém chamar de *actio nata*. A seu respeito, o STJ tem se inclinado a adotar uma teoria subjetivista para sua fixação, indicando que, para o termo inicial do prazo, há de se verificar a existência de um elemento subjetivo – o conhecimento acerca da possibilidade do exercício da pretensão.

No julgamento do REsp n. 1.460.474/PR, registrou-se que:

O STJ possui entendimento sedimentado na teoria da *actio nata* acerca da contagem do prazo prescricional, segundo a qual a pretensão nasce quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (STJ, REsp n. 1.460.474/PR, 2018, on-line).

Também segundo o tribunal, em outro aresto:

O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém qualquer

possibilidade de exercitar sua pretensão, justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, qualquer comportamento negligente de sua parte (STJ, REsp n. 1.347.715/RJ, 2014, on-line).

Embora não haja unanimidade na doutrina, parcela dela destaca a injustiça que a fria redação do art. 189 do Código Civil poderia gerar no caso concreto.

Ao considerar-se, pura e simplesmente, o momento da violação do direito como termo inicial, estaria por se ignorar as hipóteses em que o titular do direito sequer conhece da violação, ou não sabe quem seja o seu responsável, restando inviabilizado o exercício da própria pretensão.

Ora, se um dos fundamentos da prescrição é o castigo aquele que não exerceu a pretensão no prazo previsto em lei, sancionando a inércia do titular do direito com a perda da possibilidade de pleiteá-lo em juízo, não seria possível punir o titular se esse sequer conhece da violação, para que pudesse tomar as providências para pleitear o crédito devido.

Esse entendimento, como visto, tem ressoado na jurisprudência do STJ, e foi objeto de enunciado na I Jornada de Direito Civil (Enunciado 14)¹³⁹, e foi acolhido no Código de Defesa do Consumidor que, atento à questão, dispõe expressamente que a contagem do prazo prescricional se inicia a partir do conhecimento do dano e de sua autoria (art. 27 do CDC).

A contagem do prazo é feita nos termos da lei civil. Ou seja, exclui-se o dia do começo e inclui o do vencimento (art. 132 do CC).

Os prazos de prescrição são geralmente fixados por ano, e nesse caso, há de se considerar que os doze meses do ano se contam de certo dia do mês até a véspera do dia idêntico daquele mês no ano seguinte, ainda que se trate de ano bissexto, isso conforme o art. 1º da Lei n. 810/1949.

Para Youssef Said Cahali, com base em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se o *dies ad quem* cair num daqueles em que não há expediente forense, obstáculo

¹³⁹ Enunciado n. 14 da I Jornada de Direito Civil: " 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer".

judicial que impede o ajuizamento da ação naquele dia, o prazo, mesmo decadencial, fica prorrogado até o primeiro dia útil subsequente (CAHALI, 2012. p. 42).

Com o advento do CPC/2015, entretanto, deve ser feita uma interpretação mais moderna, consentânea com a possibilidade da prática de atos eletrônicos, notadamente ante a possibilidade de protocolo de petições vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, nos termos do art. 213 do CPC.

O Código Civil prevê algumas causas que impedem ou suspendem o curso do prazo prescricional.

Ambas as causas representam obstáculos ao fluxo do prazo prescricional, o impedimento dizendo respeito a causa anterior ao seu início, e a suspensão a causa que impede o seu curso, já iniciado. São elas: a sociedade conjugal, no caso de prescrição entre os cônjuges (art. 197, I do CC); poder familiar, no caso de prescrição entre ascendentes e descendentes (art. 197, II do CC); e a tutela e curatela, no caso da prescrição entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores (art. 197, III do CC); prescrição contra os absolutamente incapazes (art. 198, I do CC); prescrição contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios (art. 198, II do CC); prescrição contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra (art. 198, III do CC); pendência de condição suspensiva (art. 199, I do CC); não vencido o prazo (art. 199, II do CC); pendendo ação de evicção (art. 199, III do CC); enquanto pendente a apuração no juízo criminal (art. 200 do CC).

Há, ainda, hipóteses previstas no Código Civil de interrupção da prescrição.

O rol previsto no art. 202 é considerado taxativo e resulta no reinício do prazo integralmente, "*da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper*" (art. 202, parágrafo único, do CC) abarcando as seguintes hipóteses: despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual (art. 202, I do CC); protesto judicial (art. 202, II do CC); protesto cambial (art. 202, III do CC); apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (art. 202, IV do CC); qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (art. 202, V do CC); e qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor (art. 202, VI do CC).

Os prazos prescricionais foram agrupados no Código Civil em dois grupos, o prazo geral, que é de 10 anos e é aplicado pelo critério da subsidiariedade, e os prazos

específicos, entre um e cinco anos, a depender da hipótese regulada, tal como preveem os arts. 205 e 206 do CC.

Esses prazos não podem ser alterados pelas partes (art. 192 do CC), considerando o caráter de ordem pública do instituto, bem como o fato de a possibilidade de alargar ou encurtar os prazos implicar, no primeiro caso, uma espécie de renúncia antecipada ao instituto, o que é vedado (art. 191 do CC), e no segundo caso, infringir os fins do instituto, contrariando a segurança jurídica visada pela fixação em lei de prazos para o exercício da pretensão.

A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita (art. 193 do CC). Convém identificar que, para efeitos processuais, a prescrição poderá ser alegada até o trânsito em julgado da ação.

Após o trânsito em julgado, contudo, é impossível, por exemplo, a propositura de ação rescisória alegando prescrição que não foi objeto de deliberação na ação originária. No julgamento do REsp n. 1.749.812/PR o STJ compreendeu que ao magistrado não se impõe o dever de se manifestar sobre a prescrição, embora seja a ele possível, inclusive de ofício e sob o signo da celeridade processual.

Assim, se a parte que se beneficiaria com a sua declaração não se valeu de sua suscitação no curso do processo, sua inércia configura verdadeira renúncia tácita a esse direito (STJ, REsp n. 1.749.812/PR, 2019, on-line).

3.2. PRESCRIÇÃO DOS TÍTULOS E OUTROS DOCUMENTOS DE DÍVIDA

Quanto aos outros documentos de dívida que não se configurem como títulos ou outro título de dívida com prazo prescricional específico previsto em lei, não há muita controvérsia em definir que se submetem ao prazo prescricional quinquenal, na forma do art. 206, § 5º, inciso I do CC, considerando que se tratam, como visto, de documentos que ostentam cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Por essa razão, os enunciados de Súmula n. 503 e 504 da jurisprudência do STJ definem prazos quinquenais para ajuizamento de ação monitória pelo credor de cheque sem força executiva e de nota promissória, contabilizado o prazo, no primeiro caso, do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula, e no segundo, do dia seguinte a data do vencimento do título.

Em específico, a jurisprudência do STJ também tem definido o prazo prescricional quinquenal para cobrança com base nesse dispositivo para o contrato de abertura de

crédito (STJ, AgInt no AREsp n. 1.305.152/MT, 2019, on-line), duplicata prescrita (STJ, AgInt nos Embargos de Declaração no AgInt nos Embargos de Declaração no AREsp n. 1.655.610/SP, 2020, on-line), confissão de dívida (STJ, AgInt no AREsp n. 1.111.952/SC, 2020, on-line) e transação homologada judicialmente (STJ, AgRg no AREsp n. 163.318/SP, 2020, on-line).

Em relação aos títulos de crédito, é importante destacar que a sua prescrição não implica no igual reconhecimento da extinção da pretensão do negócio fundamental, se maior for o seu prazo prescricional.

Assim, mesmo prescrito determinado título, nada impede que haja a cobrança da obrigação subjacente, desincorporada desse título, se for o caso, através de uma ação monitória, com base na prova escrita sem eficácia de título executivo, ou de uma ação de cobrança.

Isto porque mesmo que o título de crédito perca a sua eficácia executiva, é plenamente possível a sua cobrança como documento com expressão de dívida líquida, podendo ser classificado dentro do espectro de "outros documentos de dívida", o que autoriza o manejo de ação monitória, como visto especificamente acima em relação ao cheque, à nota promissória e à duplicata, ou até mesmo ação de cobrança.

Gladston Mamede explica a questão dando o seguinte exemplo:

Imagine-se, por exemplo, que o título tivesse sido emitido a partir de um contrato de hospedagem, prescrevendo em um ano (artigo 206, § 1º, I); se houve emissão de uma nota promissória, o crédito incorpora-se à cártula, que prescreve em três anos. O direito ao crédito, assim, beneficiou-se da incorporação, já que o prazo prescricional cambiário é maior. Extinta a relação cambiária pela prescrição do título, deve reestabelecer-se a relação original (negócio de base), com todos os seus qualificadores, incluindo o prazo prescricional do crédito original (não cambiário). No exemplo dado, portanto, se o credor da cártula não a executou no triênio prescricional da nota promissória, não lhe socorrerá a relação fundamental, cujo prazo prescricional é menor (MAMEDE, 2018, n.p.).

Veja-se um precedente do STJ especificamente nessa direção. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo no 1.014.710/SP, constou o seguinte do acórdão:

Não há que se confundir a prescrição da nota promissória, e a consequente perda de sua eficácia executiva, com a prescrição da dívida de que ela faz prova. No caso em apreço, encontrava-se prescrita, quando da propositura da demanda, a ação para executar as notas promissórias. Tal circunstância, contudo, não impede a propositura de demanda monitória com o intuito de cobrar a obrigação representada pelas cártulas prescritas, desde que tal pretensão também não tenha sido alcançada pela prescrição, o que não ocorreu na espécie (STJ, AgRg no Ag n.1.014.710/SP, 2010, on-line).

Dito isto, é possível indicar que a prescrição dos títulos de crédito atinge tão somente a sua força executiva, impedindo-a de serem cobradas através do procedimento específico de cobrança de títulos executivos extrajudiciais previsto no Código de Processo Civil.

Finda a força executiva, pelo decurso do tempo, é possível utilizar-se de outras opções legais e, ao fundo, da execução do próprio objeto negocial.

A letra de câmbio tem prazo prescricional de três anos conforme o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto-Lei n. 57.663/1966), mesmo prazo aplicável às notas promissórias, por força do art. 77 do citado diploma legal.

A duplicata, por sua vez, tem prazos de prescrição específicos a depender do sujeito obrigado pelo pagamento, nos termos do art. 18 da Lei n. 5.474/1968. Contra o sacado e respectivos avalistas, é de três anos, contados da data do vencimento do título; contra endossante e seus avalistas, de um ano, contado da data do protesto; e por qualquer dos coobrigados contra os demais, de um ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título.

A prescrição do cheque é de seis meses, contados do término do prazo de apresentação (art. 59 da Lei do Cheque), que pode ser de trinta ou sessenta dias a depender da praça de emissão.

Há, autores, como Luis Emygdio F. da Rosa Junior, que defendem que, se o cheque for apresentado antes do fim do prazo legal, o termo inicial da prescrição será antecipado para a data da apresentação (ROSA JR., 2011, p. 655).

Essa, contudo, não é a posição que prevalece, por ir de encontro ao dispositivo legal. Veja-se, a respeito, o Enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Comercial do CJF:

O prazo prescricional de 6 (seis) meses para o exercício da pretensão à execução do cheque pelo respectivo portador é contado do encerramento do prazo de apresentação, tenha ou não sido apresentado ao sacado dentro do referido prazo. No caso de cheque pós-datado apresentado antes da data de emissão ao sacado ou da data pactuada com o emitente, o termo inicial é contado da data da primeira apresentação.

Findo o prazo para execução do cheque, é possível fazer-se uso da chamada "ação de enriquecimento" ou "ação de locupletamento", prevista no art. 61 da mesma lei. Essa ação pode ser exercida no prazo de dois anos contados do fim do prazo prescricional.

Ultrapassado este prazo, ainda é possível o manejo de ação de monitória, submetida ao prazo quinquenal, nos termos do enunciado de Súmula n. 503 da jurisprudência do STJ, e que independe a demonstração da causa *debendi*, invertendo-se o ônus da prova para o réu quanto à inexistência do débito.¹⁴⁰ No mesmo prazo ainda é possível a cobrança via ação de conhecimento, com base na relação causal que deu origem ao título, conforme expressamente previsto no art. 62 da Lei do Cheque.

4. ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO PELO TABELIÃO DE PROTESTO

Até aqui, este trabalho se dedicou ao estudo dos aspectos principais das duas variáveis que precisam ser conhecidas para conhecer da problemática que envolve a análise da prescrição pelo tabelião de protesto.

Tecidas considerações sobre todo o substrato que envolve a questão jurídica que se propôs discutir nesse trabalho acadêmico, passa-se agora a análise do problema em si.

4.1. PANORAMA INICIAL

¹⁴⁰ Nesse sentido, o Enunciado n. 531, da Sumula da jurisprudência do STJ: "*Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula*".

Como visto anteriormente, qualificar o título ou outro documento de dívida é o ato de verificar a qualidade, ou seja, de classificar se determinado título ou documento cumpre ou não os requisitos para que possa ser protestado.

Trata-se de um poder-dever do tabelião, e que faz parte do seu múnus, na condição de profissional de direito, tendo condições, pela sua qualificação técnica aferida após concurso de provas e títulos, de verificar questões jurídicas atinentes a protestabilidade do título ou outro documento de dívida.

Questão, como já anunciado, tormentosa, e que é objeto de análise dessa obra, é estabelecer qual o limite do poder-dever do tabelião de protesto quanto a qualificação, se abrange a possibilidade de se analisar a prescrição dos títulos ou outro documento de dívida submetidos ao tabelionato pelo apresentante.

A lei de protesto, com o objetivo de lançar uma pá de cal na controvérsia, previu, expressamente, no seu art. 9º, que a análise acerca da prescrição e da caducidade não estão inclusas no poder-dever da qualificação formal dos títulos e outros documentos de dívida.

Confira-se a redação da cabeça do mencionado artigo da Lei n. 9.492/1996:

Art. 9º. Todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade.

Anota-se, em primeiro lugar, que tal disposição já constava no PL n. 915/1995, projeto de lei de autoria do então Deputado Federal Augusto Viveiros (PFL/RN) e que deu origem à Lei do Protesto.

No seu art. 6º, o projeto continha artigo com o seguinte conteúdo: "*Ao Cartório de Protesto cumpre apenas examinar as formalidades e requisitos do título, não lhe cabendo investigar a ocorrência da caducidade ou prescrição*" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

De acordo com a justificativa do projeto, o projeto de lei apresentado visava uniformizar o procedimento do protesto em todo o país, com base em trabalho desenvolvido no e. TJSP (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

Após tramitação nos termos regimentais, foi submetido à análise na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Consoante indicado no relatório feito na CCJ, de autoria do então Deputado Federal Regis de Oliveira (PSC/SP), o PL atendia à necessidade de regulamentação do tema, que já havia precedido de outro projeto (PL n. 2.269/1989), tendo a Câmara dos Deputados, entretanto, optado por aguardar a regulamentação do art. 236 da Constituição Federal pela legislação infraconstitucional, o que veio a lume com a edição da Lei n. 8.935/1994 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

Assim, tendo esse (PL n. 2.269/1989) e um outro projeto caducado no âmbito da Câmara dos Deputados em razão do decurso da legislatura, com a edição da Lei dos Notários e Registradores criou-se terreno fértil para discutir uma legislação para o protesto no parlamento brasileiro.

Logo, o PL foi aprovado na CCJ e desde já deslocou o art. 6º para o atual art. 9º, mantendo o conteúdo e posição redacional tal como conhecemos hoje.

Durante o processo legislativo, não houve registro de qualquer embate em relação ao conteúdo do mencionado dispositivo, de modo que não se identifica a apresentação de emendas cujo objetivo tivesse sido o de modificar ou até mesmo de suprimir o citado dispositivo.

Assim, o texto foi aprovado pelo parlamento através da própria comissão, não sendo submetido ao plenário da Câmara (na forma do art. 24, inciso II do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), e após encaminhado ao Senado Federal e aprovado sem modificações (PLC n. 98/1996, no Senado Federal). Na sequência, foi sancionado pela Presidência da República, dando origem à atual Lei n. 9.492/1997 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995).

Colhe-se do trâmite do processo legislativo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, portanto, que não houve divergência do parlamento quanto ao conteúdo da disposição, que como dito, de forma expressa retirou do poder-dever de qualificação pelo tabelião de protesto a análise acerca da prescrição ou caducidade.

O conteúdo dessa disposição legal é repetido de maneira expressa em algumas legislações editadas pelas Corregedorias de Justiça estaduais que regulam a atividade notarial e de registro nele praticadas.

Assim ocorre no Acre (art. 433), no Alagoas (Art. 14, § 1º do Título VII) no Amazonas (art. 202, § 3º), na Bahia (art. 321, § 1º), no Ceará (art. 262) no Distrito Federal (art. 90), no Espírito Santo (art. 731), no Maranhão (art. 710), em Minas Gerais (art. 326, § 1º) no Mato

Grosso (art. 480, § 4º), no Mato Grosso do Sul (art. 1.771), no Pará (art. 398), na Paraíba (art. 429), no Pernambuco (art. 497), no Piauí (art. 291, § 1º), no Paraná (Art. 750), no Rio de Janeiro (art. 977), em Rondônia (art. 257), em Roraima (art. 392), no Rio Grande do Sul (art. 716, § 1º) e no Sergipe (art. 214).

Outros Estados, entretanto, não tem referências claras nas suas normas estaduais acerca do fato de a qualificação abranger ou não a prescrição, preferindo não repetir a disposição legal contida na Lei n. 9.492/1997. São os casos dos Estados do Goiás, do Rio Grande do Norte, de Santa Catarina, de Tocantins e de São Paulo, este último o Estado que teria influenciado o projeto de lei federal que deu origem à Lei n. 9.492/1997, conforme registrado durante a tramitação do PL respectivo, o que se explicará em sequência.

A disposição contida no art. 9º, *caput* da Lei de Protesto também foi, outrora, posição pacífica na jurisprudência.

O enunciado de Súmula n. 17, da jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atualmente revogado¹⁴¹, e julgados do c. Superior Tribunal de Justiça espelhavam esse entendimento.

No julgamento do STJ cuja ementa segue transcrita na sequência, por exemplo, o colendo Tribunal considerou inviável suscitar a prescrição para sustar o protesto, considerando que a eventual perda do atributo de executividade pelo título não importaria, *ipso jure*, no cancelamento do protesto ante a higidez da dívida.

Confira-se, a respeito, a emenda:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO E AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE RELAÇÃO JURÍDICA - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO CAMBIAL COMO FUNDAMENTO DA DEMANDA - INVIABILIDADE - RESTAURAÇÃO DO PROTESTO APÓS A IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO, A DESPEITO DA PRESTAÇÃO DE CONTRACAUTELA CONSISTENTE EM DEPÓSITO DE CAUÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR MENCIONADO NO CHEQUE PROTESTADO - ADMISSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Não há omissão no aresto *a quo*, no qual se analisou todos os temas relevantes suscitados pelas partes, inclusive o relativo

¹⁴¹O Enunciado de súmula n. 17, do Tribunal de Justiça de São Paulo tinha a seguinte redação: "A prescrição ou perda de eficácia executiva do título não impede sua remessa a protesto, enquanto disponível a cobrança por outros meios".

à prescrição, embora o resultado não tenha sido favorável à parte recorrente. 2. É inviável suscitar, na via da ação declaratória de inexigibilidade de relação jurídica e de sustação do protesto, a arguição de prescrição cambial, visto que a eventual perda do atributo de executividade pelo cheque não importa, *ipso jure*, o cancelamento do protesto ante a higidez da dívida. 3. O depósito em dinheiro do valor do cheque protestado como contracautela exigida para o deferimento da liminar de sustação de protesto não obsta a restauração do protesto após o julgamento de improcedência da demanda declaratória de inexigibilidade de relação jurídica e de sustação do protesto. 4. É que, ao longo do feito ajuizado pelo devedor, a fluência do *iter* processual através do duto profilático do contraditório e da ampla defesa pautou-se na discussão acerca do *an debeatur* (ou seja, da exigibilidade ou não do cheque protesto), e não sobre o *quantum debeatur* (isto é, o valor efetivamente devido). 5. Realmente, o montante efetivo da dívida pode ser havido como superior ao mencionado no próprio cheque, do que dá exemplo o artigo 19 da Lei de Protestos (Lei n. 9.492/97), na dicção do qual o pagamento do título ou documento protestado não se limita ao valor declarado pelo apresentante, mas abrange também os "emolumentos e demais despesas [como as decorrentes da realização da intimação]". 6. Recurso especial improvido (STJ, REsp n. 369.470/SP, 2009, on-line).

Não obstante essa aparente falta de controvérsia acerca do tema, notadamente pela sua pacificação legislativa, não é possível desconsiderar que alguns aspectos tem sido levados em conta para (des)considerar essa orientação então vigente.

4.2. QUESTÕES INCIDENTES

Como será visto na sequência, o STJ firmou em sede de recursos "repetitivos" que "*a legislação de regência estabelece que o documento hábil a protesto extrajudicial é aquele que caracteriza prova escrita de obrigação pecuniária líquida, certa e exigível*" (STJ, REsp n. 1.340.236/SP, 2015, on-line).

O c. Tribunal da Cidadania também firmou o entendimento, em outro julgado, de que "*sempre será possível, no prazo para a execução cambial, o protesto cambiário de*

cheque, com indicação do emitente como devedor" (STJ, REsp n. 1.423.464/SC, 2016, on-line).

Não obstante, a jurisprudência contemporânea do c. STJ também tem reiteradamente decidido atualmente por considerar indevido o protesto de cheque prescrito. Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. PROTESTO DE CHEQUE PRESCRITO. NÃO CABIMENTO. DANO MORAL. VALOR. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. É indevido o protesto de título prescrito. Isto porque "*a perda das características cambiárias do título de crédito, como autonomia, abstração e executividade, quando ocorre a prescrição, compromete a pronta exigibilidade do crédito nele representado, o que desnatura a função exercida pelo ato cambiário do protesto de um título prescrito*". (AgRg no AREsp 593.208/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014). 2. No que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Incidência do óbice da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp n. 1.751.755/RS, 2020, on-line).

Ao que se denota da Sessão administrativa do Órgão Especial do TJSP, de 18/10/2017, divulgada em vídeo através dos canais oficiais do e. Tribunal nas redes sociais, com extrato publicado no DJE de 19/10/2017, p. 62, a jurisprudência do c. STJ foi a motivação adotada na revogação do Enunciado de Súmula n. 17 da jurisprudência do e. TJSP.

De acordo com o relator, o enunciado da súmula se chocava com a jurisprudência do STJ, notadamente da análise do tema 902 do STJ, dos recursos "repetitivos", cujo paradigma foi o REsp n. 1.340.236/SP, e que assim estipulou:

A legislação de regência estabelece que o documento hábil a protesto extrajudicial é aquele que caracteriza prova escrita de obrigação pecuniária líquida, certa e exigível. Portanto, a sustação de

protesto de título, por representar restrição a direito do credor, exige prévio oferecimento de contracautela, a ser fixada conforme o prudente arbítrio do magistrado (STJ, REsp 1.340.236/SP, 2016, on-line).

Assim, concluiu o relator que a Súmula batia de frente com o decidido sob a sistemática dos repetitivos pelo STJ, no sentido de que se a ação executiva não é mais possível, também não seria mais possível tirar o protesto do título, não se justificando mais a vigência da Súmula. Ao final, foi acolhido o pedido de revogação do verbete, sendo o Relator acompanhado pelos seus pares.

Veja-se que, diante da controvérsia instaurada, é possível analisar as situações que atualmente influenciam no tema.

De acordo com Sergio José Luiz Bueno (2017, p. 203), se o fim do procedimento do protesto não é o de possibilitar a execução, mas sim, o de obter a satisfação da obrigação, a prescrição da pretensão de execução não obsta o protesto se subsistirem outras formas de cobrança. Dessa forma, enquanto existir algum meio judicial para se promover a satisfação da obrigação, o protesto em razão do inadimplemento sempre poderá ser lavrado.

Assim, se por força de lei o Tabelião de Protesto esteja impedido de investigar a prescrição, se o apresentante deliberou, por sua conta e risco, em apresentar determinado título ou outro documento de dívida ao protesto, não pode o Tabelião obstar a sua protestabilidade, sendo obrigado a praticar o ato.

Ora, a prescrição não é apenas o simples decurso do tempo. Vimos em capítulos anteriores que a prescrição, além de representar a perda da pretensão por inércia do titular de uma ação pelo seu não exercício, abrange outros requisitos.

Alguns deles, por certo, o Tabelião não tem como investigar.

A ausência de fato impeditivo, suspensivo ou extintivo do curso da prescrição é um deles. Como poderia o tabelião analisar esse tema através da simples apresentação do título ou do documento de dívida?

Essa questão é relevante. O protesto, por mais que envolva a participação do devedor, que é intimado para, nos termos da lei, conhecer do protesto e manifestar-se no prazo de três dias, não é procedimento por excelência sujeito ao contraditório, nem

qualquer outra ferramenta que permita o exame e uma decisão segura sobre eventuais causas interruptivas, suspensivas ou impeditivas do prazo prescricional.

O prazo de três dias é exclusivo para pagamento, reservando-se ao devedor o direito de alegar eventuais exceções apenas perante o juízo competente, submetendo suas questões ao crivo judicial, por intermédio de ação própria que, se acolhê-las, poderá sustar ou suspender os efeitos do protesto, a depender do momento em que exarada a ordem judicial, o primeiro (sustação) antes da lavratura, e o segundo (suspensão), após o registro.

Forçoso concluir que a prescrição, tal como visto, é ato realmente sujeito à reserva de jurisdição. A cognição do tabelião é bastante restrita e, diante disso, a própria exegese do texto legal prima por reservar ao juiz a apreciação da ocorrência ou não da prescrição no caso concreto.

Nas palavras de Sergio Bueno:

Faz-se a exegese do texto legal (art. 9º da Lei n. 9.492/97) em conformidade com os princípios adequados de hermenêutica e atendimento à lógica formal e, mesmo que prevaleça o pensamento de que o protesto possa ser obstado em razão da prescrição, seja ela cambial ou civil (especial ou ordinária), por certo não cabe ao Tabelião reconhecer esse impedimento, restando ao devedor buscar o Juiz competente para esse mister. Poderá valer-se da medida cautelar de sustação de protesto ou de suspensão dos efeitos deste, se já lavrado, também como antecipação de tutela, se for o caso. Agiu com acerto o legislador ao proibir o Tabelião de pronunciar-se sobre essa matéria, relegando a alegação ou o reconhecimento, ainda que atualmente de ofício, apenas em juízo, em que há campo para o contraditório e para a ampla defesa, bem como o duplo grau de jurisdição (BUENO, 2017, p. 204-205).

Outro ponto, que não pode ser despercebido, diz respeito ao efeito da prescrição.

Como visto exaustivamente no capítulo anterior, que tratou dos aspectos da prescrição, essa, na disciplina adotada pelo Código Civil brasileiro, é responsável por extinguir a pretensão, ou seja, a ação direcionada ao recebimento do crédito, não extinguindo o direito de crédito em si.

Em razão disso, não se pode repetir o que foi pago para solver dívida prescrita, nos termos do art. 882 do Código Civil.

Ora, se autorizado pelo ordenamento a possibilidade de pagar títulos prescritos, não se enxerga na prescrição um fundamento idôneo para, a priori, impedir-se o protesto, que cada vez mais vem assumindo feições de meio indireto de coerção para pagamento.

Sendo a prescrição uma punição a inércia do titular em exercer, em determinado prazo razoável previsto em lei, o direito de postular em juízo a persecução do crédito, e apenas isso, não atingindo o crédito em si, nada impede o devedor que efetue o pagamento, mesmo após extinta a pretensão correspondente.

Esse pagamento não será tido como indevido, tal como previsto no art. 876 do Código Civil, e por isso mesmo não obrigará quem o receber a restituir ao pagador.

Da mesma forma, ressalta Sílvio de Salvo Venosa que os títulos de crédito prescritos *"não autorizam a ação executiva, sobrevivem à prescrição, pois podem ser cobrados por ação ordinária de enriquecimento sem causa, o que demonstra que o direito, na verdade, não se extingue"* (VENOSA, 2019, n.p.).

Outro aspecto a ser considerado diz respeito a possibilidade conferida ao devedor de renunciar à prescrição.

A possibilidade de renúncia a prescrição, como visto anteriormente, decorre de expressa previsão do art. 191 do CC, sendo possível depois de consumada, de forma expressa ou tacitamente.

O próprio pagamento realizado após o prazo da prescrição, por parte do devedor, pode ser entendido como renúncia a prescrição, considerando haver a prática de ato contrário ao interesse do devedor de ver reconhecida a extinção da pretensão e, por via transversa, impedir a satisfação do crédito.

Isso gera problemas até mesmo no âmbito judicial. Com a possibilidade do reconhecimento *ex officio* do prazo prescricional pelo magistrado, entendimento segundo o qual o devedor poderia ver a prescrição acolhida sem nem mesmo tê-la arguido o devedor, poderia resultar no tolhimento do direito dele de renunciá-la, se quisesse.

Com base nisso, defende-se que o pronunciamento judicial de prescrição deve ser precedido de provocação do réu, de modo que fique clara a sua intenção de não renunciar à prescrição, consoante o disposto no art. 191 do CC.

Para Yussef Said Cahali, esse entendimento seria aplicado apenas às ações que versam sobre as ações que versam sobre direitos patrimoniais (CAHALI, 2012. p. 48).

Não obstante, o Código de Processo Civil adotou parcialmente o entendimento da necessidade de oitiva da outra parte antes do reconhecimento judicial da prescrição ou decadência, consoante o disposto no art. 10 do CPC, que determina que não se pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A ressalva fica por conta do julgamento pela improcedência liminar do pedido (art. 487, § 1º do CPC). Nessa hipótese, o juiz pode reconhecer a existência de prescrição da pretensão exercida na ação, antes mesmo da oitiva da outra parte, julgando liminarmente improcedente o pedido.

Veja-se que, diante da celeuma acerca da possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição ante a possibilidade de renúncia da outra parte, com muito mais razão não se poderia permitir a rejeição do ingresso do título do registro por essa razão.

Nada impede o pagamento pelo devedor desse título, renunciando de forma tácita, ou seja, pela prática de ato (o pagamento) incompatível com a prescrição.

4.3. DECISÃO DO STJ NO AGRG NO AGRG NO RESP 1.100.768/SE

Obviamente, no que tange ao protesto, o direito tutela a boa-fé objetiva, e por isso mesmo, se uma dívida está prescrita, não pode o credor protestá-la por falta de pagamento, no intuito de coagir o devedor a pagá-la se não pode, sequer, demandar judicialmente acerca dessa dívida.

Como vimos, muito mais do que simples escopo probatório, o atual serviço de protesto tem servido como meio de coerção ao pagamento.

Na própria decisão em que o p. STF considerou constitucional o protesto de certidão de dívida ativa, como já vinha sendo defendido na doutrina, o Pretório Excelso reconheceu essa finalidade do protesto, ultrapassando a sua simples concepção tradicional (STF, ADI 5135/DF, 2018, on-line).

No entanto, o STJ já vinha entendendo como indevido o protesto de título prescrito, consoante reiteradas decisões tomadas acerca da matéria.

Essa orientação jurisprudencial teria sido a razão que renunciou a revogação da Súmula 17 do TJSP. Esse mesmo tribunal também modificou o Item 16, Capítulo XV do Tomo II, das suas Normas de Serviço, com a redação¹⁴² dada pelo anterior Provimento CGSP n. 27/2013.

A norma que expressamente vedava a análise da prescrição por parte do Tabelião de Protesto, em consonância com o disposto no art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, e cujo espírito influenciou a criação da lei federal, foi modificada para suprimir essa proibição, consoante a redação dada pelo Provimento CGSP n. 43/2018.

Veja-se que a norma presente no Estado de São Paulo, em consonância com o disposto no art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, e com a maioria dos Estados, inicialmente previa a impossibilidade de análise da prescrição, mas esse dispositivo teve o conteúdo suprimido, em prenúncio da celeuma jurisprudencial que nascia.

Isso porque não obstante a literalidade do texto legal, ou seja, mesmo diante da expressa redação do art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido em novembro de 2014, decidiu o seguinte, conforme a ementa que segue transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PROTESTO DE DUPLICATA PRESCRITA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE RECONSIDEROU ANTERIOR PRONUNCIAMENTO A FIM DE DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO AUTOR. INSURGÊNCIA DO CREDOR. 1. O protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em título e outros documentos de dívida, sendo hígido quando a obrigação estampada no título se revestir de certeza, liquidez e exigibilidade. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que o protesto de título de crédito prescrito enseja o pagamento de indenização por dano moral, que inclusive se configura *in re ipsa*. Precedentes. A duplicata prescrita serve apenas como princípio de prova da relação jurídica subjacente que deu

¹⁴² A redação do mencionado item, com as modificações do Provimento CGSP n. 27/2013, e atualmente revogado, era a seguinte: "16. Na qualificação dos títulos e outros documentos de dívida apresentados a protesto, cumpre ao Tabelião de Protesto de Títulos examiná-los em seus caracteres formais, não lhe cabendo investigar a ocorrência da prescrição ou caducidade".

ensejo a sua emissão, não possuindo a necessária certeza e exigibilidade que legitimam o portador a exigir seu imediato pagamento e, por conseguinte, a fazer prova do inadimplemento pelo protesto. 2. Em que pese o artigo 9º da Lei nº 9.492/97 estabelecer que não cabe ao tabelião investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade, é preciso observar a inovação legislativa causada pelo advento da Lei nº 11.280/2006, que alçou a prescrição ao patamar das matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, passando, portanto, o exame da prescrição a ser pertinente à observância da regularidade formal do título, condição para o registro de protesto, como exige o parágrafo único do mesmo art. 9º da Lei nº 9.492/97. 3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no AgRg no REsp n. 1.100.768/SE, 2014, on-line).

Colhe-se que a decisão, embora siga uma lógica da envergadura jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, foi mais além do que até então vinha sendo decidido pelo colendo Tribunal da Cidadania, cuja competência constitucional é, por excelência, a interpretação da lei federal.

Além de vedar o ingresso no tabelionato de protesto do título em questão, por estar prescrito e, por esta razão, não possuir a necessária certeza e liquidez que legitimam o portador a exigir seu imediato pagamento e a fazer prova do inadimplemento pelo protesto, a decisão expressamente imputou ao tabelião o dever de examinar a prescrição dos títulos ou outros documentos de dívida submetidos ao protesto.

Na decisão, o Relator indicou que, tratando-se a prescrição de matéria de ordem pública, em razão da já tratada revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, o exame da prescrição remete a questão da regularidade formal do título, e nessa condição o tabelião deveria analisar esse aspecto ao qualificar o título ou outro documento de dívida.

Assim, propôs-se uma leitura mais moderna do art. 9º da Lei n. 9.492/1997.

De acordo com o Relator, sendo o protesto uma medida bastante gravosa ao devedor, ante o abalo do crédito que o registro de protesto gera, inclusive com a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, o título prescrito não poderia ser protestado, embora possíveis outras medidas de busca do crédito, sendo necessário que o Tabelião, como profissional do direito com função de assegurar a autenticidade,

segurança e eficácia dos atos jurídicos, examine o ato e impeça o protesto nessas condições.

Por relevante, necessário transcrição do trecho do voto vencedor em que o Relator esmiuçou seu raciocínio, *verbis*:

Sem dúvida que o *caput* do art. 9º da Lei nº 9.492/97 encontra-se defasado, sustentando um entendimento sobre a prescrição superado pela legislação vigente. No entanto, enquanto não for expressamente derogado, precisa ser devidamente interpretado, em consonância com o ordenamento jurídico hodierno, principalmente pela gravidade do efeito material do registro público de protesto, que importa em publicidade do abalo creditício, provocando a automática inscrição nos cadastros de restrição de crédito, além de autorizar o requerimento de falência, quando o inadimplente for pessoa jurídica. Assim, faz-se necessário um esforço de interpretação dialético, progressivo, sistemático e teleológico, em busca do real significado e finalidade da norma jurídica em comento, para exata subsunção de seu enunciado ao fato concreto, como pressuposto da segurança jurídica. Por fim, vê-se que o oficial de registro público, no desempenho de sua função como garantidor da segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 2º da Lei nº 9.492/97), não pode ignorar a *quaestio ex officio* do prazo prescricional, que fulmina o título de crédito. Não se está a declarar que o credor não tenha o direito de ver adimplida a obrigação, ao contrário, está a se afirmar que existem os meios cabíveis (ação de enriquecimento ilícito, monitória, de cobrança, composição amigável), dentre os quais não consta o protesto do título prescrito ante a ausência de certeza, liquidez e exigibilidade do documento, cujo procedimento tem como consequência a inserção do nome do inadimplente nos cadastros restritivos de crédito.

Essa interpretação que se propõe mais moderna, é uma tendência.

Tal situação foi antevista pelo e. Tribunal de Justiça de São Paulo ao revogar o verbete que tratava do tema e modificar ponto específico nas suas Normas de Serviço. Diante da divergência, optou o tribunal por extirpar a disposição do seu corpo normativo.

No caso de São Paulo, como vimos, a norma que expressamente vedada a análise da prescrição por parte do Tabelião de Protesto foi modificada para suprimir essa proibição, consoante o Item 16, Seção III, do Capítulo XV do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, modificada pelo Provimento CGSP n. 43/2018.

Aliás, consoante sublinha Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.), a ampliação da qualificação é uma tendência, de modo que não é tarefa fácil definir quais os limites da atuação do tabelião nesse ponto.

Em São Paulo, por exemplo, há norma específica que impede o protesto quando há indício de abuso de direito por parte do apresentante, como a existência de tempo considerável entre a data de emissão do título e a sua apresentação para protesto (itens 34 e 35 do Capítulo XV).

Dispositivos nesse sentido estão presentes em outras normativas estaduais, algumas das quais já destacadas anteriormente, no capítulo destinado ao estudo da qualificação de títulos, e que se propunham a essa mesma ampliação, em que pese se encontrar muita divergência acerca da abrangência desse poder-dever do Tabelião, em razão de as normas Estaduais preverem atuações mais ou menos largas para a hipótese.

Não há mesmo como indicar unanimidades nessa questão, pois como visto, na norma estadual de Mato Grosso, por exemplo, o tabelião não poderia analisar a falsidade do título para obstar o protesto.

No entanto, o Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2020, n.p.) defende que não se pode falar em jurisprudência consolidada do c. STJ imputando esse dever de analisar a prescrição ao tabelião, pois, na verdade, o assunto relativo à eventual responsabilização do tabelião de protesto não era o centro da discussão nesse julgado.

De fato, ao se analisar a competência do tabelião e as questões de reserva jurisdicional, fica difícil, pela falta de um procedimento que assegure o contraditório, permitir que o tabelião negue seguimento ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, em razão da prescrição.

A decisão do STJ considerou essa tendência. Entretanto, a questão não parece ser tão simples.

Há, realmente, certo movimento jurisprudencial que aponta para uma possível adequação legislativa futura, tal como sinalizado pela indigitada decisão do c. STJ. Todavia, há ainda dissenso na doutrina, por todas as questões abordadas, acerca dessa posição.

Carlos Eduardo Elias de Oliveira, por exemplo, expõe que:

Além de não enxergamos nenhuma revogação tácita (há compatibilidade entre o Código Civil e a LP: tabelião não é juiz), a análise da prescrição depende do exame de fatos externos ao título para identificar hipóteses de suspensão e de interrupção do prazo prescricional, o que não é da alçada do tabelião, e sim de um juiz. Temos que o apresentante é o responsável por eventual prescrição do título protestado (OLIVEIRA, 2020, n.p.).

4.4. IMPACTOS DO EXERCÍCIO DESSA QUALIFICAÇÃO NA PRÁTICA

Na prática, o que se tem atualmente, consoante os estudos realizados até aqui, é que o protesto, sendo ato do apresentante, é de responsabilidade deste.

Assim, caso um título prescrito ingresse no registro, o tabelião não pode ser responsabilizado, por exemplo, por danos morais advindos da situação.

Considerando que a prescrição é expressamente excluída pela lei da análise do título ou outro documento de dívida, por ocasião da qualificação, não pode ser considerado um caractere formal, e assim escapa da competência do referido profissional do Direito.

Logo, é possível que determinado credor apresente um título cuja eficácia executiva encontra-se prescrita, se não agir com abuso de direito. Esse título ingressará no protesto e poderá implicar na restrição de crédito do devedor, resultando em meio coercitivo para o seu pagamento.

Partindo-se, todavia, do entendimento de que a prescrição obsta o protesto do título, passando a integrar a esfera de competência do tabelião de analisar as questões formais dentro do juízo de qualificação, passa-se a obstar o ingresso do título, de modo que ao credor sobrar apenas o ingresso de outras medidas coercitivas, a exemplo da ação monitória ou de cobrança, sujeitas a prazos prescricionais maiores, no geral, que a ação executiva de rito especial.

Essa interpretação, contudo, não parece consentânea com tudo o que foi discutido até então.

Conforme ressaltado alhures, entretanto, a decisão do STJ parece isolada e, embora não implique em uma mudança de entendimento, indica uma tendência de ampliar a competência do tabelião em proceder na qualificação de títulos e outros documentos de dívida.

5. CONCLUSÃO

Ao longo dos estudos realizados, identificou-se que o protesto é instituto secular, cuja função modificou-se ao longo das eras, a ponto de ser apontada vocação para finalidade não necessariamente prevista no conceito legal, mas com aceitação doutrinária e jurisprudencial consolidada.

Hoje, o protesto funciona claramente não apenas para sua finalidade tradicionalmente probatória, mas como verdadeiro meio de recuperação de ativos, fato corroborado por estudos realizados por entidades representativas dos órgãos de protesto. O Protesto é realmente importante para o desenvolvimento econômico, pois estando presente em diversas localidades, havendo mais de três mil serventias dedicadas a essa função notarial espalhadas pelo País, a população passa a dispor de instrumento barato e acessível para reaver créditos inadimplidos, sem contar os avanços relacionados à operação do protesto através da internet.

Lado outro, viu-se também que o protesto é ato do tabelião, que instrumentaliza a vontade da parte apresentante, de acordo com a doutrina mais abalizada, e que passa por juízo de qualificação, poder-dever do tabelião de analisar a legitimidade do protesto quanto às normas legais e regulamentares, em relação aos seus caracteres formais (art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 9.492/1997).

Em sequência, discorreu-se acerca do instituto da prescrição. Mais adiante, analisou-se como essa questão poderia ser afeta aos títulos e outros documentos de dívida.

Por fim, analisou-se os diversos aspectos específicos que podem influenciar ou não acerca da resposta à pergunta, quanto à possibilidade ou não de se impor ao tabelião à análise da prescrição de títulos ou outros documentos de dívida.

Tecidas todas essas considerações, a partir da análise das variáveis existentes, bem como de todas as consequências dos atos, é possível indicar que a análise do protesto no ato de qualificação do título ou outro documento de dívida não é impossível, mas dentro das possibilidades, a atuação do tabelião é limitada pelas balizas regulamentares e a própria natureza da sua função.

A atividade de qualificação, como ponto de convergência entre as raízes e natureza jurídica do próprio protesto, e a natureza jurídica, limites e funções da função de qualificação, permite inferir que, como profissional do direito, é possível que o tabelião de protesto vá além, de modo a prestar sua atividade da melhor forma possível, atendendo à expectativa das partes.

A questão pode ser solucionada da seguinte forma: se o título ou outro documento de dívida está prescrito, não há, via de regra, um óbice para o protesto.

Se a responsabilidade do protesto é do apresentante, mesmo que considerado se tratar de um ato "misto", que envolve o interesse do apresentante e a atividade do Tabelião de Protesto, cabe ao apresentante responder pelo protesto de títulos prescritos, excluindo-se qualquer responsabilização do tabelião, até porque este não pode, por vedação legal, analisar a prescrição.

Por mais que haja um julgado do STJ expressamente imputando essa obrigação ao tabelião, essa não era a questão central do julgamento, e a menção, em *obiter dictum*, não tem caráter vinculante.

A interpretação que parece ser a mais adequada e consentânea com a natureza da atividade e dos institutos é a de tratar a análise da prescrição até mesmo como necessária pelo Tabelião, realizada dentro do seu mister, mas que, se existente, não tenha o efeito de obstar o protesto pleiteado pelo apresentante.

A natureza da atividade do Tabelião está muito ligada à defesa e zelo pela segurança jurídica dos atos e negócios jurídicos a ele submetidos.

De acordo com Aflaton Castanheira Maluf, para as funções notariais e/ou registrais, haverá real segurança jurídica " *quando o ato praticado estiver de acordo com as normas pertinentes, observando, em corolário, os critérios temporal e espacial. Em outras palavras, o ato notarial/registral materializado deve estar revestido das formalidades legais que lhe são afetas*" (2018, p. 40).

Assim, o tabelião, ao receber título ou documento de dívida para exercer sua qualificação, visando a identificar a protestabilidade do título, deve, ao verificar a existência de algum óbice direcionado à prescrição, alertar ao apresentante acerca da sua existência.

Deve-se tão somente orientar o apresentante acerca das consequências práticas dos atos praticados, notadamente das consequências advindas do protesto de um título ou outro documento de dívida que esteja prescrito.

Se o apresentante, ciente da prescrição, parece agir em abuso de direito, e esteja presente a possibilidade de o tabelião agir, segundo a norma estadual, como ocorre com alguns estados, aí sim deve agir para coibir o ingresso do título no protesto, submetendo, em caso de irresignação do apresentante do título, as questões ao juízo competente.

Se, todavia, ciente da prescrição, não estão presentes quaisquer elementos que permitam inferir que haja, ali, exercício abusivo do direito de protestar, estando ciente o apresentante das consequências dos seus atos, não deve ser obstado o protesto.

De posse dessas informações, deve ser escolha do apresentante, por sua conta e risco, optar por efetivar ou não o protesto, ciente das implicações jurídicas dos seus atos, bem como das consequências que possam advir dela.

Essa interpretação é consentânea com o dever do tabelião de assegurar a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos postos à sua apreciação.

Isto porque o postulado da segurança jurídica exige que o poder público zele pelo respeito de situações jurídicas consolidadas no tempo.

Como bem defende Luiz Guilherme Loureiro, o direito notarial e registral tem por objetivo o desenvolvimento normal e sadio das relações jurídicas, mediante a observância de regras, princípios e instituições que buscam evitar a situação anormal, patológica ou duvidosa, que poderia levar as partes a conflitos e diferenças na defesa das pretensões resultantes de ditas relações (LOUREIRO, 2017, p. 47).

Anote-se que aos tabeliães reserva-se uma função de assessoramento, de orientação das partes. Como bem enfatiza Luiz Guilherme Loureiro, "*o notário aconselha e aproxima as partes por ocasião da sua intervenção em atos e negócios jurídicos*" (LOUREIRO, 2017, p. 62).

O tabelião é profissional de direito, por excelência, com a função de formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo, e de autenticar fatos (art. 6º da Lei n. 8.935/1994).

Os tabeliães de protesto são tabeliães. Mesmo que essas funções sejam mais consentâneas com a atividade desempenhada pelo tabelião de notas, também se aplicam à atividade do tabelião de protesto, que deverá proceder da mesma maneira.

Deste modo, se é um dever do tabelião velar pela autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos de particulares, espera-se uma postura ativa da intervenção, justamente para se evitar violações ou lesões a direitos e interesses tutelados por ela. Entendimento contrário implicaria em perda de confiança do cidadão no sistema, já que resultará na possibilidade de que o ingresso do título ou outro documento de dívida sob o olhar qualificatório do tabelião não implique em garantia da segurança e eficácia do que lhe foi confiado para exame.

Se optar por não desistir do protesto, deve prevalecer a sua decisão. Caso contrário, o ingresso do título dentro das hipóteses legais é de rigor, para assegurar o direito do apresentante de protestar o título que se encontra regular em seus caracteres formais.

Não se pode permitir uma análise peremptória, a induzir que o tabelião tenha o poder de negar o ingresso do título ou outro documento de dívida de forma definitiva no protesto, pelo simples fato de estar prescrito.

Como vimos, o tabelionato do protesto não é instância sujeita ao contraditório, de modo que se assegure legitimidade suficiente para declarar prescrição, ato jurisdicional.

É plenamente possível que o devedor pague a dívida, renunciando à prescrição, dívida que será irrepetível por expressa previsão legal (art. 882 do Código Civil).

Também pode estar presente situação que impeça, de alguma forma, a fluência do curso do prazo prescricional, situação que o Tabelião muitas vezes não tem condição de identificar da simples análise do título, ou mesmo de indagar a qualquer das partes, justamente pela falta de previsão de um procedimento que assegure ampla liberdade às partes de formularem alegações, sujeitas aos princípios da ampla defesa e contraditório, dentro do Tabelionato.

Em última instância, não é possível desconsiderar a redação da Lei de Protesto, que está em plena vigência, não obstante o decidido pelo STJ no âmbito do AgRg no AgRg no REsp n. 1.100.768/SE.

Não se pode perder de vista, por fim, que a prescrição da pretensão executiva, relacionada ao rito especial do CPC destinado aos títulos líquidos, certos e exigíveis não retira do credor o direito de pleitear judicialmente a dívida com base na prova escrita sem eficácia de título executivo, ou até mesmo por intermédio de procedimento comum, sujeito a ampla dilação probatória.

Nem todas as possibilidades podem ser antevistas de plano pelo Tabelião, de modo que deve ser assegurado ao credor, sob sua responsabilidade, optar por correr ou não o risco de protestar títulos ou outros documentos de dívida prescritos.

Se o tabelião não tem condições de aferir, e desde já descartar, todas as possibilidades de pretensão por parte de credor, não deve, ainda que sua qualificação técnica possa lhe permitir, obstar o protesto.

Assim, realmente lhe cabe tão somente zelar pela regularidade do registro de protesto, com base nos instrumentos legais e regulamentares, e estando de acordo, caso identifique circunstância relevante, informar o interessado acerca do ato.

Por mais que se enxergue a possibilidade de uma evolução quanto à possibilidade de análise do protesto na qualificação, de modo que a prescrição possa, algum dia, efetivamente obstar o protesto, esse ainda não é o panorama atual.

Logo, a conclusão é a de que, levando em consideração todas as hipóteses levantadas, bem como as discussões jurídicas e implicações práticas da tomada de decisão pelo tabelião, não é possível impor ao tabelião a análise da prescrição dos títulos e outros documentos de dívida submetidos ao protesto, considerando a vedação legal, atualmente prevista no art. 9º, caput da Lei dos Protestos.

Todavia, o tabelião deve: (i) investigar a ocorrência de prescrição tão somente tendo em vista seu dever de assessoramento e zelo pela segurança jurídica dos atos e negócios jurídicos a eles submetidos, visando informar as partes e prevenir litígios acerca de responsabilidade civil, a que possam estar sujeitos em razão do protesto supostamente indevido, consoante definido pela jurisprudência; (ii) lavrar protestos de títulos ou documentos de dívida prescritos, quando o apresentante, mesmo ciente das implicações práticas do ato que pretende que o Tabelião lavre, insiste no registro; (iii) negar o protesto de títulos ou documentos de dívida prescritos apenas quando houver permissão na legislação estadual, a exemplo das normas que autorizem um juízo negativo de qualificação quando constatado indícios de intuito emulatório ou de abuso de direito por parte do apresentante, considerando que, nos demais casos, a norma proibitiva do art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997, ainda plenamente vigente, considerando o disposto no art. 2º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) deve prevalecer.

Sugere-se que, no caso da hipótese destacada no item "ii" acima indicado, se exija do apresentante algum termo de consentimento informado, que especifique o vício

encontrado, relativo à prescrição, onde este declare ciência expressa acerca das eventuais consequências práticas que possam advir da situação.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Protesto**: caracterização da mora, inadimplemento obrigacional. 4. Ed., São Paulo: Atlas, 2011.

ACRE. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 10, de 07 de março de 2016**. Atualiza e revisa o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Acre. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/Provimento_COGER_TJAC_10_2016.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

ALAGOAS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 16, de 23 de setembro de 2019**. Institui a Consolidação Normativa Notarial e Registral. Disponível em: <<https://cgj.tjal.jus.br/cnr.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

AMADEI, Vicente de Abreu; DIP, Ricardo (Coordenador) et. al. **Introdução ao direito notarial e registral**. Porto Alegre: Fabris Editor – IRIB, 2004.

AMELOTTI, Mario. **La prescrizioni delle azioni in diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1958.

AMAPÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 310, de 17 de março de 2016**. Provimento-geral da Corregedoria. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/corregedoria/Atos_Normativos/provimento_geral_corregedoria_tjap.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

AMAZONAS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 278, de 30 de junho de 2016**. Aprova a minuta de regulamentação do serviço extrajudicial do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/images/2019/EXTRAJUDICIAL/republica%C3%87%C3%83o_do_manual_do_extrajudicial_constante_no_provimento_n%C2%BA_278-2016-cgj-am.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, RT 300:7, out. 1960, reproduzido na RT, 711:725-6, out. 1997.

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL - ANOREG/BR. **Cartório em Números:** capilaridade, serviços eletrônicos, cidadania e confiança, serviços públicos que nada custam ao Estado e que beneficiam o cidadão em todos os municípios do País. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Cartório-em-números-1.pdf>> Acesso em 19 jan. 2021.

BAHIA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento Conjunto n. 03, de 30 de janeiro de 2020.** Dispõe sobre o Código de Normas e Procedimentos de Serviços Notariais e Registrais do Estado da Bahia (CNP-BA). Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/extrajudicial/wp-content/uploads/2020/03/REPUBLICA%C3%87%C3%83O-CORRETIVA-PRIVIMENTO-03.2020-C%C3%93DIGO-DE-NORMAS.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, v. 1.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito.** 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dossiê Digitalizado do Projeto de Lei n. 915/1995.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01k6s3kknuti01t1m5ruac8e1r7830830.node0?codteor=1134864&filename=Dossie+-PL+917/1995>. Acesso em 07 fev. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Comercial.** Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/65>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento CNJ n. 45, de 13 de maio de 2015.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_45_13052015_16032018110706.pdf>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento CNJ n. 89, de 18 de dezembro de 2019.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original173255201912195dfbb44718170.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908.** Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais. Coleção das Leis do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1908, v. 1, p. 216.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966.** Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 1966. p. 1.115.

BRASIL. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. Coleção das Leis do Império do Brasil de 31/12/1850, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1850. p. 57-238.

BRASIL. **Lei n. 810, de 6 de setembro de 1949.** Define o ano civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 16 set. 1949. p. 13.361.

BRASIL. **Lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968.** Dispõe sobre as Duplicatas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 jul. 1968. p. 6.121.

BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1973. p. 13.528.

BRASIL. **Lei n. 7.357, de 2 de setembro de 1985.** Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 nov. 1985. p. 12.897.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 1 (suplemento).

BRASIL. **Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios) Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1994. p. 17.500.

BRASIL. **Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1997. p. 20.152.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as

Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 ago. 2004. p. 17.

BRASIL. **Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.** Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 fev. 2006. p. 2.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 11 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. p. 1.

BRASIL. **Lei n. 13.775, de 20 de dezembro de 2018.** Dispõe sobre a emissão de duplicata sob a forma escritural; altera a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2018. p. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, **REsp n. 1.126.515/PR**, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2013, DJe 16/12/2013. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900420648&dt_publicacao=16/12/2013>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **AgInt nos Embargos de Declaração no AgInt nos Embargos de Declaração no AREsp n. 1.655.610/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26/10/2020, DJe 29/10/2020. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000208637&dt_publicacao=29/10/2020>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 1.347.715/RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25.11.2014, DJe 04/12/2014. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201917415&dt_publicacao=04/12/2014>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 1.460.474/PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/08/2018, DJe 03/09/2018. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401428732&dt_publicacao=03/09/2018>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 1.749.812/PR**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/09/2019, DJe 19/09/2019. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801526826&t_publicacao=19/09/2019>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp n. 369.470/SP**, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10/11/2009, DJe 23/11/2009. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101321306&t_publicacao=23/11/2009>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgInt no AREsp n. 1.111.952/SC**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 19/10/2020, DJe 16/11/2020. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701293540&t_publicacao=16/11/2020>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgInt no AREsp n. 1.305.152/MT**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 02/04/2019, DJe 08/04/2019. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801350180&t_publicacao=08/04/2019>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgInt no REsp n. 1.751.755/RS**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/12/2020, DJe 02/02/2021. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801629156&t_publicacao=02/02/2021>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgRg no Ag n. 1.014.710/SP**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 10/08/2010, DJe 25/08/2010. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800329616&t_publicacao=25/08/2010>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgRg no AgRg no REsp n. 1.100.768/SE**, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 11/11/2014, DJe 17/11/2014. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802423169&t_publicacao=17/11/2014>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **AgRg no AREsp n. 163.318/SP**, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 14/09/2020, DJe 17/09/2020. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200685084&t_publicacao=17/09/2020>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **REsp n. 576.185/SP**, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 07/09/2009, DJe 08/06/2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301393361&t_publicacao=08/06/2009>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **RMS 17.400/SP**, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ o Acórdão Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ). j. 21/06/2011, DJe 03/11/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302047441&t_publicacao=03/11/2011>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, **REsp n. 1.340.236/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/10/2015, DJe 26/10/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201765210&t_publicacao=26/10/2015>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, **REsp n. 1.398.356/MG**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/02/2016, DJe 30/03/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302687882&t_publicacao=30/03/2016>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, **REsp n. 1.423.464/SC**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2016, DJe 27/05/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304008052&t_publicacao=27/05/2016>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n. 503**. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2447/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n. 504**. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2448/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, **HC 85.911-9/MG**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/10/2005, DJe 02/12/2005. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur93653/false>>. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADI 2.415/SP**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 22/09/2011, DJe 09/02/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1718027>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADI 5.135/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/11/2016, DJe 07/02/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Súmula n. 149**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1986>>. Acesso em 25 fev. 2021.

BUENO, Sérgio Luiz José. **Tabelionato de protesto**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção Cartórios).

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Ed., São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Justiça multiportas**. 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/04/justica-multiportas.html>>. Acesso em 01 fev. 2021.

CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. **Da prescrição e da decadência**. 4ª Ed. atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CEARÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 08, de 10 de novembro de 2014**. Institui a Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará. Disponível em: <<https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/CNNR-atual-04.06.2020-%C3%9Altima-Vers%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, paginação irregular (versão em e-book).

CIMMA, Maria Rosa. **Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio**. In: Digesto delle discipline privatistiche. Torino: UTET, 1996. v. XIV.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa.** 23ª Ed., RT: São Paulo, 2019, v. I, paginação irregular (versão em e-book).

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 14ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 33ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, paginação irregular (versão em e-book).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 29ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Sobre a qualificação no registro de imóveis.** In: Revista de Direito Imobiliário, 29. São Paulo: RT, 1992.

DISTRITO FEDERAL. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento-geral da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal aplicado aos serviços notariais e de registro.** Estabelece normas e instruções destinadas à uniformização, esclarecimento e orientação quanto aos dispositivos legais aplicáveis aos serviços notariais e de registro do Distrito Federal. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/provimentos/provimento-geral-da-corregedoria-aplicado-aos-servicos-notariais-e-de-registro>>. Acesso em 20 jan. 2021.

EL DEBS, Martha. **Legislação notarial e de registros públicos comentada artigo por artigo.** 4ª Ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

ESPIRITO SANTO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça - Foro Extrajudicial - Tomo II.** Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/corregedoria/legislacao/codigo-de-normas/>>. Acesso em 20 jan. 2021.

ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julho de 1889 – Código Civil Espanhol, art. 1.961.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em 19 jan. 2021.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de notas I.** 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2018 (Coleção Cartórios).

GARCIA, Raquel Duarte. **Protesto de títulos de créditos e documentos de dívida como solução extrajudicial para recuperação e execução de crédito.** 2013. Disponível em: <

<http://www3.mcampos.br:84/u/201503/raquelduarte-garciaprotestodetitulosdecreditosedocumentosdedivida.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2021.

GALLO, Paolo. **Prescrizione e decadenza in diritto comparato**. Digesto delle discipline privatistiche. Torino: UTET, 1996, v. XV.

GOIÁS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 46, de 21 de dezembro de 2020**. Institui o Código de Normas e Procedimentos do Foro Extrajudicial do Poder Judiciário do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://tjdocs.tjgo.jus.br/documentos/558029>> Acesso em 20 jan. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 18ª Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. I.

ITÁLIA. **Regio Decreto n. 262, de 16 de março de 1942 - Codice Civile, art. 2.934**. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1942-03-16;262!vig=>>>. Acesso em 12 jan. 2021.

JACOMINO, Sérgio. **Qualificação registral**: nótula sobre a terminologia do mister registral. Disponível em: <https://cartorios.org/2013/01/08/qualificacao-registral-questao-de-terminologia/#_ftn1>. Acesso em 24 jan. 2021.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 8. Ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

MALUF, Aflaton Castanheira. **Normas constitucionais relevantes a notários e registradores**. Leme: Habermann Editora, 2018, p. 14.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: títulos de crédito. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARANHÃO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Maranhão**. Disponível em: <https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/arquivos/C%C3%B3digo_de_Normas/5392c187a550d202865bb2e64e6383c9.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12ª Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATO GROSSO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 42, de 29 de dezembro de 2020**. Aprova o Código de Normas Gerais da

Corregedoria-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial - CNGCE. Disponível em <<http://corregedoria.tjmt.jus.br/arquivo/8df946cc-bd6f-4dd9-871a-ed3d5e973569/provimento-n-42-2020-cngce-assinado-pdf>> Acesso em 20 jan. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 240, de 10 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a Consolidação Normativa Judicial e Extrajudicial da Corregedoria-Geral da Justiça do estado de Mato Grosso do Sul (Código de Normas). Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/webfiles/SPGE/revista/20201216190125.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

MINAS GERAIS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento Conjunto n. 93, de 22 de junho de 2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

MORAES, Emanuel Macabu. **Protesto extrajudicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 35.

NALINI, José Roberto. **Parecer n. 552/1986**, referente ao processo n. 78.715/1986. In: Decisões Administrativas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Coord. Des. Sylvio do Amaral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. **Constituições da América Latina e Caribe**. Brasília: FUNAG, 2010, v. 5.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Limites da qualificação de títulos pelo tabelião de protestos**: prescrição, cálculos e outras questões. Brasília: Migalhas notariais e registrais, dez. 2020. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/337878/limites-da-qualificacao-de-titulos-pelo-tabeliao-de-protestos--prescricao--calculos-e-outras-questoes>> Acesso em 24 jan. 2021.

PARÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento Conjunto CJRMB/CJCI, n. 02, de 31 de janeiro de 2019**. Atualiza e revisa o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=824163>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PARAIBA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 03, de 26 de janeiro de 2015.** Institui o Código de Normas Judicial e Extrajudicial da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: <<https://corregedoria.tjpb.jus.br/legislacao/codigo-de-normas-cgjpb-extrajudicial/>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PARANÁ. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 249, de 30 de setembro de 2013.** Dispõe acerca do novo Código de Normas do Foro Extrajudicial da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/codigo-de-normas-foro-extrajudicial>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, paginação irregular (versão em e-book).

PERNAMBUCO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 20, de 20 de novembro de 2019.** Dispõe sobre o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/145643/Codigo+de+Normas+atual.+at%C3%A9+Prov+01.2018+DJE+09fev2018.pdf/3c55cd42-f995-5d6d-6921-87c7ebe8e6b5>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PERU. **Decreto Legislativo n. 295, de 24 de julho de 1984 - Código Civil Peruano, art. 1.989.** Disponível em: <<https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-segunda-parte/>>. Acesso em 19 jan. 2021.

PIAUI. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 17, de 27 de agosto de 2013.** Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Piauí. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/vice-corregedoria/codigo-de-normas-e-procedimentos-dos-servicos-notariais-e-de-registro/>>. Acesso em 20 jan. 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito cambiário.** Campinas: Bookseller, 2000, v. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956, v. 6.

QUALIFICAÇÃO. In: MICHAELIS, **Dicionário Online de Português**. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=qualifica%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em 19 jan. 2021.

QUALIFICAR. In: **Dicionário da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa**. Lisboa: Verbo, v. II, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 29ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. II, paginação irregular (versão em e-book).

RIBEIRO, Luís Paulo Aliente. **Regulação da função pública notarial e registral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO DE JANEIRO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 10, de 07 de março de 2016**. Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça - Parte Extrajudicial. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/consultas/legislacao/consolidacao-normativa-parte-extrajudicial>>. Acesso em 20 jan. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 154, de 13 de setembro de 2016**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/normas/codigos/codigo-de-normas-da-corregedoria/10495--1105/file>>. Acesso em 20 jan. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 32, de 16 de novembro de 2006**. Consolidação Normativa Notarial e Registral. Atualização e Revisão. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/2019/CNNR_CGJ_Fevereiro_2019_Provimento_002_2019.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

RODRIGUES, Marcelo. **Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial**. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2016.

RONDÔNIA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 14, de 08 de novembro de 2019**. Dispõe sobre a revogação do Provimento n. 018/2015-CG, e publicação das Diretrizes Gerais Extrajudiciais do Estado de Rondônia. Disponível em: <https://tjro.jus.br/corregedoria/images/diretrizes_extra_judiciais/Diretrizes_Gerais_Extrajudiciais-PROVIMENTO_n_14-2019.pdf>. Acesso em 20 jan. 2021.

RORAIMA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 001, de 02 de fevereiro de 2017**. Institui o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Roraima. Disponível em:

<<http://www.tjrr.jus.br/legislacao/phocadownload/Provimentos/Corregedoria/2017/001comp.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. 7. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RÚSSIA. **Código Civil Russo, art. 195 (tradução livre)**. Disponível em:

<https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/afe0e3d958e3e2cf1f84bd1c0372423758fd5200/> Acesso em 19 jan. 2021.

SANTA CATARINA. Corregedoria-Geral de Justiça. **Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça (CNCGJ)**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/corregedoria-geral-da-justica/codigo-de-normas-da-cgj>>. Acesso em 20 jan. 2021.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. **Condomínio e incorporações no registro de imóveis: teoria e prática**. São Paulo: Mirante, 2011.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Apontamentos sobre o protesto notarial**. 2013.

Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20032013-142914/publico/Apontamentos_sobre_o_Protesto_Notarial_Reinaldo_Velloso_dos_Santos.pdf>. Acesso em 24 jan. 2021.

SÃO PAULO. 1º Vara de Registros Públicos. **Pedido de Providências n. 1027493-**

62.2019.8.26.0100. Juíza Tânia Mara Ahualli, j. 24/04/2019 DJe 24/04/2019. Disponível em: <<http://kollsys.org/n7s>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Processo n. 16.649/1997**. Rel. Des. Márcio Martins Bonilha, j. 01/09/1997, DJe 10/09/1997. Disponível em: <<http://kollsys.org/fp2>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Processo n. 161.302/2018**. Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 14/02/2019, DJe 19/02/2019. Disponível em: <<http://kollsys.org/mvc>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Processo n. 211.185/2017**. Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 08/03/2018, DJe 19/03/2018. Disponível em: <<http://kollsys.org/lhx>>. Acesso em 08 fev. 2021.

SÃO PAULO. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 58, de 28 de novembro de 1989.** Aprova as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, destinadas aos cartórios extrajudiciais e dispostas nos Capítulos XIII ao XX (Tomo II). Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=121929>>. Acesso em 20 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula n. 17.** Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoPrivado/Noticias/Noticia?codigoNoticia=8823>>. Acesso em 25 fev. 2021.

SÃO PAULO. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo - 19/10/2017.** Disponível em: <<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=12&nuDiario=2453&cdCaderno=11&nuSeqpagina=1>>. Acesso em 24 jan. 2021.

SÃO PAULO. **Seção Administrativa do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 18/10/2017.** Fragmento compreendido entre 1h34min00seg a 1h35min55seg. São Paulo: Órgão Especial do TJSP, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HB1jXXJDAPY&feature=youtu.be>>. Acesso em 24 jan. 2021.

SARAIVA, Jose Antonio. **A cambial.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 135.

SAVIGNY, Federico Carlo di. **Sistema del diritto romano attuale.** Tradução: Vittorio Scialoja. Torino: UTET, 1893. v. V, § 237, p. 309.

SCHREIBER, Anderson et.al. **Código Civil comentado:** doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, paginação irregular (versão em e-book).

SERGIPE. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 23, de 01 de dezembro de 2008.** Institui a Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em: <<https://www.tjse.jus.br/corregedoria/arquivos/documentos/extrajudicial/consolidacao-normativa-extrajudicial-atualizada-ate-prov08-2020.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

SILVA, Luiz Ricardo. **O protesto dos documentos de dívida.** Porto Alegre: Norton Livreiro, 2004, p. 117.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções fundamentais de direito registral e notarial.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184-185.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 1º. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, paginação irregular (versão em e-book).

TOCANTINS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 02, de 24 de janeiro de 2013**. Institui o Manual de Normas de Serviço Notarial e Registral do Estado do Tocantins. Disponível em: <<http://corregedoria.tjto.jus.br/images/arquivos/prov0213-instituimanualextrajudicial.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2021.

VIVANTE, Cesare. **Trattado di diritto commerciale**. 3. Ed., Milano: Ed. Francesco Vallardi, 2012, v. III.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 17ª Ed., São Paulo, Atlas, 2017, v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2019.

A REGRA DO PREJUÍZO NA CONFIGURAÇÃO DA NULIDADE NO PROCESSO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO.

THIAGO HENRIQUE REIS DE ARAÚJO COSTA:

Bacharel em Direito pela UniFacid Wyden

Resumo: A presente pesquisa trata do sistema de nulidades no processo penal, temática importante para a preservação das garantias processuais. Ainda é muito controverso quais os critérios configuradores das nulidades, ensejando discussão sobre a constitucionalidade da exigência da demonstração do prejuízo para o reconhecimento da nulidade. O método empregado é a revisão bibliográfica, acompanhado do estudo da legislação e da jurisprudência, com a análise dos elementos mais pertinentes ao tema proposto. O principal resultado da pesquisa é a crítica quanto a incompatibilidade da regra do prejuízo com o sistema acusatório. Desse modo, torna-se viável apontar alternativas para a readequação da atual teoria das nulidades ao que é determinado pela Constituição Federal.

Palavra-chave: Regra da demonstração do prejuízo. Nulidade processual. Processo Penal. *Ne Pas de Nullité Sans Grief*. Forma processual.

Abstract: This research deals with the nullity system in criminal proceedings, an important issue for the preservation of procedural guarantees. It is still very controversial what are the configuring criteria for nullities, giving rise to a discussion about the constitutionality of the requirement to demonstrate loss for the recognition of nullity. The method employed is the bibliographic review, accompanied by the study of legislation and jurisprudence, with the analysis of the most relevant elements to the proposed theme. The main result of the research is criticism regarding the incompatibility of the prejudice rule with the accusatory system. Thus, it becomes feasible to point out alternatives for readjusting the current theory of nullities to what is determined by the Federal Constitution.

Keywords: Loss statement rule. Procedural nullity. Criminal proceedings. *Ne Pas de Nullité Sans Grief*. Procedural form.

Sumário: *Introdução. 1. Análise normativa da regra da demonstração do prejuízo. 2. A origem totalitária e privatista da regra do prejuízo. 3. Crítica à nulidade relativa e a necessidade de demonstração do prejuízo encontrada no CPP brasileiro. 4. A demonstração do prejuízo na jurisprudência brasileira. 5. O sistema de nulidades adequado à Constituição da República. Conclusão. Referências.*

Introdução:

A presente pesquisa terá como tema o estudo da regra que exige a demonstração do prejuízo para o reconhecimento das nulidades no processo penal e sua adequação ao sistema acusatório. Discussão relevante em virtude do papel exercido pela regra do

prejuízo como critério definidor para a incidência ou não dos efeitos da teoria das nulidades.

Responsável por limitar o poder punitivo estatal, a forma processual é entendida como garantia do acusado — parte hipossuficiente no processo penal — o que faz do sistema de nulidades e, conseqüentemente, a análise crítica da exigência da demonstração do prejuízo, essencial para a averiguação do atendimento à finalidade de limitação do poder e garantia do réu num dado ordenamento jurídico.

A definição do que seja prejuízo suficiente para que reste configurada uma nulidade, ou mesmo, o que pode ser considerado prejuízo é objeto impreciso na jurisprudência, na legislação e na doutrina nacional. Ainda é preciso averiguar a compatibilidade do referido conceito com um processo penal humanitário de democrático, como instituído pela Constituição Federal de 1988.

O problema é objeto de estudo de doutrinadores como Ricardo Jacobsen Gloeckner e Aury Lopes Jr., que apontam inadequações com o sistema acusatório; e Jorge Coutinho Paschoal, que na sua pesquisa se debruçou sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no enfrentamento da questão do prejuízo.

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar criticamente a necessidade de demonstrar prejuízo para a incidência da nulidade no processo penal e sua compatibilidade com as garantias constitucionais inerentes ao sistema acusatório.

1 Análise normativa da regra da demonstração do prejuízo

O CPP brasileiro adotou o sistema de nulidades do *Ne Pas de Nullité Sans Grief* que exige para os vícios processuais à existência de prejuízo a fim de que seja declarada a nulidade. A regra do prejuízo está prevista no art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

Numa primeira leitura, pode-se concluir que a regra do prejuízo incide tanto nas nulidades relativas quanto nas nulidades absolutas já que o artigo supracitado não faz distinção. Porém, de acordo com a doutrina majoritária, a necessidade de demonstrá-lo é restrito apenas as nulidades relativas. No código de processo penal elas estão previstas no rol do art. 572, caput.

Essas nulidades se identificam pela possibilidade de saneamento. O mesmo dispositivo traz as três possibilidades de saneamento, elencadas nos seus incisos, I, II e III; são elas, respectivamente: A) Preclusão, se não forem arguidas, em tempo oportuno; B) Instrumentalidade das formas, se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

C) Ratificação, se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceitado os seus efeitos. (Brasil, 1941).

Apesar de indiscutível que o art. 563 estabeleça o princípio do *Ne Pas de Nullité Sans Grief* como requisito para o reconhecimento da nulidade e saber de quais vícios são exigidos, ainda não é suficientemente claro o modo como esse prejuízo deve ser demonstrado. Para isso, se faz necessário a leitura conjunta do art. 566, do CPP: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”.

Do exposto, percebe-se que, para o processo penal brasileiro, o prejuízo está ligado ao conceito de verdade real. Isso acontece por meio de uma relação em que o fim maior — a verdade substancial — justifica a inobservância do que é determinado pelo código processual. O papel exercido pela regra do prejuízo é o de estabelecer um critério que permita ignorar os vícios processuais, assim, o alcance da verdade real tem maior valor que a própria força normativa do código de processo penal.

Dessa forma, como expõe Zaclis (2015) “Em tese, um vício — por maior o seu desvio em relação ao modelo legal — que, sob a visão do juiz, não houver influído na verdade dos fatos poderá ser considerado como irrelevante.”.

Fora das hipóteses elencadas pelo rol do art. 572, caput — a maioria das hipóteses previstas no art. 564, III, do CPP; a nulidade prevista na CRFB/88 da ausência de fundamentação das decisões (artigo 93, IX) e incluída recentemente no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 2019 no inciso V, do art. 564; as demais nulidades previstas no código; as existentes na legislação extravagante e os vícios relacionados à prova — são nulidades de ordem absoluta. (PASCHOAL, 2017). Portanto, prescindem de demonstrar o prejuízo e são indiferentes ao alcance ou não da finalidade do ato, não se submetendo a nenhuma causa saneadora. (Brasil, 1941).

Passa-se, adiante, à análise dos demais artigos relacionados a regra do prejuízo. Primeiramente, no art. 565, CPP; está positivado o princípio do interesse: “Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”. O dispositivo impede que alguém possa se beneficiar, no processo penal, de sua própria torpeza. O intuito é evitar que a parte possa se valer de artimanhas processuais e alegá-las posteriormente a fim de ver o processo anulado. (GLOECKNER, 2017).

Tal princípio é decorrência direta da característica de interesse meramente privado das nulidades relativas, entendidas como vícios disponíveis pela parte interessada por inexistir uma preocupação pública em protegê-los, por isso entende a doutrina ser o

princípio aplicável somente a elas, não incidindo sobre os vícios de ordem absoluta. É a mesma lógica que rege a aplicação da regra do prejuízo.

Quanto ao art. 566, do código processual, além de trazer o conceito de verdade real, como já explicado acima, a doutrina tradicional o considera como a origem normativa do princípio da instrumentalidade das formas — o que explica a confusão doutrinária a respeito dos conceitos do prejuízo e da instrumentalidade das formas, inclusive, tratadas como sinônimos por muitos doutrinadores. (GLOECKNER, 2017). O citado princípio pode ser traduzido como uma espécie de segunda chance, onde, mesmo que o ato não tenha sido praticado na forma devida, caso haja alcançado sua finalidade, ele será aproveitado.

Para encerrar a análise normativa da Teoria das Nulidades no código processual brasileiro é preciso retomar ao art. 564, mais precisamente aos incisos I — da nulidade por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; e II — da nulidade por ilegitimidade de parte. Tais dispositivos estabelecem condições sob as quais todos os atos do processo penal devem se submeter, mesmo que não sejam vícios elencados no inciso III, do art. 564, do CPP; sequer precisam estar sujeitos ao regime das nulidades. Ou seja, caso não cumprida as condições dos citados incisos I e II, reconhece-se a nulidade de qualquer ato, independente da demonstração de prejuízo. (PASCHOAL, 2017).

Como observado por Paschoal (2017), da leitura do Título dedicado as nulidades no CPP, pode-se concluir que apenas vícios de forma — error in procedendo — são hipóteses passíveis de nulidade. Entretanto, a leitura deve ser mais ampla, alcançando vícios relacionados ao conteúdo da decisão — error in judicando —, como disciplinado em diversas hipóteses pelo código de processo penal.

O melhor exemplo se encontra na Constituição em seu art. 93, inciso IX, que exige a fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade. Dessa forma, as nulidades cuidam também da qualidade do conteúdo desses atos, o que está de acordo com um conceito de processo penal democrático, preocupado com o maior acerto de suas decisões.

Agora, a fim de completar a análise normativa da teoria das nulidades, é chegada a hora de estudar as raízes históricas da regra da demonstração do prejuízo.

2 A origem totalitária e privatista da regra do prejuízo

Neste capítulo a preocupação é desvelar que a incompatibilidade da exigência de demonstração do prejuízo com um processo penal racional e democrático remete desde sua origem histórica, qual seja, instrumento de política criminal antidemocrática e ferramenta própria da lógica do direito privado.

A partir da leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal, redigida por Francisco Campos, Ministro da Justiça durante o período do Estado Novo, é possível visualizar o papel da regra do prejuízo na ordem jurídica brasileira com maior clareza.

O legislador de 1941 ao redigir o código tinha como objetivo reduzir ao menor número possível as hipóteses de reconhecimento das nulidades, a forma processual era vista como um mal que atrapalhava a realização da justiça, a sua redução serviria para reduzir a “malandragem” utilizada para escapar da verdade no processo. Inclusive, a limitação das nulidades era colocada como uma forma de alcançar uma desejada restrição da aplicação do *in dubio pro reo*, *in verbis*:

“No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. (Brasil, 1941).”

É evidente a influência intelectual exercida pelo idealizador do ordenamento jurídico da Itália Fascista, o jurista Alfredo Rocco, inclusive citado na exposição de motivos: “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”.

É para cumprir com esse objetivo que foi instituída a regra do prejuízo no processo penal brasileiro, ou seja, com o fim de reduzir o reconhecimento das nulidades. É o que está expresso na própria exposição de motivos do Código de Processo Penal na parte referente as nulidades:

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais

é declarada insanável a nulidade. Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irreduzível subsistência da nulidade. (Brasil, 1941).”

O Código Rocco tinha como meta obter a máxima celeridade nos procedimentos, nos termos usados por seus legisladores, “desflorestar a selva de nulidades” ao eliminar todas as “superfluidades”, leia-se aqui as formas processuais. O código fascista chegou até a abolir a diferença entre nulidades absolutas e relativas, onde todas eram passíveis de serem sanadas por expressa previsão legal trazida em seu art. 184. Apesar do nosso CPP não trazer esse mesmo dispositivo normativo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem aceitado a possibilidade de sanatória até das nulidades absolutas, como será apresentado posteriormente. (GLOECKNER, 2017).

No entanto, mesmo que não tenha extinguido expressamente as nulidades absolutas, entendemos que a regra do prejuízo (art. 563, do CPP) e a verdade real (art. 566, do CPP), cumprem fielmente com a tarefa de dificultar e minimizar a declaração dos vícios processuais, como idealizado pelos legisladores do Código Rocco. (ZACLIS, 2015).

As semelhanças do nosso código processual de 1941 com o código Ítalo-Fascista de 1930 não param por aí. Avesso as nulidades absolutas e, via de consequência, mais propenso a tratar os vícios como nulidades relativas, visto a dificuldade em seu reconhecimento, o princípio do interesse (art. 565, do CPP brasileiro) encontra semelhante no art. 187 do Código de Processo Penal italiano de 1930, na parte final: “o Ministério Público e as outras partes não podem arguir as nulidades as quais deram ou concorreram para lhe dar causa ou relativas a disposições cuja observância não tem interesse”. (GLOECKNER, 2017).

Igualmente, o princípio da instrumentalidade das formas (art. 566, do CPP brasileiro) encontra no mesmo art. 187 do citado código fascista sua inspiração: “a nulidade de um ato é sanada se não obstante a irregularidade o ato atingiu o seu escopo em relação a todos os interessados. A nulidade também é sanada se o interessado tacitamente aceitou os efeitos do ato”. (GLOECKNER, 2017).

A exposição de motivos de autoria de Francisco Campos revela o escopo dos princípios em comento.

“Sempre que o juiz deparar com uma causa de nulidade, deve prover imediatamente à sua eliminação, renovando ou retificando o ato irregular, se possível; mas, ainda que o não faça, a nulidade considera-se sanada: a) pelo silêncio das partes; b) pela efetiva consecução do escopo visado pelo ato não obstante sua irregularidade; c) pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular. Se a parte interessada não argui a irregularidade ou com

esta implicitamente se conforma, aceitando-lhe os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argui-la. Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma. É igualmente firmado o princípio de que não pode arguir a nulidade quem lhe tenha dado causa ou não tenha interesse na sua declaração. Não se compreende que alguém provoque a irregularidade e seja admitido em seguida, a especular com ela; nem tampouco que, no silêncio da parte prejudicada, se permita à outra parte investir-se no direito de pleitear a nulidade. (Brasil, 1941)."

Apesar de parcela da doutrina, a exemplo do Paschoal (2017), entender que o Código de Processo Penal brasileiro criou um modelo de nulidades que potencializou a força normativa do reconhecimento das nulidades, e que as raízes históricas do instituto não são definitivas para estabelecer o seu caráter antidemocrático, colocando o comportamento da jurisprudência como maior responsável para esses fins, o presente estudo se posiciona no sentido contrário.

Para corroborar esse entendimento se faz imprescindível trazer à baila comentários do próprio Alfredo Rocco no qual reconhece a discricionariedade como inerente ao prejuízo e, por isso mesmo, importante artifício para se alcançar os objetivos de um Estado totalitário: "é, porém, de se observar que este dever de se fundar sempre e necessariamente em uma valoração discricionária, a qual é a de estabelecer se ocorre ou não o indicado prejuízo." (GLOECKNER, 2017).

Com dispositivos normativos semelhantes e com Alfredo Rocco como referência intelectual, o viés fascista da regra do prejuízo ultrapassa o debate meramente histórico visto seus efeitos inquisitórios perdurarem ainda hoje, manifestados na arbitrariedade do instituto.

E tal característica não é mera coincidência, a dependência do prejuízo e dano para se decretar a nulidade de um ato processual foi introduzida na Itália pela corrente adepta do pensamento criminológico alicerçado na escola da defesa social, que concebia a finalidade do processo penal como meio para o tratamento de degenerados, patológicos, anormais e perigosos. Por isso, recorreram a uma alternativa com o claro intuito de evitar o reconhecimento das nulidades e maximizar a punição dos, então considerados à época, inimigos sociais. (GLOECKNER, 2017).

Outro fato histórico elucidativo sobre a problemática adequação da regra do prejuízo no processo penal é a sua origem proveniente do direito privado, mais

especificamente nas Ordenanças Civis de 1667 posteriormente incorporada pelo Código Processual Napoleônico. A diferença da lógica do direito civil e seus bens tutelados e a lógica que rege o processo penal e a tutela da liberdade faz dos respectivos processos inconciliáveis o que, via de consequência, impossibilita a adoção de uma teoria unitária das nulidades. (GLOECKNER, 2017).

O adágio do *“Ne Pas de Nulité Sans Grief”* foi concebido dentro do período napoleônico na perspectiva da natureza do processo como quase contrato, onde a nulidade era vista como um mal devido ao seu caráter antieconômico e sem a menor importância caso não levantada pelo próprio interessado ou provado seu real prejuízo, o objetivo era não atrapalhar a consecução dos interesses em jogo na lide.

Perante o sistema acusatório que tem a presunção de inocência como princípio e a necessidade de realização do processo para que se aplique a pena legitimamente, a distribuição da carga probatória para o réu para demonstrar o prejuízo e a consequente transformação do processo penal em acessório do direito material é inadequado. (GLOECKNER, 2017).

Conforme as lições de Lopes Jr. (2020), o prejuízo — equivocadamente transferido do direito civil para o âmbito penal — importa na relativização das nulidades e consequentemente permite o atropelo das garantias fundamentais.

“O primeiro problema surge, novamente, na equivocada transmissão de categorias do processo civil para o processo penal. O fenômeno da relativização das nulidades (absolutas) do processo civil está sendo utilizado (e manipulado) para, no processo penal, negar-se eficácia ao sistema constitucional de garantias. Ainda que não concordemos com a classificação dos atos defeituosos em nulidades absolutas e relativas, importa destacar que a relativização implica negação de eficácia aos princípios constitucionais do processo penal. A título de ausência de prejuízo ou atingimento do fim, os tribunais brasileiros, diariamente, atropelam direitos e garantias fundamentais com uma postura utilitarista e que esconde, no fundo, uma manipulação discursiva. (LOPES JR., 2020, p. 1476).”

A fim de ilustrar os malefícios dessa confusão cita-se o que ocorre com a incompetência territorial. O art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que a incompetência do juiz gerará nulidade, sem distinção entre ser territorial ou não, ou seja, qualquer que seja o tipo de incompetência será ela absoluta. Inclusive, o art. 109 do mesmo código corrobora com essa interpretação ao dispor que ao juiz que reconhecer motivo que o torne incompetente deverá declará-lo de ofício, independente de arguição da parte interessada. (ZACLIS, 2015).

Porém, a jurisprudência do STJ seguida pela maioria dos tribunais brasileiros entende que a incompetência territorial é uma nulidade de ordem relativa, o que exige a demonstração de prejuízo para sua declaração. Tal posicionamento só se explica pela insistência em uma teoria unitária das nulidades que recorre ao tratamento conferido pelo processo civil no tratamento da competência territorial.

É evidente que a relativização da competência territorial fere o direito ao juiz natural, garantia constitucional permeada de interesse público. Como explanado por Zaclis (2015), não é garantido ao jurisdicionado o juiz pré-fixado em lei, mesmo assim compete a ele a demonstração do prejuízo causado pelo próprio Poder Judiciário. Os questionamentos levantados pelo autor revelam que com a relativização tornou-se basicamente impraticável o reconhecimento da incompetência territorial no processo penal, *in verbis*:

“Contudo, há de se fazer, uma vez mais, a pergunta óbvia: como demonstrar o efetivo prejuízo de ser julgado por juiz cuja competência não encontre amparo na legislação? Se o mero fato de se apontar a incompetência territorial do juiz constitui evidência insuficiente para caracterização do prejuízo, o que, então, poderia ser objeto de prova para comprová-lo?”

Caberia, por exemplo, ao acusado ou ao Ministério Público lançar mão de argumentos aptos a demonstrar que o magistrado incompetente, que proferiu uma determinada decisão, era tecnicamente menos capaz de analisar o fato quando comparado ao juiz natural? Ou, ainda, seria razoável exigir do acusado uma prova de que o juiz voluntariamente decidiu pela manutenção do processo em sua comarca apenas para prejudicar a defesa? Alegar que a prorrogação da competência alterou a verdade real ou o julgamento final do feito seria suficiente para se aperfeiçoar o prejuízo, ou seria imprescindível demonstrar (provar essa lesão concreta da parte? Mas de que maneira comprovar tais prejuízos? (ZACLIS, 2015, p. 130).”

Essas importações de institutos do processo civil para o processo penal é fruto da teoria geral do processo. Para melhor ilustrar o fenômeno, cita-se lição de Lopes Jr. (2019):

“Era uma vez três irmãs, que tinham em comum, pelo menos, um dos progenitores: chamavam-se a Ciência do Direito Penal, a Ciência do Processo Penal e a Ciência do Processo Civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as demais, que eram belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante muito tempo, dividiu com a primeira o mesmo

quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções. Assim começa Carnelutti, que com sua genialidade escreveu em 1946 um breve, mas brilhante, artigo (infelizmente pouco lido no Brasil), intitulado "Cenerentola" (a Cinderela, da conhecida fábula infantil). O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. Durante muito tempo, foi visto como um mero apêndice do direito penal. Evolui um pouco rumo à autonomia, é verdade, mas continua sendo preterido. Basta ver que não se tem notícia, na história acadêmica, de que o processo penal tivesse sido ministrado ao longo de dois anos, como costumeiramente o é o direito penal. Se compararmos com o processo civil então, a distância é ainda maior. (LOPES JR., 2019, p. 63)."

A necessária recusa à teoria geral do processo advém de uma diferença insuperável quanto a tutela de bens. Enquanto o processo civil trata do ter um bem o processo penal cuida da liberdade — geralmente o processo daqueles que não tem bens, do excluído materialmente. Outra diferença que faz coro ao rechaço da teoria geral é encontrada na autoexecutoriedade do direito civil, plenamente capaz de se realizar sem o processo civil, necessário apenas quando há uma lide. O mesmo não ocorre com o direito penal, que não tem eficácia imediata, pois, para aplicar a pena precisa necessariamente do processo penal, unidos que estão pelo princípio da necessidade ou chamado de *nulla poena sine iudicio*. (LOPES JR., 2019).

Estudada a Teoria das Nulidades em suas raízes históricas, é chegada a hora de apresentar as críticas doutrinárias e legais à regra do prejuízo e dos institutos normativos relacionados a partir de uma concepção que seja adequada à Constituição Federal e a preservação dos direitos fundamentais.

3 Crítica à nulidade relativa e a necessidade de demonstração do prejuízo encontrada no CPP brasileiro

No presente capítulo se passará a discussão a respeito da adequação do *Ne Pas de Nullité Sans Grief* às determinações de uma Constituição que adotou o sistema processual penal acusatório, modelo mais democrático por ter maior preocupação quanto aos direitos humanos e as garantias processuais. Em decorrência disso, o conceito de instrumentalidade constitucional do processo penal será o ponto de partida.

Antes, para evitar confusão conceitual, é preciso diferenciar o que seja princípio da instrumentalidade das formas do significado de instrumentalidade constitucional do processo penal, ambos relevantes para o objeto em estudo.

Primeiramente, em relação ao princípio da instrumentalidade das formas, tem como objetivo tornar o processo penal mais célere e eficiente do ponto de vista da execução da pena. Para isso, recorre a maximização das possibilidades de saneamento dos atos processuais viciados. É o que se denomina de ilegalismo congênito, que é a aceitação de ilegalidades processuais tomando-os em seus efeitos como se estivessem de acordo com a forma processual adequada. (GLOECKNER, 2017).

Com Gloeckner (2017), é possível vislumbrar mais que um princípio processual, na verdade, trata-se de um modelo político capaz de estabelecer critérios, métodos, narrativas e interpretações que interferem na configuração das nulidades. Como já ilustrado, o sentido da instrumentalidade das formas é o de permitir ilegalidades processuais em prol de uma maior celeridade e eficiência na execução da pena. Um desses instrumentos é a exigência da demonstração de prejuízo que impede o reconhecimento das nulidades, mesmo quando existentes.

Ainda nas lições de Gloeckner (2017), o nome mais apropriado para expressar a verdadeira essência do princípio da Instrumentalidade das formas é “princípio da tolerância das ilegalidades”, visto ser uma rota de fuga da declaração das nulidades, à serviço de ideais antipáticos a preservação dos direitos fundamentais.

Esse é o fenômeno da funcionalização do direito penal, em que abstrações como segurança pública, combate à criminalidade e impunidade são colocadas como objetivos prioritários em detrimento da forma processual. (GLOECKNER, 2017).

Completamente distinto é o conceito de instrumentalidade constitucional do processo penal. Pela leitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), percebe-se que ela constitui um processo penal que limita o poder punitivo estatal por meio de suas garantias processuais positivadas ao longo de toda a carta. Especialmente suas determinações no sentido garantir a ampla defesa e o contraditório, a individualização da pena, legalidade, o devido processo penal, o juiz natural, a presunção de inocência, a motivação das decisões, enfim, um processo penal humanitário e racional que minimiza o arbítrio judicial.

É aí que se encontra a justificativa para que a leitura que se faça do Código de Processo Penal seja compatível com a Constituição Federal, visto ser a carta política do Estado. E essa democratização do processo penal se dá por meio da instrumentalidade constitucional do processo penal, que significa dizer que as determinações encontradas na constituição devem dirigir e delimitar a ação punitiva do Estado, e as demais disposições legais no que lhe sejam contrárias — inclusive o CPP — devem ser desconsideradas em sua validade. (LOPES JR., 2019).

Ou seja, a instrumentalidade constitucional do processo penal nada mais é do que dizer que, nas palavras de Lopes Jr. (2019), "O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não o contrário".

Entendido que a CRFB/88 constitui um processo penal garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos e que o sistema de nulidades é um grande responsável pela sua efetivação e proteção, passa-se agora aos apontamentos críticos que a pesquisa julga necessários para a adequação da teoria das nulidades à instrumentalidade constitucional do processo penal.

A inadequação para a construção de um processo penal democrático remete desde a divisão entre nulidades relativas e nulidades absolutas. Atribuir as nulidades de ordem relativa a mera proteção de interesses privados é reducionista, no processo penal todo interesse é de ordem pública, visto ter como pano de fundo a tutela da liberdade dos indivíduos, direito fundamental protegido por cláusula pétreia. (LOPES JR., 2019).

Contudo, a atual teoria das nulidades nomeia a punição dos culpados como interesse público e o interesse do acusado em se defender de interesse privado. (GLOECKNER, 2017). Erra ao negar o interesse da sociedade na absolvição dos inocentes, que só pode acontecer por meio do devido processo legal. Nas lições de Lopes Jr. (2020, p. 1480), "A proteção do réu é pública, porque públicos são os direitos e as garantias constitucionais que o tutelam."

É preciso realocar a discussão do que seja interesse público no processo penal. Na verdade, qualquer que seja a perspectiva, é de interesse da sociedade a preservação das garantias individuais prescritas pela CRFB/88. Seja do ponto de vista constitucional, já que a promulgação da carta política significa a chancela do povo brasileiro, o que permite depreender daí o interesse público de vê-la cumprida e respeitada integralmente. Ou do ponto de vista pragmático, do indivíduo — quando no papel de acusado, deseja o respeito as formas para o exercício do direito de defesa —, ou do próprio Estado — que quer garantir a ordem jurídica. (ZACLIS, 2015).

Conseqüentemente, o impedimento de que as nulidades relativas sejam declaradas de ofício, que deriva diretamente da equivocada concepção de que no processo penal há tutelas meramente privadas, também é inadequado. O juiz no processo penal tem o dever de garantir a lisura e a eficácia das garantias constitucionais, cabendo-lhe, desde logo, ao tomar conhecimento, determinar a retirada e o refazimento do ato processual defeituoso a fim de evitar o prolongamento dos danos causados por parte do vício encontrado. (LOPES JR., 2020).

Porém, o principal artifício para evitar o reconhecimento das nulidades é a regra da demonstração do prejuízo, objeto do presente estudo. Ela traz ao processo penal

brasileiro característica própria do sistema inquisitorial, o amorfismo processual ou ilegalidade congênita — que significa dizer que há uma flexibilidade conveniente ao interesse punitivista, que varia entre a completa ausência de respeito à forma e o extremo apego ao formalismo. (GLOECKNER, 2010).

Positivada de forma vaga e abstrata no artigo 563, a regra do prejuízo permite a manipulação do processo penal pelo inquisidor para afastar os efeitos do sistema de nulidades sob a alegação de inexistir prejuízo para a parte interessada. Para superar essa barreira é preciso que a arguição do prejuízo comprove a relação entre o dano e a ruptura da forma do ato — que pode ser entendido como princípio da lesividade, contudo, diferentemente do que ocorre no direito material que protege o direito de liberdade, no direito processual serve como catalizador da expansão da ilegalidade. (GLOECKNER, 2017).

E, mais ainda, demonstre a vantagem processual que advirá com a declaração da nulidade para quem a invoca — ou seja, cria carga probatória ao prejudicado, o que fere a presunção de inocência, já que tira a responsabilidade pelo zelo das regras do jogo das mãos do magistrado. (LOPES JR., 2019).

Entretanto, tal exigência resulta em verdadeiro paradoxo, como apontado por Gloeckner (2017), “como é possível provar a vantagem de um ato ainda não praticado? Como é possível a avaliação de um ato processual virtual?”. Tanto a doutrina quanto o código são silentes quanto a esses questionamentos.

Ao mesmo tempo, a arbitrariedade de quando se dá o prejuízo permite que o inquisidor recorra a um formalismo exacerbado com o único objetivo de fazer o processo retroagir a um estado anterior para renovar a produção probatória, a fim possibilitar uma nova chance para a acusação. (GLOECKNER, 2017).

É o que ocorre no Brasil no tribunal do júri, onde a nulidade é usada para ferir garantias processuais do acusado, num verdadeiro abuso de apelações interpostas pelo Ministério Público para ver anulado o julgamento. Aqui o órgão acusador se vale da verificação de uma nulidade na fase de instrução para que o ato seja refeito no intuito de ter uma segunda chance para colher informação que antes o fez de modo incompleto. (GLOECKNER, 2017). Uma espécie de máquina do tempo que serve para aprimorar a acusação.

Ou seja, quando conveniente ao interesse punitivista os argumentos variam entre o repúdio à um suposto formalismo exacerbado e um apego rigoroso e oportunista a formalidades processuais.

Como se pode notar, o sistema inquisitório é um fenômeno mais complexo do que o clichê dado pela doutrina clássica, ainda presa na mera separação de funções. Ao longo

da história o sistema acusatório foi identificado como aquele em que as funções de julgar, acusar e defender se encontram em figuras distintas, já que imprescindível para a imparcialidade do julgador. Enquanto para o sistema inquisitório são apontados ordenamentos jurídicos nos quais as funções de julgar e acusar se encontram na figura do juiz inquisidor.

Porém, na doutrina de Lopes Jr. (2019), somente a divisão estática das funções é insuficiente como critério diferenciador. Para o citado autor, é a gestão da prova o verdadeiro divisor de águas entre os dois sistemas. Dessa forma, no sistema acusatório a gestão da prova cabe estritamente as partes, com o magistrado alheio garante-se o seu necessário distanciamento das partes para o fim de alcançar a imparcialidade e o efetivo contraditório.

A presente pesquisa concorda com a lição do autor e toma a liberdade para ir além, ao colocar o respeito a forma processual ao lado da gestão da prova como elementos configuradores do sistema acusatório. Assim, para um processo penal verdadeiramente acusatório — consciente da falibilidade e dos riscos inerentes ao julgamento humano —, é essencial que exista uma teoria das nulidades forte para expurgar os ilegalismos, e isso só pode se dar com o reconhecimento das nulidades desimpedido de standards probatórios arbitrários criados com mero intuito inquisitorial.

Dito isso, resta claro que na ordem jurídica brasileira há o embate entre dois sistemas que imperam concomitantemente, o sistema acusatório positivado na Constituição Federal — que garante o efetivo contraditório, a imparcialidade do julgador, a democracia processual por meio da preservação da forma —, e o sistema inquisitório positivado no Código de Processo Penal — voltado ao combate do mal por meio da execução acelerada da pena a todo custo, recorrendo a institutos que dificultam o reconhecimento das nulidades, tais como a regra da demonstração do prejuízo, verdade real e a instrumentalidade das formas.

Mas afinal, o que é a exigência de demonstração do prejuízo? Seria um princípio, uma regra ou ambos? Seu conceito se confunde com o da instrumentalidade das formas ou são distintos?

Quanto ao primeiro questionamento, numa análise mais aprofundada, a partir das discussões acima apresentadas, é patente que se trata de uma ferramenta de uma política criminal inquisitorial, que busca punir em maior quantidade e velocidade sem se preocupar com possíveis erros judiciários.

Em relação ao segundo questionamento concorda-se com posicionamento de Zaclis (2015) que, a partir da leitura de Dworkin (2014), afirma ser a demonstração do

prejuízo uma regra, como consta no artigo 563, do CPP; por isso se aplica nos moldes do tudo ou nada, diferente dos princípios que se aplicam na medida do possível.

Inclusive, concorda-se com o citado autor quando em suas críticas alerta para o perigo de se tomar a demonstração do prejuízo como princípio, pois daria ao poder judiciário margem para fazer interpretações arbitrárias. Não se trata de mero apego conceitual, pois faz diferença devido a ampliação da incidência do instituto.

Contudo, discorda-se do autor quanto ao terceiro questionamento, quando diferencia a demonstração do prejuízo por ser uma regra e a instrumentalidade das formas por ser um mando de otimização. Afinal, como colocado pelo próprio autor, o prejuízo para que se veja declarada a nulidade existe quando a finalidade destinada pela lei para o ato processual praticado não for alcançada. (ZACLIS, 2015).

A mera distinção de regra e princípio não é suficiente, o que inclusive muda a resposta do segundo questionamento, pois, na prática, a demonstração do prejuízo é sim um princípio norteador que orienta a atuação estatal para uma política criminal inquisitória, na forma da instrumentalidade das formas. Negar o atual estado de coisas em que se encontra o sistema de nulidades do CPP só favorece a permanência de institutos inapropriados para a construção de um processo penal acusatório. Como ensina Gloeckner (2017), com as nulidades relativas é possível manter um sistema inquisitorial no seio do processo penal democrático.

A doutrina adepta da relativização das nulidades, quando confrontada com o interesse público inerente ao processo penal, recorre a algumas alternativas para salvar a classificação. Parte da doutrina justifica a divisão entre vícios que causam ou não ferimento à norma constitucional. Contudo, no processo penal, todas as normas estão interligadas de uma maneira ou outra à uma garantia constitucional, de modo que tentar distinguir direitos fundamentais que geram nulidades absolutas e relativas é inapropriado, vide inexistir hierarquia entre eles. (PASCHOAL, 2017).

Dessa forma, requerer lesão a princípios de ordem constitucional para se declarar a nulidade reduz as possibilidades de sua declaração e eleva o grau de discricionariedade, já que alguns atos processuais delineados por normas infraconstitucionais não permitem a demonstração imediata de dano à Constituição, mas, mesmo assim, devem ser invalidados. Paradoxalmente, a teoria da nulidade como tipo constitucional é ferramenta que enfraquece e viola direitos fundamentais, pois eleva a definição de prejuízo a um conceito mais restrito e mais raro de ocorrer, o que permite maior tolerância com vícios processuais. (GLOECKNER, 2017).

A divisão ainda se mantém ilógica quando invocado a presunção ou não do prejuízo, afinal, se foi previsto pelo legislador é porque presume-se que o vício frustra

alguma finalidade relevante, pressupondo que a lei não foi instituída à toa. Ou seja, o desrespeito à forma estabelecida pelo legislador só pode implicar na existência de prejuízo, pois, do contrário, não haveria necessidade para sua legislação. (PASCHOAL, 2017).

Consequentemente, entender que, diferente das nulidades de ordem absoluta, nas nulidades de ordem relativa o prejuízo não se presume, exigindo-se sua demonstração, não é um critério diferenciador sustentável.

Assim, seja a justificativa do interesse público, do ferimento à constituição ou do prejuízo efetivo, na verdade, não há um critério material apto a diferenciar uma nulidade da outra — o que, diga-se, a nomenclatura sequer está na lei, que fala apenas de vícios sanáveis e insanáveis, onde infere a doutrina tratar-se de relativa e absoluta respectivamente —, a divisão entre vícios de ordem absoluta e relativa é tecnicamente errada. (PASCHOAL, 2017).

Como se não bastasse a arbitrariedade inerente de como se dá a demonstração do prejuízo deixados pelo legislador, o CPP ainda atrelou essa resposta a um dispositivo inquisitório e autoritário, qual seja, a verdade real positivada no artigo 566.

O papel da verdade real no Processo Penal brasileiro vai além de apenas modular o que seja o prejuízo como o defeito no ato processual que interfere na sua busca. Cumpre a busca pela verdade substancial a tarefa de ser a razão ideológica para a deformação do processo penal. É para ela que as formas processuais são cada vez mais relativizadas, movimento que resulta na exigência da demonstração do prejuízo até mesmo de vícios de ordem absoluta, tendência observada na jurisprudência como será discutido mais adiante.

Como ensina Gloeckner (2017), “O prejuízo está visceralmente ligado a uma concepção de processo penal que considera a forma um obstáculo à verdade material.”. Ideia incompatível com a própria natureza das nulidades processuais, visto que procuram delimitar a atuação punitiva do Estado, enquanto a verdade real procura a resposta em detrimento de qualquer limite ou regra imposta, o que satisfaz o ímpeto autoritário e avesso a ampla defesa e ao contraditório do sistema inquisitorial construído para a punição a qualquer custo.

Em sua doutrina, Lopes Jr. (2020), demonstra preocupação quanto à aplicação da verdade real para distinguir nulidade relativa ou absoluta, pois o conceito é facilmente manipulável retoricamente — muitas vezes há uma fusão com a instrumentalidade das formas, em que a verdade substancial passa a ser o fim do processo penal, na mesma lógica de que os fins justificam os meios —, além de carregar forte influxo ideológico permeado de conflitos políticos, no qual, geralmente, é usado por magistrados para se colocarem como guardiões da moral e dos bons costumes.

O resultado da busca pela verdade real, condenações com alta probabilidade de injustiças, vide o desrespeito à forma e as garantias processuais, se materializa por meio da exigência do prejuízo que impede a declaração de nulidade de vícios existentes no processo no intuito que o processo prossiga e haja a condenação.

Por todo o exposto, discorda-se de exposições como a de Zaclis (2015), quando diz que o problema não se encontra na exigência do prejuízo, mas, sim, nos seus critérios configuradores. Em verdade, independentemente das balizas que se adotem para a sua definição, permanece arbitrária e propensa ao ilegalismo congênito.

Como pôde ser observado, apesar de mudarem de nomenclatura a estrutura se mostra semelhante, seja para alcançar a finalidade do ato com a instrumentalidade das formas; ou para buscar a verdade real; a necessidade de demonstração do prejuízo continua arbitrária.

De nada adiantará desvincular o prejuízo das categorias da instrumentalidade das formas e da verdade real, pois, no fim, os três conceitos são manifestações de uma mesma ferramenta que tem como objetivo expurgar a declaração das nulidades em prol do aumento do poder punitivo do Estado.

Cumprir explicar que rechaçar a ideia da verdade real não significa dizer que o processo penal prescindir da sua busca. O que se está a dizer é que é impossível alcançar uma verdade dita absoluta, livre de qualquer risco de erros, o que em tese justificaria a quebra de todos os limites para concretizá-la. (PASCHOAL, 2017).

Contudo, é possível alcançar uma verdade processual, dito de outra forma, uma verdade construída a partir da consciência dos limites inerentes a cognoscibilidade humana, passível de falhas e preconceitos.

É então que se revela a importância da forma processual para a garantia da verdade, pois atua justamente para evitar que a cognição do julgador seja afetada por seus preconceitos e pela sua subjetividade e contamine o julgamento. (PASCHOAL, 2017).

Tanto o modelo inquisitório como o acusatório buscam a verdade, a diferença reside no como se busca. Aquele tem uma confiança extremada na bondade do poder, o que justificaria o vale tudo na sua busca — como exemplo, ignorar vícios processuais com a alegação de não terem causado prejuízo para evitar o reconhecimento da nulidade. Enquanto o sistema acusatório parte de uma grande desconfiança quanto a essa suposta bondade e infalibilidade. (PASCHOAL, 2017).

E é justamente neste ponto que reside o papel desempenhado pelas formas processuais, já que a sua observação é o principal instrumento para minimizar as chances de erro e melhorar as chances de encontrar uma decisão correta, por isso, é que o

reconhecimento das nulidades representa uma garantia epistemológica na busca da verdade, conforme a lição de Paschoal (2017):

“O pronunciamento da nulidade, ao servir como mecanismo de observância dos direitos e garantias fundamentais (obrigando ao refazimento do ato omitido ou praticado com algum defeito), também constitui garantia para atingimento da verdade, na medida em que corrige os desvios de rumo do procedimento, os quais podem prejudicar alguma das partes, comprometendo a solução justa da demanda, ao impedir que este ou aquele sujeito do processo não tenha oportunidade de oferecer reação e convencer o juiz de sua versão. (PASCHOAL, 2017, p. 108).”

Faz-se evidente que a regra da demonstração do prejuízo é inapropriada frente a busca da verdade processual por permitir a contaminação do julgador em virtude da fragilização da forma processual.

E quanto ao prejuízo no seu aspecto de uma projeção da instrumentalidade das formas não é diferente, por serem várias e mutáveis ao longo do tempo as finalidades existentes para cada ato processual, é impossível instituir uma fórmula geral que possa deduzi-las para então se chegar ao pretense prejuízo causado de modo racional, como pretendido pelo código processual penal no art. 572, em seu inciso II. (PASCHOAL, 2017).

Estudada a crítica da regra da demonstração do prejuízo em seus aspectos legais e doutrinários, é chegada a hora de passar a discutir o comportamento da cultura jurídica.

4 A demonstração do prejuízo na jurisprudência brasileira

A jurisprudência majoritária dos tribunais brasileiros referente a regra do prejuízo se mostra um catalizador arbitrário. Na prática jurídica brasileira não é exagero falar em abolição das nulidades absolutas, vide exigirem a comprovação de prejuízo pela parte interessada no seu reconhecimento também.

Ou seja, na realidade, a situação é ainda mais crítica do que a visualizada na teoria das nulidades, pois não há nulidade a salvo da regra do prejuízo, que segue com seus critérios configuradores indefinidos pelo Poder Judiciário.

Com a ampla pesquisa realizada por Paschoal (2017) é possível demonstrar o fenômeno da relativização das nulidades, citar as contradições em diversos julgamentos da matéria pelas cortes superiores e apontar para o grau de discricionariedade do conceito de prejuízo.

A começar pelo julgamento do STJ pela 6ª Turma no HC 99.390/SP, de relatoria da Ministra Thereza de Assis Moura, julgado em 01/09/2009, em que se discutia a respeito da inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/2002, reconhecida no próprio voto da relatora como causa de nulidade absoluta: “Trata-se de nulidade absoluta, cujo reconhecimento independe de demonstração de prejuízo, já que não há como comprovar que efeito teria a defesa apresentada para o recebimento da denúncia ou para o processo em si.”.

Porém, apesar de admitir a existência de constrangimento ilegal no caso, não reconheceu a nulidade em razão de preclusão, conforme o trecho a seguir:

“A hipótese ora sob análise se me afigura um desses casos em que, apesar de se estar diante de uma inobservância do procedimento legalmente previsto, não se evidencia qual seja o prejuízo ao paciente, que apenas suscitou referida nulidade mais de um ano após a prolação da sentença, já em sede de habeas corpus, e que nenhuma referência fez ao apontado vício nas razões de apelação, na qual questionou apenas o mérito da ação penal. Como a defesa, durante toda a ação penal, não suscitou qualquer nulidade, tampouco apontou providência que supostamente teria deixado de ocorrer e que poderia ter obstado o recebimento da denúncia, anular todo o processo, sob a alegação genérica de desrespeito ao texto legal, configuraria formalismo exacerbado, implicando conferir extrema relevância à forma em detrimento do que substancialmente foi colhido na marcha processual. (STJ, HC 99.390/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6º T., j. 01º.09.2009).”

Como se pode observar, além da preclusão aplicada em nulidade de ordem absoluta — o que contraria entendimento da doutrina tradicional —, também fundamentou a decisão no art. 566, do CPP, quando faz referência aos resultados obtidos com o ato processual.

Aqui o prejuízo encontra-se disfarçado como verdade real e finalidade do ato atingida, há então uma inversão na lógica do devido processo legal, já que, dada a obtenção do que foi “substancialmente colhido na marcha processual”, chega-se à conclusão de que não valeria a pena anular o procedimento. (PASCHOAL, 2017).

Acontece que, apenas 8 dias antes, mais precisamente no dia 24/08/2009, a mesma 6ª Turma do STJ decidiu que a inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 é causa de nulidade absoluta, por isso mesmo, não passível de preclusão, como firmado no julgamento do HC 125.161/SP, de relatoria do Ministro Nilson Naves, *in verbis*.

“É certo que já existe sentença condenatória com trânsito em julgado. Entretanto a nulidade em comento, repito, é de ordem absoluta, a saber, não preclui – não é, pois, sanável. Sendo absoluta, a nulidade é conhecível em qualquer tempo, e se impõe à autoridade de jurisdição prevalente que a declare. (STJ, HC 125.161/SP, Ministro Relator Nilson Naves, 6º T., j. 24.08.2009).”

O contraste entre os dois julgados acima em um curto espaço de tempo, em uma mesma Tuma da Corte Superior, sem nenhuma justificativa para tal, visto os vícios serem o mesmo em ambos os casos, revela a arbitrariedade no reconhecimento das nulidades por parte do Poder Judiciário e que a sorte dos jurisdicionados está entregue a razões outras que não as próprias do direito. Assim, a depender do Juiz, Tribunal, Turma ou Relator do caso, tem-se uma teoria das nulidades diferente.

Como observado no primeiro julgado colacionado, a condenação, em si, não é um prejuízo. Faz-se oportuno o questionamento, afinal, o que é mais grave que uma condenação criminal a ponto de poder ser considerado prejuízo suficiente? (PASCHOAL, 2017).

Entendimento repetido em diversos julgamentos, a exemplo do STF em sede do RHC 106.728/DF, no qual a Ministra Relatora Ellen Gracie, ao tratar de vício relacionado a fixação de competência por prevenção em caso do procedimento do júri, onde houve a distribuição da apelação para Câmara de Direito Criminal não preventa, considerou que o Réu não comprovou a existência do prejuízo. (PASCHOAL, 2017).

Acontece que o julgamento da apelação pela Câmara de Direito Criminal não preventa anulou a decisão dos jurados por considerá-la manifestamente contrária a prova dos autos. Consequentemente, remetido a um segundo julgamento no Tribunal do Júri em virtude da anulação, o Réu foi condenado pelo conselho de sentença. A fundamentação do voto da relatora passa por classificar o vício como nulidade relativa, o que exige a demonstração do prejuízo para ser reconhecida. (PASCHOAL, 2017).

Chama a atenção o que poderia ser considerado prejuízo suficiente para o reconhecimento do vício objeto do julgamento. Em verdade, a conclusão que se apresenta é a de que quando é classificada como nulidade relativa pelo Poder Judiciário significa dizer que a nulidade é inexistente, visto nem mesmo a mais severa consequência possível no âmbito penal ser suficiente para satisfazer o critério do prejuízo.

Cite-se, ainda, que é recorrente o uso da sentença condenatória para afastar o prejuízo, o que fere a presunção de inocência e inverte a lógica inerente ao processo penal, já que vícios processuais representam risco de incorreção da decisão, visto serem as formas processuais uma tentativa de estabelecer métodos racionais para obtenção dos resultados.

Desse modo, afastar o reconhecimento do vício processual por existir sentença condenatória é um argumento contraditório. (PASCHOAL, 2017).

Isto apenas desvela a falta de sistematização jurisprudencial da regra do prejuízo que, conforme lição de Paschoal (2017):

“Temos a seguinte conjuntura: se ontem o tribunal reconhecia a nulidade em determinada situação, hoje passa a adotar entendimento diverso, nada impedindo que, amanhã, a posição que até ontem fora desposada venha a ser novamente aplicada, passando-se a julgar diferente. Em síntese, é uma verdadeira bagunça. As mudanças de humores da jurisprudência, a ponto de fazer o próprio direito a ser comparado a uma loteria, só trazem prejuízos à Justiça, cuja credibilidade e coerência passam a ser questionadas por todos; ademais, quem mais sente e sofre com todas essas alterações de entendimentos é, justamente, o cidadão jurisdicionado, sendo que, em sede penal, uma pequena diferença de posicionamento pode significar muito, como a manutenção de uma prisão cu a concessão da liberdade, o que bem mostra a gravidade da situação. (PASCHOAL, 2017, p. 456).”

As justificativas de ministros do STF e STJ em diversos julgados são nebulosas quando classificam determinada nulidade como absoluta ou relativa, ou até mesmo do porquê exigem a demonstração do prejuízo nas nulidades absolutas ou de presumi-lo em outros casos. (PASCHOAL, 2017). Há ausência de critérios do Poder Judiciário na definição do que seja prejuízo demonstrado e de quais vícios se deve exigir.

É o que se observa no Supremo Tribunal Federal com julgados que ora exigem a demonstração do prejuízo até mesmo das nulidades absolutas, como foi o caso do julgamento do HC 110.160/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, na 2ª Turma, do dia 18/12/2012:

“O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. (STF, HC 110.160/DF, Ministra Cármen Lúcia, 2º T., j. 18.12.2012).”

Enquanto em outros julgados a mesma Suprema Corte considera determinados vícios com relevância suficiente para presumir-se o prejuízo, como ocorreu no julgamento do RHC 106.394/MG, *in verbis*:

“Por outro lado, considerando que, na audiência, foi realizado ato instrutório relevante, a oitiva da vítima, sem que houvesse a regular intimação da Defensoria Pública local para o ato, presume-se o prejuízo, não sendo aplicável o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. (STF, RHC 106.394/MG, Ministra Relatora Rosa Weber, 1º T., j. 30/12/2012).”

As variações nas classificações se dão até mesmo nos votos de um mesmo julgador, como demonstrado na pesquisa de Paschoal (2017) quanto ao vício da ausência de defesa preliminar nos crimes da lei de drogas:

“A respeito das mudanças de entendimentos no Supremo, cita-se o julgamento do HC 95.434/SP (j. 25.08.2009), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que ali se fala, expressamente, em nulidade absoluta em razão da inobservância do art. 38, da Lei n.º 10.409/2002 (pontuando, entretanto, o Ministro, que o STF vem mitigando o conhecimento da nulidade). Contudo, no julgamento do HC 96.864/SP (j. 20.10.2009), o Ministro Ricardo Lewandowski fala em nulidade relativa (p. 674, do acórdão), sendo que, posteriormente, no julgamento do HC 98.101/SP (j. 01º.06.2010), volta a falar, novamente, em nulidade absoluta (embora pontue que o STF tem mitigado o reconhecimento da nulidade). No ponto, o exposto revela certa imprecisão no uso das palavras, o que, de toda forma, deveria ser evitado, ainda mais em se tratando de julgamento da mais alta Corte do país, que deve primar pelo rigor técnico, pois, doutrinariamente, há diferenças drásticas em se falar que um vício enseja nulidade absoluta ou relativa. (PASCHOAL, 2017, p. 467).”

Constata-se, então, que inexistente um padrão racional e coerente para o reconhecimento do prejuízo, na verdade, o poder judiciário se vale de um modelo decisionista processual desprovido de qualquer compromisso com uma fundamentação juridicamente legítima. (ZACLIS, 2015).

Para melhor ilustrar o comportamento do judiciário quanto a aplicação da regra do prejuízo, cumpre citar a tabulação do entendimento emanado pelo STF sobre a matéria feita na pesquisa de Pereira (2009).

Dos 34 julgados estudados no levantamento, apenas 6 deles dispensaram qualquer menção a ocorrência ou não de prejuízo — os julgadores se limitaram apenas na discussão da não observância do rito processual — na análise de casos eivados de nulidade absoluta, perfazendo 18% do total. Dos julgados levantados para estudo em apenas 3 deles os ministros do STF, ao tratarem de casos de nulidade absoluta, decidiram que a

comprovação do prejuízo é desnecessária para o seu reconhecimento, o que totaliza uma porcentagem de 9%. (PEREIRA, 2009).

Em contrapartida, em 12 casos (35%) de nulidade absoluta o STF considerou que o prejuízo era evidente por conta de inobservância de garantias constitucionais, ou seja, considerou a existência do prejuízo necessária para o reconhecimento dos vícios de ordem absoluta. No mesmo sentido de exigir a demonstração do prejuízo, só que decidindo pela sua não configuração, em 13 dos julgados, ou 38% dos casos, o STF não declarou a nulidade por entender não comprovado o prejuízo, tal qual acontece nas nulidades relativas. (PEREIRA, 2009).

Pelo exposto percebe-se que o quadro decisório é incoerente e imprevisível, repleto de julgados que ora reconhece determinadas nulidades, ora as rechaçam com fundamento no mesmo critério. O que se encontra de comum nas decisões é uma antipatia pelas nulidades, que as coloca como o mal maior até mesmo que o próprio desrespeito a forma. Campo fértil para a regra do prejuízo (art. 563, do CPP) reinar até mesmo sobre os princípios constitucionais como ocorre em muitos julgamentos do STF. (GLOECKNER, 2017).

Nas lições de Gloeckner (2017), é apontada uma circularidade dos precedentes, responsável por reproduzir a aplicação da regra do prejuízo e evitar a necessidade de fundamentação dessas decisões que, vide sua incorreção técnica, poderia constranger a jurisprudência nacional quanto a inconstitucionalidade da atual teoria das nulidades. Dessa forma, recorrer a esses precedentes é a única válvula de escape na tentativa de tentar fundamentar decisões incoerentes.

“Mas por que se faz? Se analisarmos do ponto de vista do encaixe ou da fragmentação dos precedentes decisórios, conclui-se que o recurso argumentativo a essa miríade de decisões só tem sua razão de existência em quatro motivos cumulativos: a) a fragilidade da argumentação da decisão presente, movida por uma petição de princípio (decide-se porque já se decidiu assim); b) nenhuma daquelas decisões invocadas como argumento constitui de fato um precedente, novamente pela fragilidade e promiscuidade de seus núcleos semânticos essenciais; c) os próprios precedentes remetem a outros precedentes que tomam como ponto de partida os mesmos significantes e, então, há uma opção pela sustentação de julgados posteriores à promulgação da Constituição da República em detrimento dos mais antigos - função de escamoteamento de que as decisões continuem a partir de critérios estabelecidos em regime político autoritário; d) a função catártica trazida pelos precedentes, o que implicaria que a decisão não seria arbitrária ou rompedora de

um posicionamento consagrado naquela instância. (GLOECKNER, 2017, p. 474).”

Essa circularidade de precedentes é na verdade um discurso autoritário e cacofônico da Suprema Corte que resulta em ferimento ao direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, que ajuda a esconder o DNA autoritário do Código Rocco, o lastreamento na ideologia da defesa social e impede a discussão quanto a adequação constitucional do atual sistema de nulidades, ou seja, é mais uma ferramenta a serviço do enraizamento da cultura inquisitória no processo penal. (GLOECKNER, 2017).

Estabelecido o atual panorama, passa-se a tentativa de apontar possíveis caminhos a serem tomados para readequar o sistema de nulidades para proteger os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

5 O sistema de nulidades adequado à Constituição da República

Existem quatro culturas jurídicas que se distinguem no tratamento das formas processuais, chamados de sistemas, são eles: a) Sistema formular, que trata o ato processual como uma solenidade que deve ser praticado exatamente como previsto; b) Sistema judicial, onde cabe ao juiz ou tribunal, no caso concreto, reconhecer ou não a existência da nulidade; c) Sistema taxativo, no qual somente a previsão normativa autoriza o juiz a reconhecer a nulidade; e d) Sistema do *Ne Pás de Nullité Sans Grief*, adotado majoritariamente pelos processos penais do ocidente e pelo Código de Processo Penal brasileiro, exige a existência de prejuízo para o reconhecimento da nulidade. (GLOECKNER, 2017).

Entende-se aqui, por tudo que já foi apresentado, pela incompatibilidade do sistema do *Ne Pás de Nullité Sans Grief* com a instrumentalidade constitucional do processo penal, o que favorece a tese da não recepção do artigo 563 do CPP pela Constituição Federal. Mais do que isso, é inadequado também em razão do contexto histórico, social e cultural do Brasil. Basta lembrar que a regra do prejuízo é um potencializador dos riscos quanto à condenação de um inocente, que será encaminhado para um sistema prisional declarado como estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como consta na ADPF 347.

Conseqüentemente, pela perspectiva constitucional, a solução passa por abolir as nulidades relativas e a exigência da demonstração do prejuízo no processo penal. (GLOECKNER, 2017). Porém, apesar de ser a resposta ideal, pois mais coerente com o sistema acusatório e sua missão de preservar os direitos fundamentais, é uma proposta irrealizável no contexto brasileiro atual, vide o pensamento doutrinário e jurisprudencial majoritários que veem as nulidades como uma barreira que impede a busca pela justiça.

No presente trabalho, concorda-se com Gloeckner (2017) quando apresenta como proposta mais adequada à Constituição da República de 1988 o sistema da taxatividade temperada. Basicamente, consiste em considerar todas as nulidades previstas normativamente como de ordem absoluta — dispensada a necessidade de demonstração do prejuízo, não sujeitas à preclusão e reconhecíveis de ofício. Assim, impede-se o fenômeno da relativização das nulidades absolutas, de exigir a demonstração do prejuízo para sua declaração, como acontece no judiciário brasileiro.

Então, para evitar o erro do engessamento observado no antigo sistema da taxatividade — que não consegue prever todas as possibilidades de nulidades —, a taxatividade temperada reservaria as nulidades não previstas normativamente — únicas hipóteses de nulidades relativas — a exigência de demonstrar o prejuízo. Isso se daria a partir da Constituição e da demonstração da incidência de alguma garantia constitucional na hipótese não prevista.

Ainda propõe o autor a inversão do princípio da regularidade dos atos de poder, ou seja, uma inversão da carga probatória em que, devido ao processo penal lidar com direitos humanos e o desequilíbrio na relação entre Estado-Acusação e acusado, a alegação de nulidade pela defesa implicaria no dever do magistrado, caso não reconheça a nulidade, de demonstrar que o ato processual foi produzido de acordo com a forma estabelecida na lei. (GLOECKNER, 2017). Desse modo, a regra do prejuízo se adequaria ao princípio da presunção de inocência no seu aspecto como regra de tratamento ao longo do processo.

Quanto as nulidades que devem ser previstas normativamente para configurarem vícios de ordem absoluta, cita Gloeckner (2017):

“Como decorrência constitucional, o modelo legal de nulidades tem o dever de regular os aspectos técnicos do processo, resumidos em quatro grandes blocos: a) elementos e requisitos de validade dos atos processuais; b) ordem e sucessão dos atos processuais e sua realização no tempo e espaço; c) capacidade específica e requisitos exigidos de determinados sujeitos para a prática de certos atos processuais; d) possibilidade jurídica de realização do ato processual e atos processuais substitutivos. As demais nulidades decorreriam da violação aos princípios constitucionais, pelo que se poderia resumir toda essa estrutura sob o rótulo de "atos processuais violadores do sistema acusatório". (GLOECKNER, 2017, p. 294).”

Como resultado, tem-se a construção de uma teoria das nulidades democrática por ser comprometida com as garantias fundamentais e combativa com os atos estatais irregulares, o que pode ser denominado como defesa da criminalidade do poder.

Contudo, as perspectivas de mudança não apontam nessa direção. Da leitura do projeto de novo Código de Processo Penal, PL nº. 8045/2010, apesar de mudanças bem-vindas, como a da previsão de nulidades absolutamente nulas e insanáveis, expressa no art. 158, que tratam de violações à direitos e garantias fundamentais do processo penal, incorre no mesmo erro de adotar o sistema do prejuízo de maneira ambígua — não exclui a possibilidade de exigir-se a demonstração do prejuízo das nulidades absolutas, tal qual o Código de 1941.

Silencia, também, quanto a distinção entre nulidades absolutas e relativas, além de reproduzir o conceito de instrumentalidade das formas ao possibilitar a sanatória da finalidade atingida e manter a incompetência territorial como nulidade relativa. É o que se observa respectivamente no art. 157, incisos I e II e no art. 158, parágrafo § 2º do projeto de lei.

Conclusão

Os resultados da presente pesquisa permitiram identificar as características e os efeitos da exigência da demonstração do prejuízo para o reconhecimento das nulidades no processo penal. Da análise, foi possível inferir as críticas quanto à redação imprecisa e insuficiente do artigo 563, do Código de Processo Penal.

Com a análise do contexto histórico e jurídico-cultural, reconheceu-se a sua origem autoritária e inquisitorial, além da lógica privatista que rege o estudado critério para aferir a existência de um ato inválido. O que, inclusive, persiste na atual teoria das nulidades, como se pôde observar a partir do estudo da jurisprudência, onde foi encontrado um comportamento arbitrário e incoerente do Poder Judiciário na aplicação do dispositivo da regra do prejuízo, que contribui para a expansão do ilegalismo congênito com o movimento da relativização das nulidades absolutas.

Por todo o exposto, percebe-se a incompatibilidade da regra da demonstração do prejuízo com um sistema processual penal acusatório, que se queira garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. A melhor alternativa ao atual sistema de nulidades se encontra na taxatividade temperada, que deixa a salvo as nulidades absolutas do adágio do *Ne Pas de Nullité Sans Grief*.

Dada a importância do reconhecimento das nulidades para a efetiva atuação da Teoria das Nulidades na preservação das garantias fundamentais, é necessária a discussão sobre os problemas inerentes ao critério do prejuízo com toda a comunidade — judiciário, doutrina, poder legislativo e, principalmente, a população —, para que haja a conscientização dos riscos quanto a potencialização de decisões arbitrárias e inadequadas constitucionalmente.

Referências

AURY, Lopes Jr., **Direito Processo Penal - 17ª Edição 2020**. Saraiva Educação S.A., v. 3, 2020.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. DECRETO-LEI n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus n. 125.161/SP. Relator: Nilson Naves. Julgamento em 24 ago. 2009. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus n. 99.390/SP. Relator: Thereza de Assis Moura. Julgamento em 01 set. 2009. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 106.394/MG. Relator: Rosa Weber. Julgamento em 30 dez. 2012. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 110.160/DF. Relator: Carmén Lúcia. Julgamento em 18 dez. 2012. **Diário Oficial da União**.

DWORKIN, Ronald. **A RAPOSA E O PORCO-ESPINHO: JUSTIÇA E VALOR**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução de: Justice for Hedgehogs.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **NULIDADES NO PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES: PROCESSO PENAL E INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL**. Curitiba, 2010. 623 p. Tese (Direito) - Universidade Federal do Paraná.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. **O Prejuízo e as Nulidades Processuais Penais**: Um Estudo à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 632 p.

PEREIRA, Maísa Carla Borges. **DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NAS NULIDADES ABSOLUTAS NO PROCESSO PENAL**: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988. Brasília, 2009. 75 p. Monografia (Direito) - Centro Universitário de Brasília.

ZACLIS, Daniel. **A REGRA DO PREJUÍZO E AS NULIDADES PROCESSUAIS**: CONSTRUÇÃO DE UM MODELO RACIONAL DE APLICAÇÃO DO "NE PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF" NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. São Paulo, f. 199, 2015. Dissertação (Direito) - Universidade de São Paulo.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA COMO GARANTIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

FLÁVIO ALVES DO NASCIMENTO:

Advogado. Pós graduando em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior Verbo Jurídico, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

GRACIELA MARIA DA COSTA BARROS¹⁴³

(coautora)

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação subsidiária do princípio da não surpresa, contida no Código de Processo Civil de 2015, ao Processo Administrativo como forma de garantir ao administrado o pleno exercício das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica. São examinadas hipóteses em que a inobservância ao contraditório e ampla defesa, no âmbito administrativo, é admitida pelo judiciário, assim como o uso do referido princípio como forma de aprimoramento das decisões administrativas. Por meio de uma pesquisa dedutiva, depreende-se como conclusão que a aplicação do princípio em comento de forma subsidiária ao processo administrativo resta possível, entretanto, sua aplicação plena carece de vontade legislativa.

Palavras-chave: Ampla defesa, contraditório, princípio da não-surpresa.

Abstract: This paper aims to analyze the subsidiary application of the no-surprise principle contained in the 2015 Civil Procedure Code to the Administrative Proceeding as a way of guaranteeing to the administrator the full exercise of the contradictory constitutional guarantees, broad defense and legal certainty. Hypotheses are considered in which the non-compliance with the contradictory and broad defense, in the administrative scope, is admitted by the judiciary, as well as the use of this principle as a way to improve the administrative decisions. Through deductive research, it can be concluded that the application of the principle in a subsidiary way to the administrative process remains possible, however, its full application lacks legislative will.

¹⁴³ Advogada. Pesquisadora da área de Educação em Direitos Humanos e da área de Direito Administrativo. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT e ESMAT. Especialista em Direito e Processo Constitucional pela UFT. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins

Keywords: Broad defense, contradictory, unsurprising principle.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 - PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. 3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. 4 - PROCESSO ADMINISTRATIVO *LATO SENSU*. 5 - PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO – TEMAS CONTROVERTIDOS. 6 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA COMO GARANTIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. 7 - CONCLUSÃO. 8 – REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

O princípio da não surpresa, estabelecido como novidade legislativa nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015, possui raízes diretamente ligadas aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Em verdade, a inovação trazida pelas disposições dos artigos 9º e 10 do CPC 2015 possui como fulcro principal tornar plena a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa através da prévia oitiva das partes acerca de fatos sobre os quais serão objetos de deliberação judicial.

Vale destacar que, em que pese a imensurável importância, referido princípio apenas encontra-se hoje regulado na norma processual civil, sendo que, outros ramos do direito, quando vem a aplicá-lo utilizam como base não os artigos em comento, mas sim os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

No âmbito do processo administrativo, por inúmeras vezes são proferidas decisões, revogando ou anulando atos administrativos que já geraram ou poderiam gerar efeitos a terceiros, sem que antes seja estabelecido o direito ao contraditório à parte legitimamente interessada no feito, fato que claramente viola os princípios constitucionais em comento, porém com certo respaldo da jurisprudência pátria, o que torna perigosa a ausência de regulamentação do referido princípio no âmbito administrativo.

Como se não bastassem as situações corriqueiras mencionadas, o Poder Judiciário em sua maioria silencia-se ao verificar referidas situações, argüindo como válvula de escape a vedação à análise do mérito administrativo.

Importante ainda destacar que, no atual panorama jurídico vige o entendimento de que, de que ao **“Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo”**. [Tese definida no **RE 594.296**, rel. min. **Dias Toffoli**, P, j. 21-9-2011, DJE 30 de 13-2-2012, Tema 138.]

É certo que, se determinado ato jurídico fora praticado pela Administração Pública, certamente terá o condão de produzir efeitos concretos a terceiros, ainda que futuramente.

Ademais, *data máxima vênia* ao entendimento da Suprema Corte, para se ter a integral obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa o regular procedimento administrativo deveria ser precedido tanto àqueles atos que já decorreram efeitos concretos, quanto àqueles atos que possuem perspectiva de geração de efeitos concretos, sob pena de nulidade da decisão administrativa.

Nesse contexto, longe de esgotar o referido tema, buscar-se-á analisar a possibilidade de aplicação do princípio da não surpresa ao processo administrativo como forma de garantir ao administrado a garantia do pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

Dentro deste contexto, e diante da escassez de produções científicas acerca do tema, o presente trabalho busca trazer uma contribuição ao direito administrativo, tendo por base a aplicação do princípio da não surpresa como forma de aprimorar as decisões administrativas, e ainda, garantir ao administrado o pleno exercício do contraditório e ampla defesa quando diante de decisões que gerem ou possuam expectativas de efeitos jurídicos.

2 - PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA

O Código de Processo Civil de 2015, ao buscar a harmonia processual com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, inovou na ordem cível com vistas a proporcionar à sociedade a simplificação do processo, reconhecimento e concretização de direitos ameaçados ou violados.

Dentre várias inovações, a norma processual trouxe em seu texto a evidente necessidade de obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa às partes, até mesmo naquelas matérias em que antes o juiz poderia apreciá-las de ofício sem que houvesse necessidade do estabelecimento do prévio contraditório às partes, norma esta a qual a doutrina e jurisprudência batizou-a de princípio da não surpresa.

Sobre o tema traz-se o texto dos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Na exposição de motivos da nova norma processual, o legislador destacou expressamente que as alterações realizadas possuíam como intuito primordial garantir a total harmonia do texto processual com a Constituição Federal vigente, sendo que, no tocante ao assunto os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa possuíam elevada atenção, neste sentido:

1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.

Como se pode notar, a própria exposição de motivos retrata situação costumeiramente ocorrida até mesmo após a edição da nova legislação processual, posto que, diariamente são ainda proferidas decisões fundadas em razões sobre as quais a parte não foi antes previamente intimada para sobre elas se manifestar.

Entretanto, a com a inovação processual civil oportunizou-se à parte prejudicada condições certas e objetivas de obter êxito em eventual recurso, garantia esta que, lamentavelmente, não se mostra observada em outros ramos do direito, a exemplo do direito administrativo, já que a referida norma possui aplicação meramente subsidiária em outros ramos do direito.

Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 89) destaca que:

O art. 10, aplicando (e desenvolvendo) o que se pode extrair do art. 9º, quer evitar o proferimento das chamadas 'decisões-surpresa', isto é, aquelas decisões proferidas pelo magistrado sem que tenha permitido previamente às partes a oportunidade de influenciar sua decisão e, mais do que isso, sem permitir a elas que tivessem conhecimento de que decisão como aquela poderia vir a ser proferida.

Convém mencionar que, o princípio da não surpresa ora destacado, por possuir extremada importância para fins de garantia efetiva aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, deveria na verdade ter sua redação adotada plenamente em todos os demais ramos do direito, até mesmo no direito privado, haja vista que, não se coaduna com o texto constitucional a prolação de decisões que venham a afetar direitos de terceiros, sem que o terceiro antes se manifeste e defenda sua pretensão.

No âmbito do direito administrativo, lamentavelmente surgem diariamente decisões, inclusive das mais altas Cortes, nas quais se acolhem a validade de decisões administrativas que afetam diretamente direito de terceiros sem a prévia ouvida destes, mas que, por um outro motivo explicitado nas referidas decisões, não se estaria a violar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, teses com as quais se discorda.

Registre-se que, a necessidade de criação de norma processual para que haja a inteira observância à princípios explícitos da Constituição Federal, retrata fraqueza à observância do Estado Democrático de Direito, posto que, traz a lume clara e lamentável inobservância ao texto Constitucional e aos próprios direitos e garantias fundamentais pelas próprias instituições do país, situação que permanece nos demais ramos do direito, os quais não possuem a mesma redação literal hoje contida na norma processual.

Ademais, o simples fato do texto constitucional já trazer norma clara em seu artigo 5º, inciso LV que "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes*" já se mostra evidente a necessidade do estabelecimento de um prévio contraditório sempre que a decisão afetar, ainda que positivamente, direito de terceiros.

Desta forma, o princípio da não surpresa possui suas origens diretamente relacionada às garantias de observância aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, sendo que, na própria exposição de motivos da legislação processual cível vigente, o legislador reconhece a inobservância aos referidos princípios constitucionais sempre que se tem proferida decisão que afete as partes sem que antes ocorra a oitiva prévia destas.

3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O constituinte originário, após longo período de supressão de direitos e violação a direitos humanos decorrentes do período ditatorial, ouve por bem inserir no texto da Constituição Federal de 1988 o reconhecimento de uma série de direitos e garantias fundamentais os quais se mostram como cláusulas pétreas, conforme o próprio texto constitucional.

Dentre o rol de direitos e garantias fundamentais encontra-se inserido no artigo 5º inciso LV da Carta Magna de 1988 que *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes"*.

O princípio do contraditório, de um modo geral, importa na ideia de que à parte é dado o direito de utilizar-se de todos os meios de que dispõe para influenciar no resultado da futura decisão a ser tomada.

No âmbito do processual o estabelecimento do contraditório se dá, via de regra, com a partir da citação válida da parte, sendo que, referido direito, em que pese estabelecido na orbita constitucional, trata-se de direito potestativo da parte, a qual pode manifestar ativa ou positivamente na pretensão contra ela posta, ou quedar-se inerte, ocasião em que se presumirá como verdadeiros todos os fatos contra ela arguidos.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa diz respeito à garantia constitucional conferido à parte para que esta possa se defender de forma ampla e efetiva, inclusive através de defesa técnica, assegurando-lhe o uso de todos os meios e mecanismos a ela inerentes.

Cumprir destacar que, os princípios em comento são aplicáveis a qualquer ramo do direito, e mais, os princípios do contraditório e ampla defesa aplicam-se não apenas às partes que encontram-se abrangida por determinada demanda, mas sim a todos aqueles que direta ou indiretamente possam ser afetados em decorrência de determinada decisão a ser proferida no âmbito judicial ou administrativo.

Ressalta-se que, os referidos princípios mostram-se de tão elevada importância que, a jurisprudência pátria firmou o entendimento de que estes aplicam-se até mesmo às relações estabelecidas entre os particulares, utilizando-se do que a doutrina costuma denominar de eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

Os princípios do contraditório e ampla defesa, por tratarem-se de direitos e garantias fundamentais possuem sua aplicação imediata, independente da existência de norma regulamentadora ou o estabelecimento de normas processuais que as garantam, sendo referida prerrogativa exposta no próprio texto constitucional que em no mesmo

artigo 5º, § 1º estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Segundo Alexandre Mazza (2018; pág. 149):

Por força do princípio do contraditório, as decisões administrativas devem ser tomadas considerando a manifestação dos interessados.

O princípio da ampla defesa assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, a utilização dos meios de prova, dos recursos e dos instrumentos necessários para defesa de seus interesses perante o Judiciário e a Administração.

Ainda, segundo o renomado autor, *“a referência constitucional a “recursos a ela inerentes” incorpora no âmbito da ampla defesa a possibilidade de se recorrer perante a própria Administração, contra decisões desfavoráveis ao administrado”*.

Vale registrar que, a inobservância aos princípios do contraditório e ampla defesa, são argumentos para a declaração de nulidades em inúmeros processos administrativos, sendo que, no âmbito federal a principal violação aos referidos princípios se dá com base no artigo 26, § 3º da Lei Federal 9784/1999 a qual obriga a administração a buscar todos os meios necessários para que *“assegure a certeza da ciência do interessado”* acerca do eventual ato que em seu desfavor tramita.

Portanto, os princípios do contraditório e ampla defesa, asseguram a todo e qualquer pessoa, física ou jurídica, o direito pleno a defender-se em determinado processo, utilizando-se de todos os meios e recursos que lhe sejam inerentes, com vistas a influenciar na decisão a ser proferida, sendo que, referidos princípios possuem abrangência até mesmo no âmbito das relações estabelecidas entre particulares.

4 - PROCESSO ADMINISTRATIVO LATO SENSU

Conforme destaca José dos Santos Carvalho Filho (2018; pág. 1101) o processo administrativo pode ser definido como *“instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração”*.

No caso, ao tratar do processo administrativo de forma ampla, está-se a falar em um sucedâneo de atos administrativos que visam a formalizar, constituir ou extinguir direitos e obrigações como forma de manifestação da administração pública.

A doutrina destaca que a origem da concepção hoje existente acerca de processo administrativo estaria diretamente ligada ao *due process of law*, surgido na Grã-Bretanha em 1215, na Magna Carta das Liberdades inglesa ratificada pelo Rei João Sem Terra.

Conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, pág. 349) o processo administrativo “estabelece uma garantia, aos cidadãos, de que o Poder Público não apenas estará vinculado à busca do interesse público e à legalidade, como também só poderá perseguir tais fins, de acordo com os modos estabelecidos para tanto”.

A formação do processo administrativo está diretamente relacionado à necessidade da administração pública, através de seus órgão e agentes, ou de seus administrados de, na manifestação de suas vontades, assegurar a estrita observância à segurança jurídica e demais princípios constitucionais e administrativos, mormente os princípios do contraditório e ampla defesa.

Conforme destaca Di Pietro (2017, pág. 852), o processo administrativo poderá ser de dois tipos: o gracioso e o contencioso.

Na visão da renomada autora, no processo administrativo gracioso “os próprios órgãos da Administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolvem decisão sobre pretensão do particular”.

Por sua vez, o processo contencioso se desenvolve perante um órgão independente e imparcial, com competência para deliberar sobre questões existentes entre a administração e administrado. Este último caso apenas possui existência em países que adotam o contencioso administrativo.

No âmbito federal o processo administrativo encontra-se regulamentado pela Lei Federal nº 9.784/1999 que em seu artigo 1º destaca:

Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Vale mencionar que, estados e municípios, em razão da autonomia que lhes conferem a Constituição Federal, não se subordinam à referida legislação federal sendo que, podem estabelecer suas próprias leis definindo regras sobre processo administrativo e seu procedimento, obedecendo, contudo aos princípios estabelecidos na Carta Magna.

Calha destacar que, a Lei Federal nº 9.784/1999 disciplina os processos administrativos em geral os quais tramita perante a administração pública federal, direta e indireta, observado, contudo, normas específicas que tratem de outros tipos de procedimentos, a exemplo do processo administrativo em face de servidor público federal que obedece ao regramento da Lei Federal nº 8.112/1993.

Diante disso, ao processo administrativo em seu sentido amplo, pode ser definido como uma sucessão de atos ordenados realizados pela administração pública, com vistas a obter-se um objetivo relacionado à atividade administrativa, sendo que, referidos atos garantem ao cidadão a obediência aos modos estabelecidos em lei, assim como a vinculação ao interesse público e a legalidade.

5 - PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO – TEMAS CONTROVERTIDOS

Como mencionado em linhas anteriores, para fins de garantia a total obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa no processo civil, o legislador inseriu no novo código de processo civil regra segundo a qual o juiz não poderá se manifestar sobre qualquer fato que afete as partes sem que antes possam ela se manifestarem a respeito.

Em que pese, o merecido louvor ao referido artigo, também chamado hoje de princípio da não surpresa, entende-se aqui que, se de fato fossem observados os princípios e regras constitucionais em sua completude restaria desnecessário o texto do artigo mencionado, já que não se verifica em qualquer situação obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa em decisão proferida sem a prévia oitiva das partes afetadas.

Entretanto, de forma semelhante ou muitas vezes até mais grave do que ocorria no arcaico processo civil, no âmbito do direito administrativo costumeiramente se verificam a total desobediência aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, e o pior de tudo, em que pese a judicialização, o próprio poder judiciário por vezes chancela referidas abominações.

Como se não bastasse, em que pesem as vezes em que o próprio poder judiciário chancela a violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, destaca-se situações em que, por simples arguição à vedação à análise do mérito administrativo, o poder judiciário se exime da análise de ilegalidades apenas afirmando vedação à análise do mérito administrativo pelo judiciário.

Sobre assunto, registre-se que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 3 a qual possui a seguinte redação:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da

decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.**

A Corte Suprema criou verdadeira exceção aos princípios do contraditório e ampla defesa, posto que, caso um servidor público federal se aposenta o referido ato será necessariamente objeto de apreciação pelo Tribunal de contas da União o qual, poderá discordar do ato administrativo ordinário e cassar o benefício de aposentadoria do servidor sem que este sequer seja antes ouvido para defender o ato de concessão de sua aposentadoria.

O Supremo Tribunal Federal no caso entendeu que, na verdade o ato de concessão de aposentadoria tratar-se-ia de ato complexo, de modo que, a análise do Tribunal de Contas da União restaria necessário para que o ato de aposentadoria se aperfeiçoasse.

Entretanto, nos casos de aposentadoria após análise do pedido pelo órgão ordinário, a decisão já gera efeitos, de modo que o servidor já passa para a inatividade remunerada, sendo que, se de fato o ato se aperfeiçoasse apenas após a análise do Tribunal de Contas o recebimento dos proventos de aposentadoria apenas se iniciaria após esta decisão final, o que seria de fato o mais correto já que, o ato afeta diretamente interesse jurídico do servidor aposentado.

Outra situação que merece total atenção, refere-se ao entendimento recentemente exarado pela Suprema Corte, segundo o qual a revogação dos atos administrativos pode ser realizada a qualquer tempo apenas exigindo-se o prévio contraditório se de tais atos já decorreram efeitos concretos, neste sentido:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Servidor público. Exoneração. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Processo administrativo. Necessidade. Repercussão geral. Precedentes. 1. No julgamento do RE nº 594.296/MG, de minha relatoria, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os atos da Administração Pública que tiverem o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão devem ser precedidos de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. 2. Agravo regimental não provido. (STF - AgR ARE: 945486 PI - PIAUÍ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/03/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-083 29-04-2016).

Resta evidente que, em que pese extremamente absurdo este último entendimento firmado pela Corte Superior, visivelmente este se contrapõe ao primeiro entendimento que diz respeito à análise do ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União.

Vejam que, no primeiro caso citado aparentemente a revogação do ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União ocorreria em razão de vícios quanto a legalidade do ato, ou seja, mesmo sendo ilegal e tendo produzido efeitos concretos ainda assim não restaria necessário a prévia intimação do prejudicado para prévia manifestação.

Como se não bastasse, além da Suprema Corte apresentar entendimento diverso ao que fora primeiramente mencionado, em decorrência da edição de súmulas vinculantes e, em razão do difícil (e quase impossível) processo de revisão de súmulas, o entendimento mencionado encontra-se hoje verdadeiramente engessado, sendo que, de forma semelhante ao processo civil, apenas seria possível uma total obediência à Constituição Federal se criada uma nova norma garantidora de um prévio contraditório à qualquer decisão administrativa.

É certo que, a edição de normas que possuem como propósito a mera aplicação de outras normas já existentes, além de redundantes, revelam de forma clara uma fragilidade no Estado Democrático de Direito posto que, se sequer o próprio judiciário oferta segurança jurídica à sociedade há um verdadeiro descrédito para exigir-se desta o cumprimento pleno das leis da República.

Em complementação cita-se também entendimentos recentes do Superior Tribunal de Justiça, o qual seguindo a mesma linha exarada pela Suprema Corte, tem manifestado o entendimento de que, mesmo tendo gerado efeitos concretos aos administrados, quando existente vício de legalidade, a revogação do ato pela administração pública dispensa o prévio contraditório das partes, neste sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 808.381 - RJ (2005/0215984-2)

RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA

RECORRENTE : TRANSPORTES SANTO ANTÔNIO LTDA

ADVOGADO: PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)

RECORRIDO: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - DETRO/RJ

PROCURADOR : CRISTINA TAVES DE CAMPOS E OUTRO(S)

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO. REVOGAÇÃO DE ATO QUE CONCEDIA A EXPLORAÇÃO DE LINHA DE ÔNIBUS NO PERÍODO DIURNO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

5. A norma prevista no art. 78 da Lei nº 8.666/93 ampara, evidentemente, tão-somente as hipóteses de contratos firmados validamente com a Administração Pública. Não há razões que justifiquem a proteção contratual quando a situação que se pretende manter não se qualifica como um contrato válido, mas de uma mera autorização concedida a título precário, eivada de manifesta ofensa ao princípio da legalidade (obrigatoriedade de licitação).

6. Não se configura a mencionada divergência, referente à necessidade de instauração de contraditório administrativo para efetivar a rescisão contratual, entre o acórdão recorrido e os arestos paradigmas, pois os precedentes colacionados abordam situações regularmente constituídas, cuja revogação, por questões de interesse da Administração Pública, faz incidir o disposto no art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

7. Não incidem honorários advocatícios em mandado de segurança, nos termos das Súmulas 105/STJ e 512/STF. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Percebe-se na ementa citada, além de flagrante violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, uma verdadeira inadequação das terminologias utilizadas pela Corte da Cidadania, eis que, conforme destaca a doutrina pátria para atos de ilegalidades estes seriam anulados, restando a revogação apenas para os atos válidos, decorrente de juízo de conveniência e oportunidade.

É certo que, a própria legislação pátria destaca que o ato nulo não se convalesce com o tempo, entretanto nos casos mencionados, se estabelecido um prévio contraditório poderia a parte afetada até mesmo demonstrar a inexistência das supostas ilegalidades apontadas, fato que por si só evitaria a judicialização da demanda.

Ademais, em casos como os retratados anteriormente, lamentavelmente, o Poder Judiciário adota uma postura de aparente submissão, já que além de validar atos não precedidos do prévio contraditório e ampla defesa, exime-se de analisar o processo em sua completude sobre o argumento de vedação a análise do mérito administrativo, ocasionando ao jurisdicionado violações não apenas aos princípios do contraditório e ampla defesa, como também ao princípio da segurança jurídica, devido processo legal, inafastabilidade da jurisdição dentre inúmeros outros.

A Constituição Federal de 1988 ao trazer o princípio da ampla defesa, não trouxe aos jurisdicionado apenas o direito à defesa, mas a ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Além disso, a Carta Magna a apresentar a garantia ao contraditório não quis garantir aos jurisdicionados um contraditório geral e ineficiente, mas a um contraditório efetivo e substancial, o qual é realizado não apenas através de uma prévia manifestação da parte sobre determinado assunto, mas apenas é estabelecido se feito de forma que de fato propicie ao administrado chances de obter resultado favorável, o que apenas muitas vezes apenas ocorre se desenvolvido tecnicamente.

Sobre o assunto Walber Moura (2018, pág. 248) esclarece que:

O objetivo principal do devido processo legal e do contraditório é propiciar ao cidadão a ampla defesa, ensejando a possibilidade de exaurimento de todos os meios de prova nos momentos processuais que foram colocados à sua disposição. A ampla defesa permite ao cidadão se contrapor às acusações que lhe foram imputadas, permitindo-lhe provar sua inocência.

A ampla defesa tem que ser substancial, ou seja, não tem que haver apenas possibilidade de defesa, o cidadão tem que realmente ter condições de realizá-la. Portanto, ela tem que ser formal e material.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes expõe da seguinte maneira os requisitos da ampla defesa: a) direito de informação, consubstanciado na obrigatoriedade que têm os entes públicos de informar à parte contrária dos atos produzidos no processo no seu inteiro teor; b) direito de manifestação, que assegura ao cidadão o direito de processualmente produzir suas alegações na tramitação do processo; c) direito de ver os seus argumentos considerados, isto é, que o órgão julgador aprecie os elementos alegados, levando-os em conta na decisão tomada.

Portanto, nos casos meramente exemplificativos destacados, resta evidente que a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no âmbito administrativo resta relativizado, admitindo o poder judiciário sua inobservância em inúmeros casos, ocasionando aos administrados violação a princípios constitucionais, e o que é pior, causando a toda a sociedade clara insegurança jurídica, já que mesmo a Carta Magna trazendo garantias ao cidadão, seus princípios podem ser relativizados no âmbito da administração pública.

6 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA COMO GARANTIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Conforme relatado, o legislador ordinário, em sua exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, deixou claro que a inserção da norma conhecida pela doutrina e jurisprudência como princípio da não surpresa, teve como objetivo básico assegurar a observância plena dos princípios do contraditório e ampla defesa.

É certo que, a edição de normas para fins da observância de outras normas, ainda mais tendo ela caráter constitucional, é fato lamentável e que não merece qualquer exaltação, haja vista que, se de fato houvesse uma democracia plena, direitos e garantias fundamentais não necessitariam de complementação legal para serem observados.

Entretanto, a inobservância de direitos e garantias constitucionais além de ainda frequentes no próprio poder judiciário, são diariamente vivenciados no âmbito da administração pública, e o que é pior, possuem em sua maioria aval do próprio judiciário.

Destarte, o princípio da não surpresa encontra-se hoje previsto apenas no processo civil, sendo que, diante da ausência de regulamentação no direito administrativo, o Poder Judiciário, muitas vezes fundado na vedação de análise do mérito administrativo, se abstém de analisar eventuais nulidades ocasionadas por desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Veja que, a administração pública muitas vezes fundada apenas em preceitos genéricos e abstratos, a exemplo do interesse público, profere decisões administrativas que afetam diretamente interesses dos administrados sem que antes estes sejam previamente ouvidos.

Ademais, conforme já amplamente debatido no capítulo anterior, o próprio poder judiciário, através das Cortes Superiores, vem cancelando decisões que não observam o prévio contraditório e ampla defesa das partes, mesmo naquelas em que já emanaram efeitos concretos (STJ. REsp 808.381/RJ)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios do contraditório e ampla defesa foram elevados à condição de garantia constitucional do cidadão, seja no

âmbito administrativo, quanto no judicial, garantindo-se o direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

Nisso, todo e qualquer ato da administração que, no mínimo em tese venha repercutir na esfera de interesses do cidadão, deve obrigatoriamente ser precedido de prévio procedimento administrativo (devido processo legal) no qual se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e ampla defesa.

A título meramente exemplificativo, no ano de 2009 o Estado do Tocantins realizou administrativamente a anulação de concurso público, sob organização da Fundação Universa, ao argumento de ineficiência do concurso (fonte: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2577437/concurso-no-estado-do-tocantins-com-6352-vagas-e-anulado-por-erros-em-provas>. Acesso em 07/12/2019).

Naquela ocasião, diversos candidatos realizaram as provas do certame, entretanto, a anulação não fora precedida de prévio contraditório aos mesmos, sendo que, ao ajuizarem demandas o Poder Judiciário arguiu que a decisão administrativa restou válida tendo em vista o teor da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *“a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade (...)”*.

É certo que, no caso mencionado se houvesse a garantia do estabelecimento do prévio contraditório e ampla defesa através do princípio da não surpresa, deveria a administração pública garantir aos interessados o exercício da prévia manifestação antes de promover a anulação do certame, fato que não ocorreu, e o que é pior, a decisão administrativa, mesmo violando princípios constitucionais, obteve chancela do Poder Judiciário.

Como se não bastasse, além do princípio da não surpresa possuir respaldo nos fundamentais direitos constitucionais ao contraditório e ampla defesa, a segurança jurídica devida aos administrados é também outro princípio administrativo que dá respaldo à sua aplicação.

Segundo Alexandre Mazza (2018, p. 132) o princípio da segurança jurídica aplicada ao processo administrativo, possui como finalidade principal propiciar segurança e estabilidade no convívio social, evitando mudanças abruptas, sobressaltos e surpresas decorrentes de ações governamentais.

Portanto, a extensão do princípio da não surpresa ao âmbito do processo administrativo, muito mais do que garantir de forma efetiva a observância dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, serviria ainda como forma de

aprimoramento da atuação administrativa, garantindo ainda segurança jurídica ao administrado ao evitar-lhe surpresas em razão da atuação estatal.

Como bem destaca Guilherme F. Dias Reisdorfer (2016, p. 11):

Outro tema a ser referido diz respeito à consagração, no art. 10 do NCP, da regra de que o contraditório prévio é necessário para a tomada de decisão sobre toda e qualquer matéria, ainda que se trate de questão de ordem pública, passível de ser conhecida de ofício pela autoridade condutora do processo. Trata-se de regra que representa a consagração de orientação há tempos sustentada pela doutrina, pautada pela vedação à chamada *decisão-surpresa*.

Na esfera administrativa, a deliberação sobre questões de ordem ou interesse público no âmbito das funções administrativas também se submete ao devido processo. Assim se dá notadamente quando a decisão estatal afeta interesses de terceiros. Contudo, nem sempre a orientação tem sido observada na prática, com respeito ao contraditório prévio. Ainda hoje são recorrentes as disputas judiciais em torno da invalidação de atos administrativos (típica questão de ordem pública) sem a oitiva dos sujeitos interessados. Não é raro encontrar decisões administrativas que aludem ao interesse público ou ao estrito cumprimento da legalidade como fundamentos para afirmar ser prescindível a oitiva prévia dos sujeitos interessados.

(...)

Exemplo de situação controvertida diz respeito à invalidação de processo licitatório. Analisando-se a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, verifica-se que, ao mesmo tempo em que a Corte reconhece que o contraditório e a ampla defesa constituem “cláusulas pétreas constitucionais” e aplicáveis de forma automática, já se concluiu pela inaplicabilidade das garantias quando a Administração Pública determina a extinção de licitação por invalidade, visto que haveria suposta *omissão* legislativa para regular a hipótese.

Em que pese, leis esparsas complementarem a aplicação do direito administrativo, a inexistência de previsão expressa da garantia da observância ao princípio da não surpresa tem sido fator de inseguranças jurídicas e arbitrariedades, sendo que, lamentavelmente inúmeras são as decisões judiciais validando-as através de decisões cuja constitucionalidade é claramente questionável.

Ora, não há de se cogitar qualquer observância aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, nem tampouco ao princípio da segurança jurídica, se determinado ato, ao ser revisto, pode ser fatalmente cassado sem que a parte afetada possa previamente se manifestar.

Ademais, o extremado ativismo judicial atualmente existente tem ocasionado inseguranças graves e profundas na realidade do jurisdicionado, posto que, por vezes o próprio texto constitucional é ignorado sob argumento de “mutação”.

Como se não bastasse, se a formulação de leis e sua aprovação é de competência do Poder Legislativo, não incumbe ao Poder Judiciário o desvirtuamento ou total ignorância do texto legal sob mero argumento de interpretação jurisprudencial por ocasião da subsunção, mesmo porque o cidadão espelha sua segurança no cumprimento da lei.

Ademais, a própria previsão legal do princípio da não surpresa da forma como fora trazida pelo código de processo civil restaria até mesmo desnecessária caso fosse observado primordialmente a redação do texto constitucional, mormente os princípios do contraditório e ampla defesa.

É oportuno destacar que, diante das decisões proferida pelas Cortes Superiores com repercussão geral, assim como, em razão das súmulas e decisões proferidas em sede de julgamento de recursos repetitivos, a aplicação subsidiária do princípio da não surpresa é praticamente inviável por mera interpretação judicial, ou seja, sua observância no atual contexto apenas se tornaria viável por ato do legislador pátrio.

Registre-se que, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no dia 19/08/2019 aprovou o princípio da não surpresa no âmbito de seus processos éticos, assim trazendo a matéria:

Em votação realizada na manhã desta segunda-feira (19), o Conselho Pleno aprovou o acréscimo do artigo 144-B no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que estabelece o princípio processual da não surpresa nos processos administrativos no âmbito da Ordem. O autor da proposta, o conselheiro federal pelo Maranhão, Daniel Blume,

destacou a importância de alinhar o estatuto da advocacia com um mecanismo contido no Código de Processo Civil.

“Discuti esta proposta com o ex-presidente Marcus Vinicius Furtado Coêlho e tive a ideia de fazer essa proposição. O princípio da não surpresa já está plasmado no nosso Código de Processo Civil. Diz que nenhum juiz pode decidir algo de ofício sem previamente intimar as partes para se manifestarem sobre as questões ali envolvidas. Entendi que a OAB, que capitaneou essa questão do princípio da não surpresa no CPC, deveria também trazer para dentro de seus processos administrativos a mesma lógica”, disse Blume.

Segundo o autor da proposta, o impacto será positivo para o sistema OAB. “As partes podem colaborar com a melhor prestação administrativa. Ninguém é infalível. Então antes que um determinado relator anule um processo ou decrete uma prescrição nada melhor do que ouvir as partes, que são os maiores interessados naquela demanda”, afirmou Blume.

(...)

Veja abaixo a íntegra do artigo 144-B aprovado pelo Conselho Pleno:

Art. 144B. Não se pode decidir, em grau algum de julgamento, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar anteriormente, ainda que se trate de matéria sobre a qual se deva decidir de ofício, salvo quanto às medidas de urgência previstas no Estatuto. (Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/57449/pleno-aprova-principio-da-nao-surpresa-para-processos-administrativos-na-oab>. Acesso em 12/12/2019).

A Ordem dos Advogados do Brasil inova no campo administrativo ao trazer regra contida no estatuto processual, visando sobretudo o estabelecimento do prévio contraditório e ampla defesa, situação esta que deferia também ser observada pelo legislador pátrio, sobretudo com vistas a combater o afastamento dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa como por inúmeras vezes vem fazendo o próprio poder judiciário.

Por depender da vontade legislativa, a aplicação do princípio da não surpresa no âmbito administrativo será por muito tempo apenas teses a serem defendidas com louvor por profissionais do direito, mormente nos casos em que o judiciário possui entendimento firmado no sentido de afastar o direito da parte ao prévio contraditório e ampla defesa.

Portanto, ante as recentes decisões judiciais, que por vezes chancelam decisões administrativas proferidas sem o estabelecimento do prévio contraditório e ampla defesa, a necessidade da utilização subsidiária do princípio da não surpresa, no âmbito administrativo, seria uma situação viável para a total observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, entretanto, em razão do engessamento da jurisprudência pátria, decorrente de súmulas vinculantes e decisões em casos repetitivos, a verdadeira e total observância aos princípios constitucionais mencionados depende, lamentavelmente, do pouco produtivo poder legislativo, deixando ao cidadão, além de clara insegurança, um mero desejo de que o interprete de seu caso concreto seja adepto ao princípio da não surpresa no âmbito administrativo.

7 - CONCLUSÃO

Como se infere, o princípio da não surpresa, em que pese possuir sua aplicação a princípio apenas ao direito processual civil, sua aplicação ao processo administrativo restaria de substancial importância para garantir a efetividade de direitos e garantias previstas constitucionalmente, mormente o contraditório, ampla defesa, devido processo legal e segurança jurídica.

No âmbito administrativo, diariamente inúmeras são as decisões proferidas sem que antes seja oportunizado a parte a prévia e necessária manifestação, decisões estas que por muitas vezes tem sido validadas pelo Poder Judiciário, conforme destacado anteriormente.

Ademais, o lamentável engessamento da jurisprudência pátria, em razão da edição de súmulas vinculantes, decisões em sede de recursos repetitivos e repercussões gerais, acabam por tornar difícil e, em alguns casos até mesmo impossível, a aplicação subsidiária do princípio processual da não surpresa no âmbito administrativo, demandando pois uma conduta positiva do legislador ordinário.

É certo que, a necessidade de edição de norma para fins de obediência a garantias constitucionais mostra-se lamentável e reflete, sobretudo, fraqueza ao Estado Democrático de Direito, entretanto, para uma plena e total observância aos referidos princípios constitucionais esta é a única solução viável, a exemplo da recém aprovação do princípio pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ante o exposto, e ainda, tendo em vista as recentes decisões judiciais, que chancelam decisões administrativas proferidas sem o estabelecimento do prévio

contraditório e ampla defesa, apesar de possível a utilização subsidiária do referido princípio processual no âmbito administrativo, a sua plena observância restaria viável apenas com a atuação positiva do legislador ordinário.

REFERÊNCIAS

ASSAF FILHO, Alexandre. A vedação a decisão surpresa e a democratização do contraditório. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5789, 8 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73774>. Acesso em: 5 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.105/15, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 dez. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**, São Paulo; Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Concurso no estado do Tocantins com 6.352 vagas é anulado por erros em provas. 2009. Disponível em: <<http://https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2577437/concurso-no-estado-do-tocantins-com-6352-vagas-e-anulado-por-erros-em-provas>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

DUTRA, Nancy. História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil. In: **Jus Navegandi**. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MAZZA, Alexandre. Manual de **Direito Administrativo**, 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Processo e Administração. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, Vol. 25. 23 fev 2017. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.25.06.PDF. Acesso em 05 dez. 2019.

STF. **RE 594.296**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, P, j. 21-9-2011, DJE 30 de 13-2-2012, Tema 138.

MENINO OU MENINA? A ESCOLHA DO SEXO NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

DANIELA GISLAINE ABRAHÃO: Formada em Direito, no ano de 2017, na Universidade Federal de Minas Gerais. Foi assistente judiciária na 2ª instância do TJMG. Escrivã de Polícia perante a Polícia Civil de Minas Gerais, em 2019. Pós-graduada em Direito Penal e em Psicologia Jurídica. Mestranda na área da segurança pública.

RESUMO: O acelerado desenvolvimento dessas tecnologias (de Reprodução Assistida), o crescimento de clínicas e centros que oferecem esses serviços no país, assim como a rápida aceitação do uso de tecnologias na criação da vida humana, levam, necessariamente, a ponderar o lugar da ciência moderna e da tecnologia no mundo contemporâneo, considerada como intrinsecamente progressiva e benéfica na tradição iluminista (OUDSHOORN, 1994). Nesse sentido, este estudo perfaz a tênue linha entre os avanços da tecnologia no campo da reprodução humana assistida e o direito, para apontar, por meio de uma interpretação antropológica e filosófica, os embates que surgem desta relação. Longe de tentar esgotar o tema, notadamente em função de sua amplitude e contemporaneidade, a obra pretende focar, em especial, a nominada “sexagem”, isto é, a escolha do sexo do embrião, para refletir sobre as modificações ou efeitos concomitantes que esta oferta tecnológica pode trazer para a sociedade. Para tanto, entraremos na realidade fática do Brasil, com vistas a concluir que a escolha do sexo dos filhos é uma assertiva permanente, contudo, diretamente influenciada pela cultura de cada povo. Após, perceberemos que, exatamente em virtude de aspectos tocantes ao direito das famílias serem determinados pela moral de cada comunidade, torna-se inútil a tentativa de regulamentação e/ou intervenção estatal em sentido contrário à prática usual. Assim, a forma como cada sociedade irá absorver os avanços tecnológicos trata-se mais de uma autocompreensão dos indivíduos naquela cultura do que uma imposição do Estado. Ao final, concluiremos pela prevalência dos direitos fundamentais à liberdade e planejamento familiar em detrimento da regulamentação vertical das famílias. Note-se: esta dissertação não objetiva aclarar se é moralmente correto, ou não, escolher o sexo dos embriões ou proceder a quaisquer outras intervenções genéticas. Tampouco pretende sustentar a desnecessidade de inserção de questões ético-jurídicas nos procedimentos científicos. Limita-se, por sua vez, a desconstruir o mito da necessidade de regulamentação estatal sobre questões iminentemente culturais atinentes unicamente ao Direito das Famílias. Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Avanços médico-científicos. Escolha de Sexo. Sexismo. Eugenia. Neogenia. Ética. Bioética. Família.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. UMA PASSAGEM PELA INTERDISCIPLINARIDADE. 3. A FALHA LEGISLATIVA. 4. ÉTICA DA ESPÉCIE. 5. ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS. 6. SELEÇÃO, ABORTO E HOMICÍDIO. 7. UM ARGUMENTO MORAL DECISIVO? 8. BIOÉTICA. 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Em 25 de julho de 1978, nascia, na Inglaterra, Louise Joy Brown, o primeiro bebê de proveta, concebida através da técnica de fertilização *in vitro*, realizada pelos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards.

Já no Brasil, o início da utilização dos procedimentos de Reprodução Humana Assistida não pôde ser comemorado. Em 22 de outubro de 1982, a tentativa de êxito resultou na morte da paciente, Zenaide Maria Bernardo, e nenhuma gestação.

Posteriormente, em 07 de outubro de 1984, na cidade de São José dos Pinhais, veio à luz Anna Paula Caldeira, a primeira criança brasileira concebida através das técnicas de assistência à reprodução.

Com o advento destes nascimentos, iniciou-se o debate acerca da possibilidade de uso da tecnologia para solucionar problemas de infertilidade ou, até mesmo, para o tratamento de doenças genéticas.

Desde então, reflexões éticas, morais e religiosas permeiam o tema, em especial quando se trata de impor limitações ao uso destas tecnologias.

No Direito Civil, em especial nos Direitos de Família e Sucessões, a reprodução humana assistida gera consequências. Envolve o tema conflitos diversos, acerca, por exemplo, da autorização a ser dada para o emprego das técnicas, do uso de útero de outrem para gestar o embrião, dos direitos sucessórios decorrentes da reprodução *post mortem*, da possibilidade de descarte de embriões no caso de gravidez múltipla, da adoção destes embriões, dentre várias outras problemáticas.

Para delimitar o tema desta pesquisa, a hipótese a ser apresentada será aquela que consta do título da presente tese: a escolha do sexo dos embriões gerados por meio da Reprodução Humana Assistida.

Frise-se: esta obra não pretende definir sobre se é moralmente aceitável ou não a prática da sexagem. Tampouco almeja sopesar o interesse individual e o interesse da coletividade, com vistas a concluir por uma ou outra solução milagrosamente harmônica em âmbito global.

O que se discute, sem a pretensão de esgotar o tema, é a intervenção estatal sobre temáticas delineadas por aspectos exclusivamente culturais, observando a questão sob a ótica pluralista e democrática.

Para tanto, serão feitas ponderações acerca da necessidade (ou desnecessidade, conforme discutiremos) de regulamentação estatal no âmbito da moral e da ética, tais quais aquelas elaboradas por Habermas¹⁴⁴:

Devemos considerar a possibilidade, categoricamente nova, de intervir no genoma humano como um aumento da liberdade, que precisa ser normativamente regulamentado, ou como a autopermissão para transformações que dependem de preferências e não precisam de nenhuma autolimitação?

Dessa forma, esta tese oferecerá um suporte teórico para discorrer sobre autorregulamentação cultural de cada sociedade sobre as inovações técnico-científicas, notadamente a Reprodução Humana Assistida e a possibilidade, por consequência, de escolha do sexo de pré-embriões.

Trata-se de tema atual, por vezes cercado por dogmas e estigmas éticos, que desencadeiam debates e questionamentos de ordem política e religiosa, em virtude de sua interferência direta no processo de procriação natural do homem.

2 UMA PASSAGEM PELA INTERDISCIPLINARIDADE

Inicialmente, há de ser esclarecido que não haverá aqui um detalhamento acerca das técnicas existentes para a seleção de sexo ou das demais características do genoma humano, uma vez que se trata de matéria afeta às ciências médicas e biológicas, que extrapolam os limites desta abordagem.

Para esta obra, basta ter em mente que a seleção de sexo já é uma realidade, possível por meio de técnicas didaticamente divididas em técnicas pré-fertilização, pré-gestacional e pós-gestacional.

As técnicas pré-fertilização consistem baseiam-se em diferenças físicas e cinéticas dos espermatozoides, para separar aqueles que possuem o cromossomo X daqueles que possuem o cromossomo Y.

144 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, fl.18.

Dentre as técnicas pré-gestacionais, destaca-se a técnica da biópsia embrionária pré-implantatória, que consiste em uma análise cromossômica de uma amostra celular do embrião, para identificar se o genoma é masculino ou feminino.

Insta observar que, na primeira hipótese, a seleção genética é possível antes mesmo da fecundação do óvulo e, no segundo método, descobre-se o sexo antes da própria implantação do embrião em um útero. Estes fatores terão cabal relevância para a argumentação que será desenvolvida no deslinde desta obra.

Por fim, as técnicas pós-gestacionais podem ser feitas a partir da 10^a semana de gestação e pressupõem, caso sejam efetivadas, na realização de aborto.

Enquanto com os métodos usuais de inseminação só é possível torcer para que as condições saudáveis e os traços tidos como vantajosos do esperma do doador escolhido sejam transmitidos ao embrião, o diagnóstico genético pré-implantacional oferece a possibilidade de avaliar distintos cromossomos com vistas a anomalias, como a trissomia que leva à síndrome de Down e a hemofilia na determinação do sexo, e permite registrar, com um crescente grau de segurança, a presença de alelos gênicos relacionados à atrofia espinhal progressiva, às distrofias musculares e à fibrose cística.¹⁴⁵

3. A FALHA LEGISLATIVA

A seleção de sexo diferencia-se atualmente em seleção terapêutica (eugenia negativa), a qual visa evitar a transmissão de enfermidades graves hereditárias aos filhos pelos pais, e seleção de sexo não terapêutica (eugenia positiva), com fins diversos, que não se vinculam à enfermidades.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina estabelece que “toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal”.

Complementa que “toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro* não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal” (RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010, VI, 1 e 2).

Ademais, Instrução Normativa nº 8, da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), publicada no Diário Oficial da União em 11 de junho de 1997, em seu artigo 2º, veda a manipulação genética de células germinais ou de células totipotentes, além de

¹⁴⁵ HECK, José N., *Eugenia Negativa/Positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas*. Revista da PUCRS [on line]. Rio Grande do Sul, 2007

vedar experimentos de clonagem radial através de qualquer técnica de clonagem. No mesmo sentido, a Instrução Normativa nº 9 reforça que “é proibida qualquer intervenção ou manipulação genética em células germinativas humanas”.

Há também a Resolução CNS 196/96, que procura conciliar a necessidade da pesquisa científica com princípios éticos fundamentais, embasando-se em documentos internacionais, tendo a expressão ‘reprodução humana’, por ela adotada, sido posteriormente definida, por meio da Resolução CNS 303/2000 nos seguintes termos:

I – Definição: Pesquisas em Reprodução Humana são aquelas que se ocupam com o funcionamento do aparelho reprodutor, procriação e fatores que afetam a saúde reprodutiva da pessoa humana.

O suposto consenso no tocante à possibilidade das intervenções genéticas de caráter terapêutico, também denominada eugenia negativa, é evocado diante de um mal indubitavelmente extremo, rejeitado por todos. Perante uma doença evidentemente grave, admite-se uma aquiescência fictícia, na qual qualquer cidadão, em situação semelhante, agiria da mesma maneira.

É como se considerássemos o embrião como a pessoa que um dia ele será e, então, antecipássemos seu consentimento sobre o uso da técnica para optar por seu descarte ou sua modificação genética. Nesse sentido, leciona J.Harris¹⁴⁶:

Enquanto a intervenção médica for dirigida pelo objetivo clínico de curar uma doença ou proporcionar uma vida saudável, o médico que realiza o tratamento pode supor o consentimento do paciente preventivamente tratado.

Ou seja, diante da possibilidade inerente ou da confirmação de que um embrião venha a desenvolver doença grave por razões genéticas, é criada uma segunda pessoa imaginária, um adulto, correspondente à vida gerada por aquele embrião doente, que, muitos anos à frente, se manifestaria no sentido de não desejar viver uma vida limitada.

José Nicolau Heck¹⁴⁷, professor da UFG e da UCG e Pesquisador do CNPq, reforça a ideia de que “(...) há um consenso generalizado de que estão a limine justificadas pelo assentimento posterior da prole, uma vez que é sensato admitir que seres humanos desejam não ter disposições patológicas monogênicas. Em relação à eugenia negativa não há, assim, controvérsias maiores quanto ao uso das técnicas disponíveis que impedem

146 HARRIS, John. *Is Gene Therapy a Form of Eugenics*, in: H. Kuhse e P.Singer (2000, p.167).

147 HECK, José N., Eugenia Negativa/Positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas. Revista da PUCRS [on line]. Rio Grande do Sul, 2007

o nascimento de seres humanos onerados com deficiências graves, ou seja, aqui como alhures não há muita celeuma quando se trata de evitar o pior, o defeituoso, o que causa sofrimento e/ou infelicidade”.

Assim, forma-se um julgamento acerca de qual vida é digna ou não de ser vivida, partindo-se de um suposto consenso de que todas as pessoas doentes, naquela situação, prefeririam não terem nascido do que viverem inabilitadas.

E, nesse ritmo, distingue-se a eugenia negativa da eugenia positiva pela diferença entre preferências a serem evitadas e pela possibilidade ou não de generalização destas preferências.

Mas se desfazer de um embrião doente abre precedente para a seleção a partir de critérios estabelecidos de forma unilateral. Realizarmos para outrem uma distinção entre a vida digna de ser vivida e a não digna.

A sociedade julga-se capaz de desenvolver critérios suficientemente convincentes para considerar uma existência fraca ou saudável e, em consequência, tenta estabelecer traçados intangíveis entre uma eugenia negativa e o aperfeiçoamento genético.

Prosseguindo na análise legislativa brasileira, tem-se que a Lei nº 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, criando o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestruturando a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, e, ainda, dispendo sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Senão vejamos:

Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio,

pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

E ainda:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5o desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Isto é, o ordenamento jurídico atual corrobora com o pensamento de que a produção, o armazenamento e a manipulação de embriões, para então serem permitidas, devem ter sempre uma finalidade terapêutica, consistente na destinação dos embriões à procriação apenas.

Fica estabelecido ainda, além destas exigências, que a procriação não pode ter qualquer natureza comercial, em observância, aliás, ao que dita a própria Constituição Federal (artigo 199, 4º):

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

O que se vê, portanto, é que em qualquer nível legislativo, por meio constitucional ou infraconstitucional, são utilizados sempre vocábulos e expressões vagos, tais quais “manipulação genética” e “todo tipo de comercialização”.

As nomenclaturas adotadas são sempre pouco definidas, e de outra forma não poderiam ser, uma vez que tentam englobar as mais variadas possibilidades e hipóteses, tecnologias por vezes ainda inexistentes.

Trata-se, na verdade, de uma tentativa infrutífera de regulamentar os novos desenvolvimentos, criando leis e normas no presente que almejam enquadrar em si técnicas futuras.

Esse conteúdo pouco delimitado resulta em um amplo campo interpretativo. Diante das lacunas conceituais existentes, é o comportamento social que irá preenchê-las, a seu tempo.

Para tornar claro o que é dito: houve um tempo em que se questionava se as vacinações, operações cardíacas ou transplante de órgãos, por exemplo, não teriam extrapolado os limites legais entre os fins terapêuticos aceitáveis e a modificação intolerável do natural, da determinação humana.

Contudo, uma vez aceita e incorporada essa a aceitação destas práticas na sociedade, esse “obstáculo” é ultrapassado, e os limites do moralmente viável são atualizados.

Esse comportamento é observado de longa data, e foi objeto de estudo de W. van den Daele¹⁴⁸, *in verbis*,

O que se percebe, e que era de se esperar, é que, com os novos desenvolvimentos técnicos, geralmente surge uma nova necessidade de regulamentação. Todavia, “Desde as primeiras vacinações e operações feitas no coração e no cérebro, passando pelo transplante de órgãos e pelos órgãos artificiais, até chegar à terapia genética, sempre se discutiu se já não se havia alcançado o limite em que mesmo os fins terapêuticos não podiam mais justificar outras tecnicizações do homem. Nenhuma dessas discussões deteve a técnica.

Nesse diapasão, os intentos legislativos buscam coibir a tendência de liberdade que impulsiona a pesquisa biológica e o desenvolvimento da técnica genética. Mas são todos ineficazes, na medida em que vão sendo ultrapassados por novas tecnologias (exatamente aquelas que tentaram outrora limitar) e passam então a terem sua leitura defasada diante do contexto social.

Logo, mecanismos antes proibidos se tornam legais, e são vedados então os novos mecanismos, ainda em progresso na criação, em um eterno ciclo vicioso. W. van den Daele¹⁴⁹ também refletiu sobre este aspecto:

A partir dessa perspectiva empiricamente desenganadora, as intervenções legislativas surgem na liberdade da pesquisa biológica e no desenvolvimento da técnica genética como tentativas vãs de se opor à tendência de liberdade que domina a modernidade social.

Chega-se então à pergunta cabal: é arriscado deixar a evolução legislativa ao bel prazer da aceitação social? Isto é, corre-se o risco de, gradualmente, o então inaceitável ir sendo inserido na cultura, até que se torne comum? Então haverá um tempo em que não haja mais limites para o antiético? Deve-se temer uma eugenia liberal?

E, em sentido completamente oposto, Dworkin¹⁵⁰ questiona:

148 DAELE, W. van den. *Die Natürlichkeit des Menschen als Kriterium und Schranke technischer Eingriffe*, in: Wechselwirkung, 2000, p;25.

149 DAELE, W. van den. *Die Moralisierung der menschlichen Natur und die Naturbezüge in gesellschaftlichen Institutionen*, in: Krit. Vj. Für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2 (1987), pp.351-66.

150 DWORKIN. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 438. “The rhetoric of the European Parliament [...]”

(...) qual é a diferença, afinal, entre inventar penicilina e usar genes produzidos e clonados para curar doenças ainda mais terríveis daquelas curadas pela penicilina? Qual é a diferença entre submeter sua criança a exercícios extenuantes, para reduzir seu peso ou aumentar sua força, e alterar, com o mesmo objetivo em mente, os seus genes enquanto um embrião?

4 “ÉTICA DA ESPÉCIE”

A tendência da evolução social é chegar a um ponto em que tudo seja permitido e não haja mais um antiético?

A discussão na qual ingressamos neste momento nos leva a questionar a “doutrina da vida correta”, isto é, a existência de uma posição supostamente consolidada da vida humana, seja em âmbito individual ou coletivo, determinante do comportamento padrão no qual devemos nos inserir.

O místico, a religião, o cosmos, a natureza, a história sagrada, o Estado. Cada qual, a seu modo, elucida normas e diretrizes a serem tomadas como modelos para uma existência dotada de retidão. São conceitos de sociedade justa, de ética e de política os responsáveis por guiar os parâmetros sociais.

Entretanto, diante da aceleração das transformações grupais, esses estigmas de vida moral estão sujeitos a duração cada vez mais curta, declínios cada vez mais rápidos. A própria filosofia vem fracassando ao tentar designar modos de vida universalmente decisivos, exemplares, perante o crescimento ininterrupto da diversidade cultural.

Pleitear uma “sociedade justa”, atualmente, é abrir espaço para que cada qual adote os critérios que entende serem os justos, sendo certo que estes jamais serão universais. Cada indivíduo, em sua concepção de justiça individual, contabiliza, integra, o todo. Esta concepção coletiva, formada por várias concepções individuais, será a responsável por orientar as ações humanas, na sociedade em que se insere.

Isto é, por meio de uma autocompreensão ética, utilizando critérios individuais de “vida boa”, os conceitos serão formados e transmitidos ou modificados pelas novas gerações.

O indivíduo, ao reproduzir informações que recebeu desde infante como corretas, e ao não corroborar com estas informações, envergonha-se e, a partir de então, altera conceitos da vida pregressa, de forma a adaptá-los aos seus próprios conceitos, reconhecendo-se novamente, sem se envergonhar.

Este mesmo indivíduo, ao ser admirado pelos demais e ao transmitir e compartilhar seus pensamentos, é seguido pela comunidade, resultando em uma nova maneira de pensar e agir coletiva, uma modificação cultural.

Veja bem, explico. A cultura não nasce apenas de projetos individuais, uma vez que nenhum projeto se forma de maneira completamente independente. Os projetos individuais de vida são gerados por experiências compartilhadas, advindas dos antepassados e acrescidas das novas experiências. Tal compartilhamento, sim, será apto a arraigar uma cultura.

Tampouco pode nascer a cultura por meio de uma proteção artificial das espécies ou por meio de uma intervenção estatal forçada. A lei serve ao homem, ratifica a cultura; a inversão desta ordem, de forma que a lei imponha ao homem um modelo cultura já se demonstrou infrutífera inúmeras vezes na história da humanidade.

Isso porque, as convicções morais apenas possuem o condão de condicionar o comportamento quando inseridas em uma autocompreensão ética, individualizada. Caso contrário, convicções morais impostas apenas criam atritos e sofrimento em todos níveis sociais.

A própria origem da palavra *moral*, grega, assim como a origem da palavra *ética*, latina, remonta à ideia de costume, definido pelos romanos como "o consentimento tácito do povo, envelhecido por longo hábito".

O costume é o direito não escrito e confirma-se no consentimento dos indivíduos, de forma individualizada, consagrando-se pela coletividade por meio do passar do tempo.

Partindo desta perspectiva, qual seja, de que a cultura apenas se forma através do progresso lento e natural de transmissão da autocompreensão ética, analisaremos se os avanços da biotecnologia são passíveis de serem limitados por uma intervenção estatal, para concluir que, ainda que seja normatizada, esta limitação apenas se efetivará quando integrar os parâmetros daquela sociedade.

É este o sentido das afirmações de Habermas¹⁵¹ ao concluir que cada sociedade terá sua própria cultura, de forma completa e amplamente distinta da cultura de outras sociedades, pois cada uma é formada pelas próprias experiências de seus indivíduos:

Uma nação lida com a criminalidade em massa de seu regime anterior diferentemente de outra. Conforme a experiência histórica e a autocompreensão coletiva, elas optam pela estratégia do perdão e do esquecimento ou pelo processo de punição e recuperação da

151 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.55.

memória. O modo como lidam com a energia atômica dependerá, dentre outras coisas, do status que conferem à segurança e à saúde em relação à prosperidade econômica. Considerando-se essas questões ético-políticas, vale a sentença "outras culturas, outros costumes".

Nesse diapasão, parece restar claro que o Estado ideologicamente neutro não pode tomar partido acerca de uma aplicação "ética" de conceitos controvertidos sem afrontar a própria democracia.

Isso porque, o conceito de moral pertence aos sujeitos de direito humanos, compartilhado por todas as pessoas morais. As normas jurídicas precisam adaptar-se e corresponder aos anseios sociais, os quais se encontram em permanente modificação.

Dessa forma, quando surge uma tecnologia, tal qual aquela que possibilita a seleção de sexo pré-embrionária, prudente se faz analisar o modo como esta inovação será filtrada pela autocompreensão dos indivíduos.

Pessoas que jamais haviam sido expostas a este tipo de reflexão, senão nas obras de ficção científica, se veem então perante a necessidade de criarem um novo juízo de valor sobre a prática e, assim, concluírem pela aceitação ou rejeição social daquela conduta.

Tratar-se-ia, portanto, mais uma questão de ampliar a tutela educativa dos pais, assegurada pelos direitos constitucionais, sobre a liberdade de escolha sobre a genética da própria prole, ressaltando-se a necessidade de que estas escolhas não colidam com a liberdade ética dos filhos.

São estes ramos a serem estudados pelas ciências sociais, pela psicologia e pelas relações humanas, atinentes à formação das famílias, e não cabíveis à regência estatal.

Caso o Estado ultrapasse este "correr da carruagem", e se adiante, por meio de normas esparsas, na proibição do agir, diversas poderão ser as consequências, conforme será demonstrado adiante.

Sigmund Freud¹⁵² definiu que "a inadequação das regras que procuram ajustar os relacionamentos mútuos dos seres humanos na família, no Estado e na sociedade" é uma das fontes do sofrimento humano, agindo no sentido oposto ao da busca da felicidade.

5. ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS

¹⁵² SIGMUND, Freud. *Mal-Estar na Civilização*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Imago Ed. 1997, p. 37

Escolher o sexo da própria descendência tem sido um desejo constante na linha histórica da humanidade, ultrapassando gerações sem jamais se esvaír.

Os gregos do século V a.C. acreditavam que cada testículo era responsável por gerar um dos sexos, de forma que, retirando o testículo direito, gerariam meninos, pois o esperma que determinava homens vinha do testículo esquerdo. Ao contrário, no século XVIII, os nobres franceses, diziam que a remoção do testículo esquerdo garantiria um herdeiro masculino.

Hipócrates (460 a.C. em Cós; † 370 a.C. em Tessália), considerado por muitos como o “pai da medicina”, ensinava que, se a mulher deitasse sobre o lado direito, a “semente faria nascer um menino”, e se deitasse sobre o lado esquerdo, nasceria menina.

Já os seguidores da Cabala creem que, para saber o sexo do bebê, basta somar a idade da parceira, na ocasião da gravidez, à idade do parceiro na mesma época. Ao dividir essa soma por 3, se houver resto, será menino. Se a divisão for exata, será menina.

Há também quem tente selecionar o sexo das crianças elevando o consumo de potássio e sódio na alimentação, em conjunto com uma diminuição de cálcio e magnésio, para favorecer o espermatozoide Y, tendendo a gerar meninos, ou se nutrindo de forma inversa, para favorecer o espermatozoide X e gerar meninas.

Inclusive em pesquisa sobre os motivos que levam um casal à adoção, Casellato (1998) revelou que 2,61% dos pais adotantes optam por essas vias porque assim podem escolher o sexo da criança.

Enfim, o que se percebe é que a escolha do sexo da prole, seja esta biológica ou adotiva, sempre foi um anseio patente em diversas civilizações.

Países como Bangladesh, Jordânia, Nepal, Paquistão, Coréia do Sul e Síria possuem forte preferência por filhos homens. Alguns países, como a Colômbia, Gana e Indonésia, não demonstram preferência por quaisquer sexos. Já a Jamaica e a Venezuela apresentam leve preferência por filhas. Na maioria dos países, os pais desejam pelo menos uma filha e também filhos.

Na China, é notória a preferência por crianças do sexo masculino, que foi, inclusive, positivada. A conhecida “Política do Filho Único”, implantada durante o governo da República Popular da China, objetivava reduzir o crescimento populacional e, dessa forma, facilitar o acesso de seu enorme contingente ao sobrecarregado sistema público de saúde e de educação.

Nos termos da lei, proibia-se a qualquer casal ter mais de um filho, sendo que o descumprimento da norma resultaria em severas multas e outras penalidades, como a perda do emprego.

Nesse cenário, restou clara a preferência por filhos homens e endêmica a prática do infanticídio feminino. O desequilíbrio de gênero resultante acentuou-se depois de 1986, quando testes de ultrassom tornaram-se mais acessíveis e provocaram abortos em massa de fetos femininos. Em 1994, o governo chinês chegou a proibir médicos de divulgarem o sexo dos bebês durante o pré-natal.

No total, estima-se que as chinesas realizaram mais de 336 milhões de abortos. Além disso, quase 200 milhões de pessoas, a maioria mulheres, foram esterilizadas desde que a política foi implantada.

Ainda hoje, após o abandono da Política do Filho Único, 5% (cinco por cento) de todas as meninas nascidas na China não são registradas. Alguns observadores suspeitam que o infanticídio feminino continua a ser responsável por, pelo menos, algumas destas ausências, embora a adoção informal, em que as meninas são enviadas a parentes em locais distantes, ou em situações em que as meninas são criadas às ocultas, provavelmente expliquem a maioria dos casos.

O que se infere dessa situação é que a escolha pelo sexo da criança possui razões econômicas e culturais.

Em locais nos quais a mulher tem pouca independência econômica ou não participa da partilha de bens, filhos homens são a única fonte de segurança para os pais na velhice, notadamente para genitora, na hipótese de morte ou abandono do marido.

Ademais, em culturas com sistema de dotes, como a Índia, o investimento de recursos domésticos em filhas não gera retornos, uma vez que estas irão se casar e deixar as famílias de origem. Logo, torna-se mais oneroso casar filhas do que filhos.

Nas tradições hindu e confuciana, usuais em toda a Ásia, somente homens rezam pela libertação das almas dos pais mortos ou executam ritos de nascimento, morte e matrimônio. Logo, tendo apenas filhas mulheres, não haverá quem peça pela alma dos pais falecidos.

Nestes países, os meninos recebem mais cuidados médicos e maior porção de comida, enquanto as meninas são negligenciadas, maltratadas e até mesmo assassinadas. Assim, as mulheres possuem maior probabilidade de morrer na primeira infância (1 a 4 anos), especialmente em função da desnutrição e da carência de cuidados com a saúde.

Nesse cenário, algumas meninas não desejadas são assassinadas ou abandonadas logo após o nascimento, o que se denota de uma simples análise na proporção dos sexos nos nascimentos.

O aborto seletivo de fetos do sexo feminino é aparentemente generalizado em países asiáticos como a China, Índia e Coreia do Sul. Procedimentos pré-natais de ultrassonografias e amniocentese, que tornam o aborto seletivo possível ao revelar o sexo de um feto, apesar de terem sido proibidos nestes países, continuam a existir de forma ilegal, contribuindo para aumentar o índice de aborto dos fetos femininos.

Nestes casos, salta aos olhos o fato de que a lei, apesar de vedar, não consegue proibir o comportamento social, uma vez que, como dito anteriormente, trata-se de um aspecto cultural.

Imposições legislativas não são capazes de ditar os parâmetros morais, mas apenas de ratificá-los. Assim, para que o infanticídio e o aborto feminino sejam extintos destas nações, é necessária antes uma intervenção cultural do que uma proibição legislativa.

Ao contrário, na hipótese de se permitir, nestes países, a seleção sexual genética, incontáveis abortos, bem como as mortes de mães advindas de técnicas clandestinas, seriam evitados. Reduzir-se-iam também os infanticídios, abandonos e vendas de meninas.

Por certo, o grande número de nascimento de meninos não se sustentaria por prolongado tempo, se o governo investisse em educação, para que a própria cultura, naturalmente, se ajuste à nova realidade.

Esta medida parece, a princípio, utópica ou demasiadamente morosa. Mas, em bem verdade, trata-se de medida imensamente mais eficaz do que a simples proibição de procedimentos pré-natais, como vem ocorrendo.

Afinal, nos países em que as mulheres constituem um ativo econômico, e não um passivo, não há indícios de preferência dos genitores pelo sexo masculino. Joaquim Clotet e José Roberto Goldim¹⁵³ ressaltaram este aspecto:

Estudos conduzidos na Alemanha¹⁵⁴ e Inglaterra¹⁵⁵ com mais de 2.000 homens e mulheres revelam que, apensar de os ingleses terem

153 CLOTET, Joaquim e GOLDIM, José Roberto. *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.14.

154 DAHL, E.B., M; BROSING, B., HINSCH, K.D., *Preconception sex selection for non-medical reasons: a representative survey from the Germany*. Human Reproduction., 2003, 18(10): p.2231-2234.

155 DAHL, E.B., M; BROSING, B., HINSCH, K.D., *Preconception sex selection for non-medical reasons: a representative survey from the United Kingdom*. Human Reproduction., 2003, 18(10): p.2238-2239.

maior preferência pela seleção de sexo e pelo uso da reprodução assistida para realizá-la, isto não interferiria no balanço entre os sexos. Na Alemanha, 58% (cinquenta e oito por cento) dos entrevistados não se importam com o sexo dos filhos, 30% (trinta por cento) disseram que gostariam de ter o mesmo número de meninos e meninas e 92% (noventa e dois por cento) rejeita o uso de tecnologia para seleção de sexo. Entre os ingleses, 16% (dezesseis por cento) não se importam com o sexo dos filhos, 68% (sessenta e oito por cento) gostariam de ter o mesmo número de meninos e meninas e 71% (setenta e um por cento) rejeita o uso de tecnologia para seleção de sexo. O que se vê é uma nítida preferência por balanço familiar.

Dessa forma, o investimento em educação das meninas resulta no aumento de seu potencial de acréscimo de rendas e, conseqüentemente, agrega valor econômico sob a ótica dos pais, sendo, então, desnecessário escolher entre crianças do sexo feminino e masculino na alocação dos recursos familiares.

Diante de uma igualdade de condições entre os gêneros, tornar-se-á escolha individual dos cidadãos optarem ou não pela seleção de sexo, consoante a vontade, o desejo, ou o senso de ética individual.

À título exemplificativo, um estudo realizado com mais de 3.000 mulheres em Hong Kong¹⁵⁶, por exemplo, demonstrou que o fato de haver dois ou mais filhos do mesmo sexo é fato determinante para mais uma gravidez. Afinal, casais que têm repetidamente filhos do mesmo sexo desejam conceber um do sexo oposto.

Isso pode provocar problemas econômicos, familiares e sociais para o país, como o crescimento demográfico ou a redução do padrão de vida da população.

Nesse contexto, justificar-se-ia a seleção de sexo para o balanço familiar, e caberia aos indivíduos decidirem por sua realização, nos termos de sua concepção ética.

6 SELEÇÃO, ABORTO E HOMOCÍDIO

Sempre que surge o tema da sexagem, há quem defenda a linha argumentativa no sentido de que sua prática afrontaria o direito à vida, amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico.

¹⁵⁶ WONG, S.F. and HO, L.C. *Sex selection in practice among Hong Kong Chinese*. Soc Sci Med, 2001. 53(3): p.393-

Reinaldo Pereira e Silva¹⁵⁷, em lição abaixo transcrita, fundamenta que qualquer pessoa é pessoa e titular dos direitos da personalidade, independentemente do estágio de formação em que se encontra:

(...) o concebido “in vitro” e o concebido no útero são considerados pessoa para efeito de reconhecimento dos direitos da personalidade? É muito comum, ao se falar, dentre outros direitos da personalidade, do direito à vida, instaurar-se a grande questão: quem é o titular desse direito? E a resposta, que é uma constante em toda a história da doutrina jurídica, mesmo porque a única lógica é que esse titular é a pessoa. Sabe-se que, de acordo com a doutrina jurídica, tudo o que pertence ao “mundo do ser” ou é uma pessoa, em consequência, sujeito de direito, ou é um bem capaz de satisfazer uma necessidade, objeto de direito. Não há meio-termo. (...) Ora, se sequer aqueles que são favoráveis ao abortamento identificam o concebido como uma coisa, outra qualidade ele não possui para o direito senão a de pessoa. O nascituro, “in vitro” ou no útero, é titular dos direitos da personalidade pela simples razão de que é uma pessoa.

E, no âmbito do direito penal, considerando o descarte dos embriões de sexo não desejado, muitos tendem a pensar na seleção genética dentro do crime de aborto.

Pois bem.

Nas técnicas seletivas pré-fertilização, a seleção genética é possível antes mesmo da fecundação do óvulo, conquanto nas técnicas pré-gestacionais, descobre-se o sexo antes da própria implantação do embrião em um útero.

Assim, ao se proceder à escolha do sexo do embrião obtido *in vitro*, eventualmente os embriões não selecionados serão descartados.

Ocorre que, como se nota, nestes casos são aplicadas técnicas anteriores à gravidez.

Por essa razão, existe também uma linha argumentativa no sentido de que a gravidez configura requisito intrínseco ao conceito de aborto, de forma que somente à mulher grávida é possível o aborto.

157 SILVA, Reinaldo Pereira. Os Direitos Humanos do Concebido: Análise Biojurídica das Técnicas de Procriação Assistida. In; SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos Humanos como educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p.54-56.

Não havendo sequer concepção, porquanto o embrião ainda esteja *in vitro*, forçoso seria enquadrar a conduta no tipo penal previsto.

Nesse sentido, lecionam Joaquim Clotet e José Roberto Goldim, *in* Seleção de Sexo e Bioética, p.80:

(...) Neste caso, apesar de a vida humana embrionária ser ofendida por tal prática, o crime de aborto não pode abranger esta situação fática, pois aquele crime está relacionado apenas com a morte dada ao embrião humano intra-uterino, que está localizado dentro do ventre materno, sendo indispensável esta condição para o seu reconhecimento, não se admitindo em direito penal analogia in malam partem no sentido de considerar como crime de aborto a destruição do embrião *in vitro*, descartado pela técnica de seleção de sexo não-terapêutica pré-implantatória.

Ressalte-se que, como dito alhures, a “seleção de sexo” advinda da morte do nascituro intra-uterino,, amplamente praticada em diversas culturas, é punida pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do crime de aborto, consoante artigos 124 e seguintes do Código Penal, uma vez que não se enquadra nas hipóteses permissivas para a prática.

Portanto, a assertiva “seleção não é aborto”, refere-se obrigatoriamente à seleção pré-gestacional.

Habermas¹⁵⁸ também afirma que a seleção de sexo diferencia-se do aborto na medida em que, neste, há uma gravidez indesejada, e uma vida formada é tirada, enquanto na seleção genética, os pais não são envolvidos de improviso, mas aceitam desde o princípio a técnica. Vejamos:

Com a rejeição de uma gravidez indesejada, o direito da mulher à autodeterminação colide com a necessidade de proteção do embrião. No outro caso (no uso do diagnóstico genético de pré-implantação), a proteção da vida do feto entra em conflito com as considerações dos pais, que, ponderando a questão como se fosse um bem material, desejam ter um filho mas recusam a implantação se o embrião não corresponder a determinados padrões de saúde. Nesse conflito, os pais não são envolvidos de improviso; eles aceitam

158 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.43.

desde o princípio o embate ao mandarem fazer um exame genético no embrião.

Partindo deste posicionamento, tem-se que, de um lado, deve ser considerada a autonomia dos sujeitos para planejarem livremente as suas famílias, porquanto o planejamento familiar é um direito assegurado constitucionalmente, pelo artigo 226, §7º, abaixo transcrito:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Da mesma forma, o art. 9º da Lei 9263/96 dispõe que serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Assim, o aspecto mais relevante a ser considerado para realização da escolha de sexo seria a autonomia dos pais, sobretudo considerando que os embriões têm apenas uma expectativa de direito à vida.

Discussão semelhante pode ser estendida ao enquadramento do descarte dos embriões não selecionados ao tipo penal em que figura o homicídio.

Homicídio é a destruição voluntária ou involuntária da vida de um ser humano.

Posto isto, para considerar as técnicas de seleção como crime de homicídio, isto é, um crime contra a vida, é necessário que esta vida de fato exista, motivo pelo qual se instaura uma discussão sobre o início da vida.

A simples fecundação do óvulo daria início à concepção?

Como cediço, fase essencial à concepção é a nidação. Para que ela ocorra são necessárias várias especificidades fisiológicas simultâneas, como a espessura suficiente do endométrio e a “fixação” do óvulo fecundado, de maneira que nem todo óvulo fecundado dá início a uma gravidez. Logo, não havendo a gravidez, não há que se falar necessariamente em uma vida, mas em uma expectativa de direito.

O próprio Código Penal parece corroborar com essa linha ideológica, sobretudo considerando a licitude de métodos contraceptivos como o DIU.

Nesse diapasão, o direito dos pais de determinar o sexo dos filhos apenas poderia entrar em conflito com o direito fundamental de outrem se o embrião *in vitro* já fossem “um outro ser”, detentor de direitos.

Lado outro, a corrente mais protecionista argui, como José Afonso da Silva¹⁵⁹, que tudo o que interfere em prejuízo do processo natural e espontâneo, notadamente, na hipótese, o descarte de embriões, contraria a vida:

Não intentaremos aqui dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica suprarreal, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre este *ser* que é objeto de direito fundamental. *Vida*, no texto constitucional (art.5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O que se conclui é que o tema é recente, e está engatinhando pelos debates que ainda irão surgir. Tentar traçar, desde já, de forma unilateral, um limite preciso e moral entre a junção de gametas e o nascimento que defina o ponto originário da formação da personalidade detentora de direitos, será um ato fatalmente arbitrário, conforme previu Habermas¹⁶⁰:

(...) toda tentativa de traçar um limite preciso e moralmente relevante em algum ponto entre a fecundação ou a junção dos gametas, de um lado, e o nascimento, de outro, une-se algo arbitrário. Portanto, seria arbitrário resolver o fenômeno por meio de estipulações moralmente unívocas, em favor de um lado ou outro. A substância normativa da necessidade de proteger a vida pré-

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.200.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, fl.18.

pessoal não encontra expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos. Somente as preposições ideologicamente neutras sobre aquilo que é igualmente bom para todos podem ter a pretensão de ser aceitáveis para todos em uma espera pública democrática.

Por mais que se adentre ao tema, é inevitável concluir que se trata de questão puramente moral e, portanto, impossível o consenso. O Código Penal, a Constituição, ou quaisquer outros atos regulamentadores não estarão aptos a demonstrarem de plano as respostas procuradas. É a sociedade, por meio da sua cultura, como amplamente explicado acima, quem irá definir se a prática é ou não eticamente aceitável e, apenas então, essa norma regida por valores deverá constar do ordenamento jurídico.

7. UM ARGUMENTO MORAL DECISIVO?

Como dito alhures, o intuito desta obra não é chegar a uma premissa sobre os aspectos morais ou éticos acerca da possibilidade de seleção do sexo, pois esta discussão cabe a cada sociedade, mediante a autodeterminação de seus indivíduos.

Portanto, não pretende este ensaio concluir sobre a seleção ser “certa” ou “errada”, “aceitável” ou “reprovável”, etc.

Entretanto, não há como passarem despercebidas reflexões diante da ideia de uma programação eugênica. Existe grande relutância quanto à intervenção anterior ao nascimento, na medida em que se torna imprevisível a reação do indivíduo em crescimento ao saber, futuramente, que suas características foram projetadas por outrem.

O grande questionamento tange ao modo como as crianças se comportarão quando confrontadas com a ideia de sua “pré-fabricação”.

Todavia, há de se perceber que, independentemente da extensão de programação genética, é o conhecimento posterior que essa pessoa toma da situação, do mundo e de si mesma, que determina sua relação consigo, sua percepção de sua própria existência corporal e psíquica.

Habermas¹⁶¹ também discorreu sobre o assunto:

Quem pode saber se a ciência do fato de que outra pessoa projetou o design para a composição do meu genoma deva ter alguma importância para minha vida? É antes improvável que a perspectiva

161 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004., p.75.

de ser um corpo vivo perca a primazia em relação a ter um copo que foi objeto de preparo genético.

O simples conhecimento da anterioridade de sua “produção” não tem necessariamente qualquer efeito alienador. O ser não perde sua experiência de “ser um ser”, em detrimento de “ter um corpo”.

Apesar de ter um corpo definido por outrem, a partir do momento em que se toma ciência de sua existência, aquele passa a ser o seu corpo, sua identidade, e tudo o que forma este corpo forma também o próprio ser. Ele passa a se identificar como o ser, e então não mais importa como seria se não houvesse a intervenção genética.

Para que a pessoa se sinta livre, deve sua própria procedência remontar a um início indisponível, criado por Deus ou pela natureza, e intocado pela disposição de outras pessoas?

As manipulações genéticas partem de uma decisão unilateral do manipulador, o que significa uma responsabilidade problemática para aquele que se julga capaz de tomar decisões irreversíveis sobre o genoma de outra pessoa. Porém, essa manipulação significa por si só uma limitação da autonomia moral da pessoa atingida?

Na medida em que o comportamento selecionador genético passe a advir legitimamente de uma vontade geral e democrática, serão restituídas às pessoas selecionadas as mesmas condições de alguém que tenha nascido “naturalmente”, porquanto se torne corriqueiro.

Com efeito, aqueles afetados pela seleção poderão não mais se considerar dependentes de um destino geneticamente moldado por terceiro, mas como coautoras de um consenso, uma vontade universal.

Em uma sociedade em que as práticas eugênicas e o método da clonagem reprodutiva tenham se tornado acessíveis a todos, não haveria dificuldade em reconhecer crianças geneticamente modificadas como “parceiros de interações livres e iguais”.

Assim, ainda que a biologia passe a ter o domínio da técnica e, dessa forma, perca sua conotação de “natureza”, continua-se a operar com naturalidade, apenas reinventada. O natural, outrora encarado como a *forma* de reprodução humana, passa então ao *desejo* de reprodução humana com boa qualidade.

Nesse sentido, Dworkin¹⁶² observa que “[N]ão há nada em si mesmo errado com a ambição separada de fazer a vida das futuras gerações de seres humano mais longas e mais cheia de talentos e, conseqüentemente, mais realizada”.

E completa:

“Brincar de Deus é de fato brincar com fogo. Mas é isso que nós mortais temos feito desde Prometeu [...]. Nós brincamos com fogo e assumimos as conseqüências porque a alternativa é a covardia perante o desconhecido.”¹⁶³

8. BIOÉTICA

A palavra “Bioética” surgiu em um artigo escrito por Van Rensselaer Potter, em 1970, intitulado *Bioethics, the science of survival*, “como forma de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos.”

E, consoante a Encyclopedia of Bioethics, bioética é um estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde, sendo essa conduta examinada à luz de valores e princípios morais, como um conceito mais amplo que o da ética médica, abrangendo a vida do homem, da fauna e da flora.

Como informa José Roberto Goldim¹⁶⁴, o vocábulo reportado trata de uma ética interdisciplinar:

Nós temos uma grande necessidade de uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética de consumo, uma ética urbana, uma ética internacional, uma ética geriátrica e assim por diante...

Todas elas envolvem a bioética, (...)

Esta nova ética pode ser chamada de ética interdisciplinar, definindo interdisciplinaridade de uma maneira especial para incluir tanto a

162 DWORKIN. Op. Cit. P.452 “There is nothing itself wrong with the detached ambition to make the lives of future generations of human being longer and more full of talent and hence achievement.”

163 DWORKIN. Op. Cit., p. 466. “Playing God is indeed playing with fire. But that is what we mortals have done since Prometheus [...]. We play with fire and take the consequences, because the alternative is cowardice in the face of the unknown.”

164 GOLDIM, José Roberto. *Bioética*.

ciência como as humanidades, mas este termo é rejeitado pois não é auto-evidente.

Assim, conclui-se que o seu estudo vai além da área médica, abarcando Direito, Psicologia, Biologia, Antropologia, Sociologia, Ecologia, Teologia, Filosofia, etc., observando as diversas culturas e valores.

Mas o surgimento da bioética se deu em virtude de um motivo, em especial: É inimaginável, senão irrealista, acreditar que uma sociedade que já tomou decisões relativas a intervenções no genoma possa simplesmente retroceder ao *status quo ante*.

Por esta razão, cientes de que, uma vez experimentadas novas tecnologias, não se retrocederá como se elas nunca houvessem sido criadas, é que uma ética interdisciplinar foi necessária.

Habermas¹⁶⁵ foi atento a este aspecto:

É nessa situação que nos encontramos hoje. O progresso das ciências biológicas e o desenvolvimento das biotecnologias ampliam não apenas as possibilidades de ação já conhecidas, mas também possibilitam um novo tipo de intervenção. O que antes era “dado” como natureza orgânica e podia quando muito ser “cultivado”, move-se atualmente no campo da intervenção orientada para um objetivo. Na medida em que o organismo humano também é compreendido nesse campo de intervenção, a distinção fenomenológica de Helmuth Plessner entre “ser um corpo vivo” (*Leib sein*) e “ter um corpo” (*körper haben*) adquire uma atualidade impressionante: a fronteira entre a natureza que “somos” e a disposição orgânica que “damos” a nós mesmos acaba se desvanecendo. Por conseguinte, para os sujeitos produtores, surge um novo tipo de auto-referência, que alcança o nível mais profundo do substrato orgânico.

Na realidade, o que ocorre é exatamente o oposto. À medida que são experimentadas novas tecnologias, tende-se a ocorrer uma aceitação lenta e gradual de mudanças, nos limites e nos conceitos éticos então aceitos. Vejamos.

Inicialmente, o desenvolvimento da medicina reprodutiva nos levou à possibilidade de obtenção, até então inimaginável, de um diagnóstico pré-natal, permitindo saber o sexo da criança antes mesmo de seu nascimento.

165 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, fl.17

Após, com os avanços no campo da combinação dos componentes elementares do genoma, implantou-se a ideia de que tais recursos podem ser moral ou juridicamente aceitáveis na hipótese de doenças hereditárias graves em virtude do sexo, de forma que o diagnóstico pré-implantação poupe a genitora de uma futura interrupção da gravidez.

Na esteira, a permissão será estendida, a fim de prevenir doenças hereditárias menos graves e outras semelhantes, por simples aplicação analógica. Com o tempo, as praticas tornar-se-ão habituais sem que nos demos conta, tal qual ocorreu com o próprio diagnóstico pré-natal.

Pode ocorrer, eventualmente, de se atingir ponto já defendido pela eugenia liberal, em que não se reconhece um limite entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento, deixando as preferências individuais dos integrantes do mercado regirem a dinâmica das intervenções geneticamente modificativas.

Hoje mesmo já é árdua a tarefa de se definir a tênue diferença entre exclusão dos fatores hereditários indesejáveis e otimização de fatores desejáveis.

Entretanto, volto a reportar o dito no tópico anterior.

Se uma sociedade, pelos processos políticos de autocompreensão de seus indivíduos, assimila em sua cultura aspectos da eugenia liberal, caberá ao Estado tão somente ratificar aquele comportamento.

Isso porque, como visto, a mudança nos valores sociais não provém da imposição legal. Ao contrário, a imposição de uma vedação normativa diretamente contrária à realidade cultural leva apenas a uma marginalização dos procedimentos de intervenção genética, aumentando, conseqüentemente, a procura por serviços clandestinos, bem como os riscos deles advindos.

E exatamente pelos mesmos motivos, não há como se afirmar que a eugenia liberal importe necessariamente em seleção de um "modelo" genético padronizado, um "novo ariano".

Afinal, as definições culturais e os padrões sociais transmitidos e incorporados com o passar das gerações podem tender a uma aceitação cada vez maior da diversidade, da aceitação do diferente, da igualdade dos desiguais e, assim, sem quaisquer imposições legais, rejeitar determinados avanços biotécnicos.

Pensar de maneira contrária é como não desejar desenvolver uma cura para o câncer por medo de que talvez um ditador venha a utilizar a técnica para somente curar as pessoas integrantes do grupo de seu interesse, discriminando os demais e fadando-os à morte.

Assim, o próprio indivíduo, como unidade, escolhe não realizar certa intervenção genética, porquanto culturalmente induzido a proceder desta forma, e irá repassar isso aos seus descendentes, de tal maneira que a coletividade não adote aquela técnica, bastando ao Estado positivar o comportamento.

Portanto, com a devida vênia, há de se discordar de Jürgen Habermas, ao tentar moralizar a natureza humana, para torna-la normativamente indisponível, afirma que “Na medida em que a produção e a utilização de embriões para fins de pesquisas na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício.”(p.29)

Ora, o que ocorre é que antes da existência de determinada tecnologia, era impossível incluir sua utilização nas definições éticas e morais de uma sociedade, exatamente porque ela ainda não existia.

Todavia, após seu surgimento, iniciar-se um julgamento valorativo sobre a prática, de forma a incluí-la ou não na base conceitual adequada aos padrões morais.

Não há que se falar, portanto, em “perda de sensibilidade moral”, pois isso pressupõe que a moral anterior à existência da tecnologia, ignorante de sua existência, era mais sensível do que a moral posterior a esta.

Na verdade, a moral, na medida em que constitui verdadeiro filtro do comportamento social, apenas transmuta-se, adequa-se, sem ganhar nem perder sensibilidade.

A aceitação gradual de determinadas mudanças não enseja, necessariamente, um momento em que, sem perceber, seja “tarde demais”, diante da desvalorização de considerações morais.

Tentar prevenir, mediante recursos jurídicos, que se venha a acostumar a uma eugenia liberal, que vai se instalando lenta e discretamente, ou tentar garantir à procriação o que se denomina “naturalidade” seria antes uma expressão de uma resistência apática e antimordenista.

Desconstruir a “tradicionalização” da qual se reveste o ordenamento jurídico constitui aspecto fundamental para a modernização social, para uma adaptação a condições de vida revolucionadas por avanços científicos e técnicos.

É o próprio indivíduo, através do seu filtro, chamado ética, que irá definir se suas próprias preferências se sobreporão aos fundamentos biológicos e naturais da vida, por

meio dos embates surgidos da supervalorização da modernidade, perante a supervalorização do conservadorismo moral.

Assim, o que se conclui é que o filósofo alemão, ao lapidar sua concepção de uma natureza humana moral, deixa à margem o fato de que a própria moral depende de criação, ambiente, alternativas comportamentais, educação, e diversos outros conceitos avessos ao espírito da integração dos fenótipos.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo demonstrou ser possível, por meio de técnicas pré-gestacionais de reprodução humana assistida, escolher o sexo do embrião *in vitro*. Procedeu, então, a uma análise antropológica acerca do tema, para concluir que o desejo pela seleção do sexo da prole figura dentre as vontades mais remotas da sociedade, e é observado até os dias atuais.

Em seu desenvolvimento, constatou que, em países em que as mulheres constituem um ativo econômico, estão inseridas no mercado de trabalho, são detentoras de direitos civis, não há indícios de preferência dos genitores por filhos do sexo masculino, e que a escolha por filhos deste ou daquele sexo está intrinsecamente ligada a aspectos culturais.

Ponderou distinções entre a seleção de sexo, o aborto e o homicídio. Desconstruiu o conceito de que a eugenia liberal importe necessariamente em seleção de um "modelo" genético padronizado, um "novo ariano".

Ao final, alcançou seu objetivo, ao demonstrar que os intentos legislativos que tentam coibir a liberdade da pesquisa biológica e do desenvolvimento da técnica genética apresentam-se plenamente infrutíferos, na medida em que vão sendo ultrapassados, adaptados e têm sua leitura defasada diante do contexto social; que qualquer tentativa de regulamentação contrária ao comportamento social, no que tange às famílias, estará fatalmente condenada, em algum momento, ao fracasso.

Concluiu que o que verdadeiramente regula o modo em que se dará a utilização das inovações tecnológicas são os conceitos éticos, que funcionam como verdadeiros filtros, de forma a selecionar as técnicas que serão aderidas ou rejeitadas conforme a autocompreensão dos indivíduos.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum OAB e Concursos. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 9.263, 12 de janeiro de 1996.

CLOTET, Joaquim e GOLDIM, José Roberto. *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA. Instrução Normativa nº 8, 11 de junho de 1997.

COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA. Instrução Normativa nº 9, 02 de dezembro de 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957, 06 de janeiro de 2011.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução 196, 10 de outubro de 1996.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução 303, 06 de julho de 2000.

FROTA-PESSOA, Oswaldo. *Fronteiras do Biopoder*. *Revista Bioética [online]*. V.25, nº 1 (2017). Disponível na internet: < file://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/388/488 > acesso em 28/06/2017

GHISOLFI, R.da L. *A Proteção Legal do Embrião Humano e sua relação com a engenharia genética na União Europeia e no Brasil*. 04/2002.278 fls. Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. *Revista Bioética [online]*

HECK, José N., *Eugenia Negativa/Positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas*. *Revista da PUCRS [online]*. Rio Grande do Sul, 2007. Disponível na internet: < file:///C:/Users/t0092502/Downloads/1881-6824-2-PB%20(1).pdf > acesso em 21/06/2017.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. *Razões técnicas e efeitos simbólicos da incorporação do "progresso tecnocientífico": reprodução assistida e adoção de crianças*. *Sociedade e Estado*. Soc. estado. vol.26 no.3 Brasília Sept./Dec. 2011.

VERBAS PECULIARES DO ATLETA PROFISSIONAL E SUA INTEGRAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO.

BEATRIZ VICTÓRIA DE DIEGO TERZINI.

Advogada.

Resumo: O presente artigo busca analisar as verbas típicas do contrato do atleta profissional - luvas, bichos, direito de imagem e direito de arena – quanto ao seu conceito e natureza jurídica. Em razão de suas peculiaridades e distinção quanto as demais verbas recebidas por outros trabalhadores, há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a integração de cada verba no contrato de trabalho. Busca-se também analisar a posição do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema.

Palavras-Chaves: “Luvas”. “Bichos”. Direito de arena. Direito de imagem. Integração. Contrato de trabalho.

Abstract: This article seeks to analyze the typical amounts of the professional athlete's contract - gloves, “animals”, image rights and arena rights - in terms of their concept and legal nature. Due to its peculiarities and distinction from other funds received by other workers, there is a doctrinel and jurisprudential discussion about the integration of each amount in the employment contract. It also seeks to analyze the position of the Superior Labor Court on the subject.

Key words: “Gloves”. “Animals”. Arena right. Image rights. Integration. Employment contract.

Sumário: Introdução. 1. Salário 2. Luvas. 3. Bichos. 4. Direito de imagem. 5. Direito de Arena. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

De acordo com o artigo 217 da Constituição Federal de 1988¹⁶⁶, é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais como direito de cada um. Para melhor aplicação desse dispositivo constitucional, foi elaborada a Lei 9.615/98, conhecida como

¹⁶⁶ “Artigo. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.”

Lei Pelé, a qual teve como objetivo principal garantir melhores condições aos atletas profissionais e acabar com a “Lei do passe”.

O passe era, nos termos do artigo 11 da Lei 6.354/76167, a importância devida por um empregador a outro pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois do seu término. Em virtude de largas críticas acerca do pagamento ser efetuado mesmo após o término do contrato (caracterizando uma espécie de escravidão moderna), o antigo passe foi substituído pela cláusula penal a ser estipulada entre clubes e atletas, por meio de contrato, só podendo ser exigida durante a fluência do contrato – diferentemente do passe, o qual perdurava mesmo com a cessação do contrato de trabalho do atleta. Com o término do contrato, o atleta estaria livre para vincular-se a outro clube, sem que o antigo empregador possa cobrar algum valor.

Nesse sentido, verifica-se que o contrato do atleta profissional apresenta diversas peculiaridades não presentes nos contratados de trabalho regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”). Essas demais verbas causam divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a natureza jurídica e integração nas verbas do contrato de trabalho, eis que a depender do enquadramento jurídico podem se sujeitar à incidência de encargos fiscais e previdenciários.

São as denominadas luvas, bichos, direito de imagem e direito de arena que apresentam características e especificidades próprias, na medida em que o pagamento do salário do atleta profissional não se resumir a uma parcela fixa.

Nesse sentido, o presente artigo pretende apresentar o conceito, natureza jurídica e entendimento dos tribunais acerca de cada parcela.

1. Salário

A maior controvérsia que insurge quanto as verbas peculiares do contrato do atleta profissional é quanto a natureza jurídica e consequente integração dos valores recebidos ao salário. Isto porque, a depender de seu enquadramento, as parcelas terão reflexos nas demais verbas recebidas ao longo do contrato incidindo encargos fiscais e previdenciários, se tornando mais onerosa a quem paga.

O salário, na visão do doutrinador Maurício Godinho Delgado, consiste no conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho, sendo um complexo de parcelas e não de uma única verba. Todas

167 “Art. 11 Entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes.”

têm caráter contraprestativo, não necessariamente em função da precisa prestação de serviços, mas em função do contrato¹⁶⁸.

Nos termos do art. 457 § 1º da CLT, integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. Referido dispositivo legal é plenamente aplicável aos atletas profissionais, ainda que regidos por Lei própria, eis que a Lei específica não esgota todos os temas.

Se não bastasse tal dispositivo acerca do salário, o art.31 § 1º da Lei 9.615/98, conhecida como Lei Pelé, dispõe que são entendidos como salários, para efeitos de mora salarial, capaz de autorizar a rescisão indireta do contrato, o abono de férias, o salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho.

Nesse sentido, como a própria Lei do atleta insere algumas verbas no conceito de salário, acaba por tornar ainda mais controversa o enquadramento das luvas, bichos, direito de imagem e direito de arena, conforme se verá nos próximos tópicos.

2. Luvas

Entende-se por luvas as parcelas relacionadas a retribuição material paga pela entidade empregadora ao atleta profissional em vista da celebração de seu contrato de trabalho, seja originariamente, seja por renovação¹⁶⁹. As luvas podem ser pagas em parcela única ou de forma diluída no contrato, em dinheiro ou em utilidades.

A doutrina e a jurisprudência entendem que as luvas possuem natureza salarial, pois referido pagamento é realizado em razão do contrato de trabalho, sendo incontestável sua natureza contraprestativa. Assim, essa parcela não corresponderia a uma indenização, pois não visa o ressarcimento, a compensação ou a reparação de nenhuma espécie, mas caracteriza resultado do patrimônio que o trabalhador incorporou à sua vida profissional.

Desta forma, se forem pagas de maneira diluída no contrato de trabalho, poderão ser assemelhadas as gratificações habituais, incidindo assim reflexos em 13º salário, férias com 1/3 e FGTS durante o período em que forem pagas. De outro lado, sendo pago em parcela única, tal valor não repercute em verbas anuais (como férias e 13º salário, por exemplo) ou mensais. Limitam-se seus reflexos ao depósito do FGTS referente ao mês de pagamento, assim como à respectiva multa de 40%.

¹⁶⁸ GODINHO, Maurício Delgado - Curso de direito do trabalho. 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019. p. 842

¹⁶⁹ GODINHO, Maurício Delgado - Curso de direito do trabalho. 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019. p. 925

Nesse sentido é o entendimento do TST, ao entender que o pagamento à título de luvas não teve como escopo compensar ou ressarcir o atleta, decorrendo simplesmente em razão do contrato de trabalho, como nítida natureza contraprestativa. Vejamos:

"(...) 3. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. "LUVAS" E "BICHOS". NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. LEIS N. 9.615/98 E 12.395/2011. 3.1A parcela "luvas", nos moldes em que foi legislativamente prevista, consiste na retribuição material paga pela entidade empregadora ao atleta profissional, em vista da celebração de seu contrato de trabalho, seja originalmente, seja por renovação. Tem sua natureza salarial reconhecida pelo Direito Brasileiro, tanto no art. 12 da antiga Lei 6.354/76 (revogada pela Lei nº 12.395/2011), como no art. 31, § 1º, da Lei 9.615/98. Assim, considerando que o **pagamento se deu "em razão do contrato de trabalho", é inconteste a natureza salarial de que se reveste**. Releva ponderar que a parcela, no caso em exame, não teve por escopo compensar ou ressarcir o Reclamante, na medida em que foi paga em parcelas a partir de sua admissão. Logo, por todos os ângulos que se analise a controvérsia, resulta afastado o caráter indenizatório e evidenciada a natureza contraprestativa, salarial. Julgados. (...)" (TST – Processo ARR-10149-08.2014.5.01.0068. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Data do julgamento: 02/10/2019. Órgão julgador: 3ª Turma. Data da publicação: 04/10/2019). (não grifado no original)

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA . 1. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 2. LUVAS. Conforme destacado na decisão agravada, a jurisprudência desta Corte Superior é a de que a controvérsia envolvendo contrato de licenciamento de uso do nome, voz, imagem de personalidade e direito autoral de atleta jogador de futebol diz respeito a questão afeta ao contrato de trabalho, de modo a atrair a competência desta Justiça especializada. **Por sua vez, esta Corte também entende que a parcela paga ao atleta profissional a título de "luvas" detém natureza salarial**. Nesse diapasão, não foi constatada contrariedade à jurisprudência desta Corte Superior ou do Supremo Tribunal Federal, nem ofensa à garantia social assegurada no texto constitucional, tampouco questão inédita acerca da legislação trabalhista. Ademais, não se

vislumbrou expressiva repercussão econômica que ultrapasse os contornos meramente subjetivos da lide. Irrepreensível, portanto, a conclusão adotada quanto à inadmissibilidade da revista, tendo em vista a ausência de transcendência da causa com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, na forma do artigo 896-A da CLT. Agravo conhecido e não provido" (Ag-AIRR-10103-18.2020.5.18.0009, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 17/09/2021). (não grifado no original)

Importante mencionar, à título de complementação, que o TST entende que a parcela denominada "Hiring bônus" é equiparado às luvas do atleta profissional, uma vez que constitui reconhecimento pelo desempenho e resultado alcançado pelo profissional. Logo, referida parcela também possui natureza salarial.

BANCÁRIO. HIRING BÔNUS. LUVAS. NATUREZA JURÍDICA. Este Tribunal Superior entende que a parcela em debate possui caráter salarial, porque constitui reconhecimento pelo desempenho e resultados alcançados pelo profissional em sua carreira, equiparando-se às luvas do atleta profissional. É irrelevante o fato de seu pagamento ocorrer uma única vez. As luvas não correspondem a uma indenização, pois não visam o ressarcimento, a compensação ou a reparação de nenhuma espécie, mas sim caracterizam resultado do patrimônio que o trabalhador incorporou à sua vida profissional. Entretanto, não obstante a natureza salarial, por se tratar de parcela paga uma única vez, os reflexos devem ser limitados ao FGTS relativo ao mês de pagamento, bem como à respectiva multa de 40% (quarenta por cento). Recurso de revista conhecido e parcialmente provido " (RRAg-1259-28.2015.5.02.0065, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 21/05/2021).

3. Bichos

No que se refere à parcela denominada "bichos", esta trata-se de parcela econômica variável e condicional, usualmente paga ao atleta pela entidade empregadora em vista dos resultados positivos alcançados pela equipe desportiva como títulos alcançados, vitórias e, até mesmo, empates obtidos, se for o caso¹⁷⁰.

¹⁷⁰ GODINHO, Maurício Delgado - Curso de direito do trabalho. 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019. p. 926

Da mesma maneira que ocorre com as “luvas”, há nítida natureza salarial no pagamento dos “bichos”. Isto porque, o pagamento é resultado de um incentivo ou reconhecimento em razão da eficiência no trabalho.

Para muitos autores, como é o caso do Ministro Maurício Godinho Delgado, referido pagamento assemelha-se com as características do prêmio trabalhista, embora pagos repetidas vezes ao longo do ano contratual. Logo, haveria incidência de reflexos em 13º salário, férias com 1/3 e FGTS.

Nesse sentido é o posicionamento do TST. Vejamos:

“(…) 3. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. “LUVAS” E “BICHOS”. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. LEIS N. 9.615/98 E 12.395/2011.3.2 A mesma conclusão se aplica à parcela “bichos”, que se trata de parcela econômica variável e condicional, usualmente paga ao atleta pela entidade empregadora em vista dos resultados positivos alcançados pela equipe desportiva (títulos alcançados, vitórias e, até mesmo, empates obtidos, se for o caso). A verba possui nítida natureza contraprestativa, sendo entregue como incentivo ao atleta ou em reconhecimento por sua boa prestação de serviços (ou boa prestação pelo conjunto da equipe desportiva). Observa-se, assim, que **possui nítida característica de prêmio trabalhista e, por isso, é indubitável salário, em sentido amplo** (art. 31, § 1º, da Lei Pelé; art. 457, caput e § 1º, da CLT). (...)” (TST – Processo ARR-10149-08.2014.5.01.0068. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Data do julgamento: 02/10/2019. Órgão julgador: 3ª Turma. Data da publicação: 04/10/2019). (não grifado no original)

Além do mais, o legislador ao prever, no artigo 31, § 1º da Lei Pelé171, que se considera como verba salarial “as demais verbas inclusas no contrato de trabalho”, incluiu também as luvas e bichos. Sendo, portanto, incontestável sua natureza salarial, devendo ser pagos os reflexos nas demais verbas recebidas.

4. Direito de imagem

171 “Art. 31. § 1º São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho.”

Com relação ao direito de imagem, o cenário é um pouco diferente. Isto porque, o direito de imagem consiste na cessão do uso do direito de imagem com caráter econômico de natureza civil.

A Lei do atleta profissional prevê que o direito de imagem se caracteriza como o ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo (art. 87-A "caput"). Assim, a partir da disposição mencionada, há a possibilidade de que seja afastado o enquadramento salarial da referida verba.

O legislador, com vistas a evitar a fraude no pagamento, prevê que o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem (art. 87-A, parágrafo único). Eventual ato praticado com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar irá descaracterizar a natureza civil da parcela, transmutando-se à natureza salarial com as demais consequências jurídicas desse enquadramento (art. 9º da CLT).

Nesse sentido, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST julgou improcedente o pedido de integração ao salário dos valores recebidos a título de direito de imagem, sob o argumento que a Lei tornou explícito o caráter autônomo do "direito de imagem", não se confundindo com contraprestação pecuniária devida ao atleta profissional na condição de emprego. Vejamos:

"CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO. EXPLORAÇÃO DA IMAGEM. ATLETA PROFISSIONAL. CONTRAPRESTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA.1.Em tese, o contrato de cessão do direito de exploração da imagem de atleta profissional ostenta natureza civil e não se confunde com o contrato especial de trabalho firmado com a entidade de prática desportiva. Nessa circunstância, os valores percebidos a tal título, em princípio, não se confundem com a contraprestação pecuniária devida ao atleta profissional, na condição de empregado, à luz do artigo 457 da CLT, e, portanto, não constituem salário.2.A Lei nº 12.395/2011, ao introduzir o art.87-A à Lei nº 9.615/98 ("Lei Pelé"), tornou explícito o caráter autônomo da cessão ou exploração do denominado "direito de imagem" do atleta profissional –desvinculado do contrato de trabalho –,cuja essência civilista deita raízes nas disposições dos arts.5º, inciso XXVIII, alínea "a", da Constituição Federal e 20 do Código Civil de 2002.3.Diante da

submissão do Direito do Trabalho ao princípio da primazia da realidade e em respeito às disposições do artigo 9º da CLT, excepcionalmente é concebível, em tese, atribuir natureza salarial aos valores auferidos a pretexto de retribuição pecuniária em razão da cessão do direito de exploração da imagem, desde que haja sido repassados ao atleta pela entidade desportiva empregadora com o verdadeiro intuito de “mascarar” o pagamento de salário.⁴ A contrário sensu, inviabiliza o reconhecimento da natureza salarial da importância paga sob a rubrica “direito de imagem” a ausência de registro expresso, no acórdão regional, quanto à caracterização de fraude em si ou, ainda, de elementos que permitam ao Tribunal Superior do Trabalho, no âmbito restrito de recursos de natureza extraordinária, aferir o desvirtuamento na execução do contrato de cessão do direito de exploração da imagem do atleta. A mera referência, no acórdão regional, a repasses habituais ao atleta, com periodicidade mensal, a título de “direito de imagem”, não é o suficiente para atribuir-lhes natureza salarial, nem tampouco autoriza a sua repercussão econômica nas parcelas do contrato de trabalho. Prevalência do princípio da boa-fé objetiva, que decorre do art.113 do Código Civil.(...)” (TST – Processo E-RR-406-17.2012.5.09.0651. Relator: João Oreste Dalazen. Data do julgamento: 09/11/2017. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data da publicação: 24/11/2017).

No entanto, vale ressaltar que a presunção de que a verba possui natureza civil não é absoluta, devendo ser analisado o caso concreto. Conforme bem observado pela SDI-1 do TST, se pode admitir excepcionalmente a natureza salarial da parcela quando ficar demonstrado o verdadeiro intuito de “mascarar” ou fraudar o pagamento de salário (artigo 9º da CLT172), devendo incidir reflexos em demais parcelas, vigorando assim o princípio da primazia da realidade – princípio este fundamental no direito do trabalho.

5. Direito de arena

O direito de arena é um direito constitucionalmente assegurado por meio do qual haverá a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas, nos termos da Lei (art. 5º,

⁴172 “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

XXVIII, "a" da CF). Por ser uma norma de eficácia limitada, houve a regulamentação infraconstitucional por meio da Lei 9.615/98.

Nesse sentido, o direito de arena consiste na prerrogativa exclusiva de negociar, de autorizar ou de proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens do espetáculo desportivo, por qualquer meio ou processo (art. 42 e 42-A § 2º). A Lei 14.205/21 inseriu o art. 42-A "caput" e §s na Lei Pelé promovendo alterações significativas nas regras relativas ao direito de arena sobre o espetáculo desportivo.

Nesse sentido, o direito de arena agora pertencerá à entidade de prática desportiva de futebol mandante sobre o espetáculo desportivo (art. 42-A "caput"). Na hipótese de realização de evento sem definição do mando de jogo, o direito de arena dependerá da anuência das entidades de prática desportivas de futebol participantes (§6º).

Os valores arrecadados à esse título serão distribuídos aos atletas profissionais, em partes iguais, no percentual de 5% da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais do espetáculo desportivo (§2º). A distribuição dos valores será realizada por intermédio do sindicato das respectivas categorias, que serão responsáveis pelo recebimento e pela logística de repasse aos participantes do espetáculo, no prazo de até 72 horas, contado do recebimento das verbas pelo sindicato (§4º). O direito de arena, que já possuía natureza civil, agora poderá ser atribuída natureza salarial por meio de disposição em Convenção Coletiva de Trabalho (§3º).

Há discussões na doutrina e jurisprudência no sentido de permitir ou não o recebimento do repasse da receita do direito de arena por outros profissionais como técnicos, massagistas, médicos das entidades desportivas. A Lei do atleta profissional só traz essa possibilidade aos jogadores participantes do evento desportivo. Nesse sentido, o TST já negou, por exemplo, tal pagamento a médicos de clube de futebol que pleitearam a parcela, por falta de previsão legal.

Quanto ao pagamento da parcela de direito de arena aos árbitros de futebol, há projeto de Lei aprovado pela Câmara de Deputados prevendo o pagamento de 0,5% pela entidade desportiva a esses profissionais. Há quem defenda que os árbitros devem receber a parcela, pois estão em campo durante toda a partida de futebol, aparecendo em quase todos os lances, principalmente quando penaliza jogadores ou separa atritos.

Por outro lado, há quem sustente que tal pagamento comprometeria a independência e a imparcialidade dos árbitros (art. 31, caput, Lei 10.671/03), pois poderia vincular o árbitro à entidade de futebol. Ressalta-se que a remuneração dos árbitros é paga

pela da entidade de administração do desporto ou da liga organizadora do evento esportivo (art. 30, parágrafo único, Lei 10.671/03), devendo os árbitros ser vinculados a elas e não ao clube de futebol.

Por fim, as novas alterações promovidas pela Lei 14.205/2021 não se aplicam a contratos que tenham por objeto direitos de transmissão celebrados previamente à vigência da alteração promovida pelo art. 42-A, os quais permanecem regidos pela legislação em vigor na data de sua celebração (§ 7º).

Considerações finais

Conforme exposto, os atletas profissionais recebem verbas peculiares do contrato de trabalho em razão da atividade exercida, chamados de luvas, bichos, direito de arena e direito de imagem. Em razão das suas diversidades, há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica e o enquadramento.

O entendimento majoritário do TST no que tange às luvas e bichos é pelo enquadramento das verbas como natureza salarial, devendo integrar nas demais verbas do contrato. Segundo a Corte, referido pagamento é realizado em razão do contrato de trabalho, sendo incontestável sua natureza contraprestativa.

De outro lado, com relação ao direito de imagem, a posição é no sentido de enquadrá-lo como contrato de natureza civil, não havendo de se falar em reflexos. No entanto, vale ressaltar que a presunção de que as verbas possuem natureza civil não é absoluta, devendo ser analisado o caso concreto. Conforme bem observado pela SDI-1 do TST, se pode admitir excepcionalmente a natureza salarial da parcela quando ficar demonstrado o verdadeiro intuito de “mascarar” ou fraudar o pagamento de salário (art. 9º da CLT).

Por fim, com as alterações promovidas pela Lei 14.205/21, que inseriu o art. 42-A “caput” e §s na Lei Pelé, no que tange ao direito de arena, que possuía natureza civil, agora poderá ser atribuída natureza salarial por meio de disposição em Convenção Coletiva de Trabalho.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 14.205, 7 de setembro de 2021. Altera a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, para modificar as regras relativas ao direito de arena sobre o espetáculo desportivo.

DELGADO, Maurício Delgado - Curso de direito do trabalho. 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019.

HIRATA, Carolina. Análise do novo artigo 41-A da Lei Pelé, sobre o direito de arena. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/analise-do-novo-artigo-41-a-da-Lei-pele-sobre-o-direito-de-arena/> Acesso em: 24/11/2021

RODRIGUES, Gabriella Ferrão. O contrato de trabalho e o contrato de licença de uso de imagem dos desportistas profissionais e suas implicações no âmbito do direito do trabalho. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/gabriella_rodrigues.pdf. Acesso em 18/10/2021.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. Direito de Imagem e Direito de Arena. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp031755.pdf>. Acesso em 14/10/2021.

SOUZA, Rafael dos Santos e. O jogador de futebol profissional e a sua vinculação desportiva ao clube frente a Lei Pelé. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Rafael%20dos%20Santos%20e%20Souza.pdf>. Acesso em 17/11/2021.

UNICEUB. Disponível em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/645/1/20452304.pdf>. Acesso em 09/11/2021.

URNAU, Evandro Luis. Peculiaridades dos contratos de trabalho dos atletas profissionais de futebol. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/18561/peculiaridades-dos-contratos-de-trabalho-dos-atletas-profissionais-de-futebol/5> Acesso em 10/11/2021.

REFLEXÃO SOBRE O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO E O FECHAMENTO OPERACIONAL

LUCAS TROMPIERI RODRIGUES.

Advogado. Professor da graduação em Direito do Ceub. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público – IDP.

Resumo: Niklas Luhmann, em sua teoria sistêmica, busca superar premissas clássicas de outras teorias sociais longevas. Os sistemas sociais, na visão do sociólogo, são fechados operacionalmente, mas abertos cognitivamente. Em razão dessa abertura, constata-se operações sistêmicas que ocorrem por processos de comunicação, segundo diretrizes internas dos próprios sistemas. Serão tecidas considerações básicas sobre a teoria sistêmica para viabilizar o desenvolvimento do artigo. O desiderato final estará na análise da relação entre dois sistemas, o político e o jurídico, o que ocorre por meio de acoplamentos estruturais, isto é, elementos de outros sistemas que serão utilizados de modo a permitir o funcionamento e evolução dos sistemas que as utilizam, sem interferência na autonomia existente. Destacar-se-á, destarte, a importância de manutenção da unidade e autonomia dos sistemas, o que pode representar algo não tão simples a partir do momento em que se necessita estabelecer marcos limítrofes entre os sistemas que se comunicam. Ponderações sobre o papel da Constituição e do ativismo judicial, à luz da teoria sistêmica, serão desenvolvidas para completar a diretriz argumentativa do artigo sobre o direito e a política.

Palavras-chave: Sistemas político e jurídico. Acoplamentos estruturais. Fechamento operacional.

Abstract: Niklas Luhmann's Systems Theory seeks to overcome classical premises of other long-lived social theories. Social systems are operationally closed, but open cognitively. Due to this opening, there are systemic operations that occur through communication processes, according to internal systems guidelines. Basic considerations will be made about the theory of systems to enable the development of the article. The final aim is to analyze the relationship between two systems, political and juridical, which occurs through structural couplings - in short, elements of other systems that will be used in a way that allows the systems to function and evolve who use them, without interfering in systemic autonomy. Therefore, the importance of maintaining the unity and autonomy of the systems will be emphasized, which may represent something not so simple from the

moment in which it is necessary to establish boundaries between the systems that communicate. Reflections on the role of the Constitution and judicial activism, in the light of systemic theory, will be developed to complete the argumentative guideline of the article on law and politics.

Keywords: Political and legal systems. Structural couplings. Operational closure.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Teoria dos sistemas; 3. Acoplamento estrutural; 4. Sistemas político e jurídico; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Busca-se desenvolver uma reflexão jurídica sobre a relação entre o direito e a política a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Não há a pretensão de reproduzir todas as etapas de pensamento do sociólogo. Apresentar-se-á premissas essenciais para debate da relação que se desenvolve entre a política e o direito à luz dos sistemas, com uma abordagem final sobre a papel da Constituição e a problemática do ativismo judicial.

O trabalho de Luhmann parte da necessidade de utilização de novos referenciais, ante o caráter insubsistente das teorias sociais clássicas, em virtude de novos fenômenos sociais. O contexto social demandaria distintas abordagens, com a consideração das novas realidades existentes, justificando a produção teórica (GONÇALVES, 2013).

A complexidade da vida social faz com que haja a busca por uma forma de organização, o que pode se dar por divisões. O objetivo dos sistemas, na teoria de Luhmann, seria essa organização, buscar elementos que farão parte de um sistema organizado, diminuindo complexidades, superando diretrizes clássicas da sociologia, como a ideia de que a sociedade é constituída por relações humanas, por exemplo.

A composição da sociedade não seria representada por um conjunto de pessoas para Luhmann, mas por comunicação entre as pessoas. A humanidade é um sistema de comunicação com autonomia (LUHMANN, 2004). Com base nessas primeiras linhas, iniciar a abordagem com uma narrativa conceitual sobre sistemas e acoplamentos estruturais parece o adequado, de modo a viabilizar, em um último momento, a reflexão sobre interação entre os sistemas do direito e da política.

2. Teoria dos sistemas

De início, apresenta-se a ideia de sistemas abertos – a construção do sistema por trocas com o ambiente, seus estímulos e respostas. Nessa ótica, as estruturas internas dos sistemas poderiam ser modificadas por provocações do ambiente. Mas é possível questionar, a partir do momento em que se constata a existência dessa abertura, os limites dos próprios sistemas.

Haveria uma inadequação aparente para o estabelecimento de padrões do meio social, comunicações previsíveis, em outras palavras, impropriedade para definição de um próprio sistema – de sua identidade autônoma (LUHMANN, 2010). É possível vislumbrar, dessa maneira, uma oposição entre os sistemas abertos e os sistemas fechados, incompatibilidade a partir da abordagem apresentada nas linhas acima.

Os sistemas autopoieticos ou auto-referenciais, delineados por Niklas Luhmann, se organizam e estruturam tendo por base referências internas, os seus elementos fundantes (códigos) e as suas operações não dependem de externalidades (sem desconsiderar a importância dessas para a evolução dos sistemas). É possível estabelecer fronteiras aos sistemas (GONÇALVES, 2013), sistemas estes que irão se auto reproduzir de acordo com estruturas e códigos internos.

Dessa forma, vários sistemas irão existir, em linguagem figurada - vários mundos - , retomando a ideia de divisão organizativa inicial. Há um todo, com espaços internos. Então, nesse ponto, cabe explicitar outra faceta da teoria de Luhmann, há clara diferença entre o ambiente e os sistemas, marcos delimitadores são definidos para isso. Luhmann estabelece sua teoria em argumentos de distinção – ambientes/sistemas – *Leitdifferenz* (GONÇALVES, 2013). Já a unidade operacional dos sistemas repousará em processos de comunicação baseados em códigos.

Sistema auto-referencial e ambiente não irão operar conjuntamente ou influenciar de forma fundante operações um do outro, mas são independentes. Todavia, ambos convivem. A ideia da auto referência permite delimitar sistemas, mas a questão da abertura cognitiva também se apresenta, pois a teoria não possui um intuito isolacionista.

Elementos de outros sistemas serão necessários para a operação interna própria, são os estímulos (as perturbações/ irritações) que são fundamentais para a evolução dos sistemas, evolução, destaque-se, com significado de simples mudança. Por meio do fechamento operacional, atente-se, por mais contraditório que possa parecer, chega-se à abertura cognitiva. A teoria de Luhmann, baseada em distinções, permite concluir que paradoxos também geram soluções.

O acoplamento estrutural se apresenta nessa etapa. Quando um sistema se consolida, estabelecerá seus próprios processos internos, diferenciando-se do ambiente, construindo sua identidade, apenas a partir desse momento poderá haver abertura a um outro sistema. Do mesmo modo, o ambiente é um produto de sistema, pois é sua condição de existência.

A sociedade, como um todo, corresponde a um grande sistema (sistema social) e dentro de sistemas ocorrem as comunicações, ou melhor, os processos comunicativos que geram respostas imponderáveis. Assim, sistemas existirão dentro de um sistema maior, são os subsistemas, como o jurídico, o político, o econômico etc., todos contidos no sistema social (ARAÚJO, 2012).

3. Acoplamento estrutural

Pelo acoplamento estrutural um sistema pode se utilizar de um outro sistema, trata-se de um aspecto basilar da teoria, como já narrado, é a forma da abertura cognitiva. Um sistema se apresenta ao mesmo tempo fechado e aberto. Os elementos dos sistemas podem se comunicar, de modo a exercer seus próprios processos internos, em obediência aos códigos fundantes (GONÇALVES, 2013). São as relações inter-sistêmicas que podem resultar em manifestações das mais diversas, o processo comunicativo é eivado de contingência “o futuro é apenas previsão, e não se pode esperar o seu acontecimento” (LIMA, 2010).

Essa comunicação entre sistemas é de extrema relevância, os elementos utilizados de sistemas distintos, nessa comunicação, irão construir uma nova significação dentro do sistema em que ingressam, independentemente da originalidade anterior (LUHMANN, 2010). A relação entre os sistemas se estabelece com elementos que podem ter, até mesmo, caráter de necessidade para operações típicas do sistema, sem afetar o aspecto autopoietico.

Dessa forma, os marcos fronteiriços estabelecerão a organização interna, definir-se-á o que está dentro ou fora do sistema, ou seja, quais são as estruturas do sistema. Então a sociedade se define por um conjunto de comunicações sistêmicas. Fora do âmbito de comunicação do sistema (interno), há o ambiente da sociedade (GONÇALVES, 2013).

Nesta senda, ocorre uma limitação das atividades que irão compor ou estruturar os sistemas, esse é o caráter interno individualizante do próprio sistema. Sem enganos, pelo que já foi exposto, não significa uma falta de interação entre sistemas distintos, mas a compreensão de que as informações externas, advindas de fora do sistema, serão lidas

de determinadas formas, conforme previsões de funcionamento interno dos sistemas que delas se utilizam.

Deve-se estabelecer, portanto, um campo para definição do que estaria dentro ou fora de um dado sistema de forma a possibilitar a compreensão do processo comunicativo inter-sistêmico. E, dentro de um sistema, como os seus elementos se articulam de maneira a formar o sistema com suas características peculiares (CAMPILONGO, 2010)

Do mesmo modo, é possível ver um panorama no sentido de evolução relacional entre os sistemas. O meio social comporta um todo vivo, dinâmico, que estabelece novas relações de forma célere. A densidade dessas relações gera reflexos práticos para esses sistemas que compõe o todo. O subsistema do direito, por exemplo, precisa responder a demandas sociais que são por essência mutáveis.

O ideário organizativo dos sistemas era a diminuição da complexidade do ambiente. Estando este ambiente mais denso, os sistemas reagirão, gerando respostas para diminuir complexidades, mas sem deixar de criar novas complexidades a partir do processo comunicativo interno. Uma aparente contradição, porém condição para atualização sistêmica.

O sistema então define as perturbações, influencias externas, que irá considerar para desenvolver seus processos internos. Daí a alta complexidade interna existente. Perturbações externas, por conseguinte, podem elaborar novos processos dentro dos sistemas. São novos caminhos dentro do sistema, todavia a autonomia se mantém. A relação não gera influência sobre os elementos operacionais – o ambiente não estabelece a operação, mas o próprio sistema.

Então a clausura ou fechamento operacional (*autopoiesis*) não representa um tratamento isolacionista, mas a autonomia do sistema. Uma condição para a própria abertura do sistema. Sem a figura da autonomia, como enxergar um convívio e interação entre sistemas? As informações do ambiente serão processadas, vão estimular/ irritar, mas não serão capazes de determinar as próprias estruturas fundantes (GONÇALVES, 2013).

Nessa seara, temos ainda a questão da contingência, as respostas dos sistemas não são pré-determinadas. A forma de evolução dos sistemas a partir de reações a ruídos externos não é objetiva, é sem uma predefinição (ideia conceitual de contingência).

Em suma, as perturbações são assimiladas, por meio de um processo interno ditado pelo sistema, novos elementos surgem e o sistema ganha complexidade comunicativa. É o modo de manter o sistema em sua existência.

O fechamento operacional significa a forma de o sistema ter unidade. Os elementos de funcionamento interno dos sistemas independem dos elementos externos ao sistema. Internamente, verifica-se um universo denso, tudo existe a partir do próprio sistema, é um processo comunicativo próprio. Saliente-se, mais uma vez, não é uma negação dos outros sistemas, o que se fala é que as construções são próprias do sistema. É a questão da independência existencial.

O sistema que se utiliza de um outro não precisa ter amplo domínio e conhecimento da outra estrutura sistêmica. Existe um caráter interno isolado que não se importa com as outras estruturas, mesmo com a inter-relação. Pode-se dizer que há uma diferença de códigos de operação, consistente nas previsões da internalidade.

A preservação dessa autonomia ou diferença entre os elementos fundamentais da estrutura são importantes para a continuidade dos sistemas, guardada a distinção. O acoplamento estrutural, nessa perspectiva, pode desencadear perturbações ao próprio sistema que se beneficia de elementos de outros sistemas. Seria a “estranheza” gerada dentro do sistema. Como já dito, sistemas fechados de forma operacional, mas abertos cognitivamente.

O acoplamento estrutural representa então uma ligação, os sistemas acoplados são meios para os diversos sistemas. As perturbações são naturais quando se pensa no fechamento operacional e na abertura, “o conceito de acoplamento estrutural indica uma relação de simultaneidade entre sistema e ambiente” (LUHMANN, 1990, n.p). Não há uma prejudicialidade necessária, faz parte de um processo.

Um sistema se comunica com outro com o objetivo de funcionar, tornar-se operativo. Não é necessário que acompanhe toda a dinâmica de um outro sistema. O fechamento operacional permite uma abertura cognitiva para sistemas dos quais irão se apropriar ou não, observando os elementos internos do próprio sistema para ampliar as comunicações internas. É um ponto fundamental da teoria sistêmica.

4. Sistemas político e jurídico

Com base nos alicerces teóricos apontados nos tópicos anteriores, pode-se tratar do acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política. O processo de criação

do direito está no âmbito político, é um processo político, onde a “voz” está com representantes eleitos pelo povo.

Contudo, são sistemas distintos, com códigos diferentes, que reduzem a complexidade do ambiente (LEITE, 2008). De um lado, o direito que opera a partir do código lícito/ilícito, do outro, a política, a partir do código governo/oposição. Em razão do fechamento estrutural, os sistemas operam apenas dentro dos limites internos, não fora (GONÇALVES, 2013).

Todavia, os sistemas “atuam de forma intimamente ligada à legislação estatal e derivam seus princípios da mesma fonte normativa, isto é, o direito constitucional” (CAMPILONGO, 2010, p.84), o que torna a discussão sobre a autonomia instigante. Por maior que seja a ligação entre os sistemas, a diferenciação deve ser mantida, os códigos internos devem ser preservados pela teoria luhmanniana. A estrutura do sistema permite estabilização/ identidade, campo específico de comunicação com certa previsibilidade.

Uma questão surge. E quando o sistema político sobrecarrega o sistema jurídico? Contextualiza-se, a partir do momento, por exemplo, em que o poder decisório do campo político não aparenta estar sendo adequadamente utilizado, aponta-se caso clássico da transferência do âmbito decisório em políticas públicas do Legislativo para o Judiciário. Aumentar-se-á a liberdade dos juízos (CAMPILONGO, 2010). É a judicialização da política, uma transferência do local de decisão. O sistema jurídico não pode optar por não decidir, sua estrutura interna estabelece o *non liquet*. O sistema jurídico reage à perturbação externa, no caso à irritação do campo político.

Os subsistemas jurídico e político, seguindo os alicerces teóricos, são autopoieticos e compõem a sociedade. Cada sistema produz suas estruturas, mediante operações que são fechadas. Os limites estruturais precisam ser observados. Do contrário, perde-se o controle de operações, o sistema “passa a pedir e oferecer aos demais subsistemas prestações impossíveis de serem satisfeitas” (CAMPILONGO, 2010, p. 75).

Em regimes democráticos, deve-se observância a preceitos legais já postos que assumem a estrutura do Direito. Ou seja, o sistema político pode ser questionado por elementos de um outro sistema. O sistema político, no entanto, não precisar estar a par de toda a grandeza do sistema jurídico, precisa conhecer algumas limitações que afetam o funcionamento da própria estrutura. O contrário também é verdadeiro.

Ambos os sistemas possuem suas próprias operações. No entanto, as externalidades existem e são assimiladas, ou não, de acordo com processos inerentes aos

sistemas. Ambos operam dentro da sociedade e devem ser analisados nessa perspectiva (CAMPILONGO, 2010). O que é direito e o que é política, apenas os subsistemas podem definir a partir dos códigos fundantes.

O texto constitucional é um parâmetro interessante de análise. A Constituição possibilita o fechamento operacional do direito, sendo ainda “mecanismo da abertura cognitiva do direito à política” (CAMPILONGO, 2010, p.70). O sistema jurídico influencia a política e vice-versa. Luhmann reconhece a ampla relação entre os sistemas, “ao se falar em *constitution* pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado” (LUHMANN, 1990, n.p).

Luhmann defende ainda que a “Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles” (LUHMANN, 1990, n.p).

Ante todo o exposto, os sistemas fechados não podem ser vistos como algo de pequena envergadura. Os processos comunicativos são muito diversos e abrem caminho para novas complexidades, sendo a ligação entre sistemas, muitas vezes, imprescindível.

Nesse contexto, ponderações sobre o ativismo judicial são provocativas, definir os limites e as funções exercidas pelos sistemas pode ser árduo ou até mesmo impossível. A política e o direito são sistemas, sem dúvida, intimamente acoplados. No entanto, se os marcos fronteiriços não são respeitados, cria-se um problema para definição do próprio sistema, a unidade não se preserva.

O processo interpretativo de textos constitucionais gera perturbações nos sistemas político e jurídico. Valores fundamentais ou postulados morais como fundamentos de decisões jurídicas torna incerto o respeito ao código direito/ não direito. Não se está em um caminho de interpretações corretas do texto constitucional, mas da correção dos argumentos fundantes de uma decisão judicial, no que tange a juridicidade (DE DIORGI, 2014).

Constata-se que o acoplamento poderá ter um relevante papel no desenvolvimento dos sistemas que se aproveitarão das relações. As perturbações geradas pelos acoplamentos estimulam os sistemas. Novas informações podem ser produzidas. O direito, *exempli gratia*, precisa acompanhar a dinâmica social, reagindo aos estímulos do ambiente. Todavia, em observância aos códigos e à Constituição, mantendo-se como sistema.

Os sistemas aprendem a tratar com as irritações que são produzidas pelas externalidades, desenvolver um processo comunicativo ou escolher ignorar informações. O próprio sistema pode distinguir as perturbações que vão gerar um processo interno ou não, os elementos e a dinâmica do sistema se criam na internalidade. Os acoplamentos não limitarão a autonomia dos sistemas. As irritações podem ter peso, serem contínuas, mas os elementos internos serão criados pelo próprio sistema. O acoplamento permite uma conexão entre subsistemas. É ponto de interseção e distinção, portanto (NOVAIS, 2002).

Toda a explanação teórica serve para o debate viabilizado pelo acoplamento entre os sistemas sociais, político e jurídico, em relação a separação entre direito e política. Caso voltássemos à teoria dos sistemas abertos, o sistema jurídico estaria contido no sistema político, uma ligação que um sistema autopoietico não admitirá. As operações internas precisam ser preservadas.

Como dito, o direito funciona de acordo com o código direito/ não direito, nas palavras de Luhmann, "o sistema jurídico faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito do não-direito" (LUHMANN, 1990, n.p). Uma decisão fundada em tal código será uma decisão jurídica. A juridicidade está na observância do código.

Cabe retomar o papel de uma Constituição nessa análise sistêmica. A Constituição é meio de acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política. Possibilita uma dinâmica entre meio e sistema. Estabelece os limites a serem observados e possibilita contato. Daí o sistema jurídico pode adotar decisões políticas sob a forma de jurídicas de acordo com o código interno "juridizante" (LEITE, 2008).

Na jurisdição constitucional é possível vislumbrar claramente o choque entre os sistemas jurídico e político. A Constituição é um elemento de acoplamento estrutural e as Cortes constitucionais, defensoras do texto, acabam como órgãos de acoplamento. No entanto, no contato prático com os casos postos a julgamento os limites do sistema jurídico precisam de observância, mesmo em casos de judicialização da política, afinal "decidir sobre temas políticos não significa decidir politicamente" (LEITE, 2008, p.177).

É o que ocorre no ativismo judicial, o sistema jurídico incorpora uma nova informação, sem uma previsão normativa. Seria o decidir politicamente. Determinadas inovações no subsistema do direito exigiriam trabalho legislativo. Todavia, o próprio Judiciário se apresenta como agente modificador do sistema. Daí desconfianças nascem. Talvez o direito mudando para a política ao operar por código estranho ao sistema.

Dessa forma, o Judiciário deve observar limites à aplicação das normas para não invadir a seara da política e violar a Constituição. A relação entre a política e o direito é intensa, mas deve ser complementar. Cada provimento jurisdicional deve estar amparado em argumentos consistentes dentro do código do direito.

Uma decisão ativista seria uma decisão não dotada de juridicidade, a autonomia dos sistemas estaria em jogo. Uma corrupção do código do sistema jurídico. Os julgadores precisam se ater a balizas constitucionais, utilizando-se do código direito/ não direito para os provimentos. O ativismo não seria apenas uma reação do sistema jurídico a uma irritação, seria a possível tirania em decisões – arbítrio. Criação que ampara a insegurança jurídica.

5. Considerações finais

Luhmann desenvolve sua teoria com o objetivo de superar marcos teóricos da sociologia tradicional, criando uma teoria da sociedade abrangente. Por meio da teoria dos sistemas é viável explicar distintas relações sociais ou até mesmo toda a sociedade.

No âmbito de inter-relações sistêmicas um mundo de análise se apresenta, os acoplamentos estruturais e a forma de se entender o funcionamento de sistemas, as influências externas, mesmo com a individualidade existente e a distinção do entorno/ ambiente.

A relação entre o direito e a política é desafiadora, são sistemas que operam com base em seus próprios códigos, observando-se o caráter autopoietico, mesmo que fundamentalmente relacionados. A Constituição estabelece o acoplamento estrutural entre os sistemas, pois não existe isolamento, há abertura cognitiva, permitindo harmonia inter-sistêmica indispensável. Um elemento de acoplamento e unidade que não ampara a desobediência aos códigos operacionais.

6. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Marilene. A Constituição e a teoria dos sistemas de Luhmann. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 79, v.20. 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE DIORGI. Raffaele. Seminário Teoria da Decisão Judicial. Série Cadrenos do CEJ. 2014.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais : direito e sociedade na obra de niklas luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Glauco Salomão. A politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 64, v. 16, 2008.

LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Político e Jurídico. **Revista Direito Público, n.32, março-abril/2010.**

LUHMANN, Niklas - A constituição como aquisição evolutiva. [Tradução realizada a partir do original ("Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore ("La costituzione comeacquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).] [Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 15 jun. 2021.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Soziale System*. IN: Amado, Juan Antonio Garcia. *A sociedade e o direito na obra de niklas luhmann*. IN: Arnaud, André-Jean (org); Lopes Jr., Dalmir (org). *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. O contrato em Kelsen e Luhmann. *Revista de Direito Privado*, n.11, v.2, 2002.

A EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO E A CENTRALIZAÇÃO: O PAPEL DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA DELIMITAÇÃO DA ESTRUTURA FEDERATIVA

LEONARDO GUIMARÃES PEREGO: Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
173

Resumo: O presente artigo volta-se ao estudo da estruturação do Estado Federativo, mediante a compreensão e a identificação de seus principais elementos e de suas características constitutivas. Partindo de sua recomposição histórica, com especial destaque para a experiência norte-americana, buscar-se-á analisar a evolução desses elementos identificadores ao longo dos mais de duzentos anos de prática federativa, oportunidade em que também será destacada a maleabilidade e a flexibilidade que esses elementos podem emprestar à estrutura federativa. Será também conferida atenção especial à caracterização de uma possível tendência de centralização do exercício do poder político na figura de um dos entes que compõe a Federação e, por fim, analisada a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal na matéria correlata à delimitação do pacto federativo, se favorável a um exercício compartilhado e descentralizado das principais temáticas correlatas ao Estado Federal, ou se tendente à sua centralização na figura da União Federal.

Palavras-Chave: Federalismo; Evolução; Justiça Constitucional; Centralização.

Abstract: The article aims the study regarding the structure inherent to the Federative State, through the comprehension and identification of its constitutive characteristics. Starting from its historical reconstitution, with a special focus on the North American experience, an attempt will be made to analyze the evolution of such elements over the more than two hundred years of federative practice, as also the flexibility that these elements can lend to the federative structure. A special focus will be granted to the characterization of a possible – and eventual – tendency to centralize the exercise of the political power on a specific federative entity, together with the relevance granted to Constitutional Justice – in special Supreme Court – in delimiting the joint action among the entities and, thus, the very structuring of the federative model, either to a decentralized exercise of the main political themes, or if it tends to its centralization in the Federal Government.

173 São Paulo, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0860302317157090> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4576-9097> E-mail: leo_perego99@hotmail.com. Advogado.

Keywords: Federalism; Evolution; Constitutional Justice; Centralism.

Sumário: 1. Introdução – 2. Evolução do Estado Federal – 3. Federalismo e Centralização – 4. A Justiça Constitucional e a delimitação da estrutura federativa – 5. Considerações Finais – 6. Referências.

1 - Introdução

A análise do Federalismo, juntamente da formação do que se convencionou em denominar por Estado Federal, representam, certamente, tema dos mais relevantes e envolventes nos estudos correlatos não apenas ao Direito Constitucional, mas à própria Ciência Política como um todo. Estudar e, de certa forma, dissecar o Federalismo e o Estado Federal é, antes de mais nada, observar e compreender um dos principais elementos que suportam e justificam a estruturação de diversos estados modernos, distribuídos ao redor dos cinco continentes do globo, submetidos a contextos históricos, laços culturais e linguísticos dos mais diversos, mas que compartilham entre si um objetivo comum: a necessidade de integrar as diversas entidades subnacionais que integram a respectiva estrutura federativa, permitindo um exercício compartilhado do poder político e, assim, uma *certa* descentralização quanto à tomada das decisões afeitas a cada uma dessas entidades, juntamente daquelas que guardem relação ao Estado Federal como um todo. Mais do que um questionamento sobre "*o que se deve fazer?*", a indagação central que se impõe quando da opção pelo Federalismo, seguida da estruturação do Estado Federal em si, é "*quem pode ou deve fazer o quê?*" 174.

O vocábulo "*certa*" foi acima empregado não para fins de mera retórica, mas justamente para, de antemão, externar toda a dificuldade subjacente a esse processo de descentralização do poder ao longo de diversos níveis verticalmente apostos¹⁷⁵, dificuldades essas que acabam por resultar – ou, eventualmente, de justificar – uma das questões que aqui pretendem ser abordadas, representada pela temática da centralização do exercício do poder político em apenas uma das "*ordens de poder*" que compõe a estrutura federativa então adotada, centralização essa usualmente avocada pelo ente

174 BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, set./dez. 2020, p. 168. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-42-pandemia-e-federacao-a-nova-diretriz-do-supremo-tribunal-federal-para-a-interpretacao-das-competencias-comuns-e-alguns-desafios-para-sua-universalizacao/>. Acesso em: 07/12/2021.

175 "*Trata-se da repartição vertical do 'poder', como comumente é chamada, e pela qual é possível identificar a existência de um Estado federal.*" (TAVARES, André Ramos: **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 865).

central (a "*União*"), em detrimento da participação dos demais centros de poder, os quais serão aqui referidos genericamente como *entes federativos*¹⁷⁶.

De fato, a implementação do Estado Federal representa matéria ínsita ao texto constitucional, nele ocupando papel de destaque, competindo-lhe o primoroso mister consistente na estruturação do modelo federativo proposto, mister esse efetivado mediante a delimitação da forma com que o poder político haverá de ser exercido, uma vez que, como é imanente à estrutura federativa, referido exercício é compartilhado por diferentes ordens, representadas pelos diversos entes que integram o Estado Federal então pretendido. É o que caracteriza a tão desejada *descentralização*, que tão bem caracteriza essa forma de estruturação do Estado. Precisamente neste aspecto é que reside a importância conferida à ideia de *repartição de competências*, por representar o mecanismo de que se vale a ordem constitucional para delimitar o âmbito de atuação afeito a cada uma das entidades componentes da Federação e, principalmente, para orientar a dinâmica correlata aos temas e matérias que a Constituição optou por conferir seu trato (seja a nível normativo, seja no âmbito exclusivamente material) conjuntamente a mais de um ente federativo, demandando, portanto, uma atuação conjunta e coordenada entre eles para a consecução da finalidade que lhes foi atribuída. A opção por um modelo que contemple um campo mais significativo de matérias atribuídas – seja de forma concorrente, como também em caráter exclusivo – aos diversos entes federativos, ou por uma estrutura que implique na reunião dos mais relevantes temas de cunho político e social no plexo de atribuições conferidas ao ente central, haverá de ser necessariamente promovida pelo texto constitucional, o que somente reforça e ressalta a importância inerente à figura da repartição de competências.

O destaque conferido pelo parágrafo anterior ao papel de relevo albergado pela Constituição em matéria de estruturação do modelo federativo – juntamente de seu mais fiel e expressivo corolário, a repartição de competências – pode, num primeiro momento, transmitir a ideia de que a redação dos dispositivos constitucionais responsáveis por elencar as atribuições conferidas – concorrente ou exclusivamente – aos entes federativos seriam, por si só, suficientes a elidir todo e qualquer problema ou até mesmo dificuldade na identificação do campo de atuação ínsito a cada ente federativo, o qual estaria estabelecido de forma rígida e insuscetível a maiores questionamentos. A realidade empírica, no entanto, parece externar uma conclusão diversa, evidenciando uma série de

¹⁷⁶ A expressão será utilizada com cunho genérico, com o intuito de albergar, sob um denominador comum, as diversas unidades de poder que, ao lado do ente central, integram e compõe a estrutura federativa. Assim, por exemplo, em referência ao Estado Federal Brasileiro, a expressão designará os Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal. Marta Arretche, em interessante obra sobre o tema, confeccionada sob a ótica da Ciência Política, compreende a referência a essas entidades mediante o uso da expressão "*entes subnacionais*". (ARRETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.)

situações em que a mera leitura de tais dispositivos – especialmente quando lidos de forma conjunta e analítica – não fornece os subsídios necessários à identificação, clara e precisa, do(s) ente(s) competente(s) para apresentar(em) proposições legislativas sobre determinado tema, ou ainda para a execução de políticas públicas afeitas a uma dada matéria. Diante de cenários como tais, a Justiça Constitucional é convocada para exercer um papel não apenas de “simples” guardiã da Constituição, mas da própria estrutura federativa como um todo, reprimindo excessos e primando pelo respeito e pela manutenção do modelo proposto pelo Constituinte de 1988 (já assegurado logo no artigo 1º).

E é precisamente no exercício dessa primorosa atribuição que a prática acaba por revelar indícios de uma possível e deveras interessante conclusão: não obstante o cuidado do Constituinte em buscar delimitar, de forma clara e exaustiva, o campo de atuação apostado a cada um dos entes federativos – seja em caráter exclusivo, seja mediante participação conjunta e concorrente entre eles – a roupagem conferida à estrutura federativa, longe de ser estática e imutável, apresenta-se de forma dinâmica, permitindo determinados ajustes com relação ao modelo adotado. Dentre esses possíveis ajustes, destacam-se aqueles que se impõe sobre a própria dinâmica que rege a participação de diversos entes no exercício das atribuições constitucionais representativas do poder político, se propensa a preservar espaço para uma maior e mais efetiva atuação dos Estados (e, no modelo federativo Brasileiro, dos Municípios e do Distrito Federal) nos assuntos que sejam de seu interesse, ou se o trato correlato a essas matérias haverá de ser absorvido pelo ente central (a União). Conforme se buscará expor na sequência, referidos ajustes e, conseqüentemente, a *escolha* quanto ao modelo federativo a ser observado (se propenso a uma maior descentralização ou à reunião das principais temáticas na figura do ente central) representa mister assumido pela Justiça Constitucional, especialmente quando da análise dos denominados “*conflitos federativos*”.

Duas, portanto, são as questões de interesse que se pretende aqui desenvolver, as quais estão fortemente interligadas e associadas. A primeira deles consiste em uma tentativa de se atribuir uma resposta aos seguintes questionamentos: (i) *haveria, de fato, um certo movimento ou uma espécie de tendência pela centralização do exercício do poder político na figura do ente nacional – no caso Brasileiro, na União – (ii) e, em havendo, poderia isso implicar em uma relativização ou até mesmo numa supressão do modelo federativo, ao menos quanto à forma com que hoje o concebemos?*

Na sequência, o foco se volta à atividade desempenhada pela Justiça Constitucional quando da apreciação dos denominados *conflitos federativos*, assim compreendidos os casos cuja atuação jurisdicional reside na identificação empírica do(s) ente(s) competentes(s) para a edição de leis sobre um tema, ou para a execução de uma determinada política pública, juntamente da importância subjacente a essa atuação para

fins de delimitar a estrutura federativa constitucionalmente proposta, capaz, por exemplo, de prestigiar um modelo de matiz descentralizado – conferindo um espaço de destaque à participação de todos os entes integrantes da Federação – ou “chancelando” a centralização do enfrentamento dos principais temas constitucionais na figura do ente central. O questionamento que será enfrentado quanto a esse tópico em específico pode ser assim sintetizado: *qual o reflexo da atuação da Justiça Constitucional, quando da apreciação e do julgamento dos denominados conflitos federativos, na delimitação e na estruturação do modelo federativo?*

2 – Evolução do Estado Federal

Uma abordagem analítica e histórica do Federalismo, seguida de sua evolução no quadro político moderno, tem sua importância e contribuição associadas à identificação da estrutura federativa de Estado como um importante passo na evolução da sociedade e de seus indivíduos. Isso se evidencia especialmente no que se refere às tratativas e aos desígnios correlatos ao poder político, representando uma tentativa válida – e comprovadamente eficaz – de estabelecer uma série de limites e de condições ao seu exercício, conferindo, assim, um importante e necessário alicerce à firmação da liberdade individual.

Imanente à ideia de Federalismo, portanto, é a ideia de *descentralização*, de compartilhamento do exercício do poder político e das questões e temáticas que lhes são afeitas. A afirmação acima proposta, no sentido de que o Federalismo representaria um marco expoente na evolução da configuração moderna do poder estatal, seria justificada na sua compreensão como elemento disruptivo de todo um histórico de concentração e abuso no seu exercício – o qual esteve fortemente presente, ao ponto de se impor como marco definidor, nos governos despóticos e no absolutismo monárquico – ao passo em que se apresentava, paralelamente, como uma alternativa “para o modelo de autoridade política centralizada, desenvolvido durante a Revolução Francesa”¹⁷⁷. Paulo Bonavides, identifica no sistema federativo uma forma de combater uma indesejada concentração da autoridade, já que residiria em seu âmago a nota necessária da distribuição vertical de poderes, a qual complementaria aquela separação horizontal, já preconizada por Montesquieu¹⁷⁸. Raul Machado Horta, por sua vez, extrai da forma federativa um “*processo de renovação estrutural*”, o qual seria imanente à ampliação do grau de

177 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 03.

178 BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 17, nº 65, jan./mar., 1980, p. 117.

descentralização e que conduziria àquilo que o mestre mineiro denominou por "*descentralização regional*"¹⁷⁹.

Paralelamente à primordial ideia de descentralização quanto ao exercício do poder político, reside no âmago da forma federativa uma segunda característica de igual relevância e destaque: o *papel agregador* conferido à forma federativa, que permite unir, sob um mesmo manto político, governativo e estrutural, indivíduos, povos e nações dotados dos mais diversos laços culturais e submetidos a contextos históricos dos mais plurais possíveis. De fato, a história demonstra que a forma federativa de Estado em muito contribuiu para a unificação, sob uma estrutura política comum, de povos heterogêneos quanto aos seus traços culturais, históricos e, até mesmo, linguístico, algo difícil de se conceber sob a égide dos antigos estados absolutistas e que, muitas vezes, contribuiu para seu enfraquecimento e posterior desvanecimento. Paulo Bonavides associa esse mérito federativo à própria fórmula vinculativa que caracteriza essa forma de Estado, em que os laços políticos são mais apertados, possuindo – em uma feliz expressão – maior *força agregativa* quanto aos vínculos que unem os povos que aderem à forma federativa, ainda que essas unidades aderentes se apresentem visivelmente desiguais quanto ao seu território, riqueza ou densidade populacional¹⁸⁰. Fernanda Dias Menezes de Almeida, com esteio nos artigos federalistas de Alexander Hamilton e James Madison, vislumbra que a união jurídica e política dos distintos povos americanos representava uma preocupação ativa dos autores federalistas, os quais identificavam na fórmula federativa o mecanismo competente a possibilitar essa união e, assim, o alcance dos objetivos então por eles pretendidos (como, por exemplo, a defesa e a manutenção da integridade territorial, frente a possíveis investidas da antiga metrópole britânica), justamente pelo fato dessa nova fórmula conferir "*maior força agregativa aos laços que uniam os povos da América*".¹⁸¹

179 HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte: v. 30, n.º 28/29. 1985-1986, p. 09.

180 BONAVIDES, Paulo. **O caminho para um federalismo das regiões**. p. 116-117.)

181 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. p. 07. Ainda com relação ao riquíssimo histórico norte-americano, curioso observar que, mesmo unidos por um laço histórico, cultural e étnico em comum – já que os colonizadores provinham em sua quase totalidade do império britânico, o passar dos anos possibilitou que as antigas Treze Colônias fossem se estruturando de maneira própria e particular, não necessariamente idêntica à das Colônias vizinhas. Seja por fatores climáticos, geográficos ou até mesmo pelo contato com os povos indígenas originários (cita-se aqui a obra prima do historiador Howard Zinn, "*A people's history of the United States*"), as Colônias assumiram feições políticas, sociais e culturais próprias, o que representou um considerável complicador no processo de união federativa, cujo mérito em muito deveu-se aos louváveis esforços dos autores federalistas, como bem destacado por Fernanda Dias Menezes de Almeida. Ademais, há que se destacar que essas diferenças culturais persistiram à formação do Estado do Federal Norte-Americano, representando um dos principais fatores à deflagração, no século que se sucedeu à Convenção de Filadélfia (1787), da lamentável Guerra de Secessão entre os povos do Norte e do Sul (1861 a 1865).

Karl Loewenstein afirma que a unidade nacional é perseguida justamente com base na diversidade regional, diversidade essa que pode ser visualizada em diversos elementos (como, por exemplo, a comunidade de interesses políticos, econômicos ou estratégico-militares, tradição e aspirações comuns). Na sequência, e em referência expressa e nominal ao Brasil, destaca a extensão territorial também como um dos elementos a justificar a adoção da forma federativa de Estado¹⁸². Também orientando-se pelo histórico federativo Brasileiro, Pinto Ferreira reforça que nossa imensidão territorial representou critério elementar à adoção de uma forma de Estado que permitisse uma necessária descentralização de governo, de modo a primar pela integridade de cada uma das regiões, juntamente da manutenção da pluralidade das condições regionais¹⁸³.

Dessa breve contextualização dos elementos que permeiam o surgimento do Estado de Federal, pode-se observar que, na verdade, os dois pontos acima destacados complementam-se reciprocamente. É dizer, a existência de entes distintos entre si por laços históricos e culturais próprios, demanda a adoção de uma forma de Estado que compatibilize, em um só tom, sua união sob uma estrutura política comum – possibilitando a consecução das finalidades então pretendidas, como, por exemplo, a defesa e a integridade do território nacional – e a preservação, na medida do possível, das peculiaridades e dos diferentes vínculos agregativos que compõe, e tão bem particularizam, cada uma das entidades integrantes do Estado Federal, caracterizando, assim, uma certa *diferença na unidade*. Da mesma forma, essa reunião de diferentes entidades somente se perfectibiliza mediante a adoção de uma estrutura política que traga consigo o condão de descentralizar o exercício do poder político, compartilhando-o perante a totalidade dos entes que compõe a recém-formada Federação, ainda que de forma distinta entre cada um deles.

Esta distinção aposta ao processo de compartilhamento ou de repartição interna do exercício do poder político representa tema dos mais relevantes, cujo interesse extrapola qualquer cunho retórico ou meramente acadêmico, refletindo diretamente na dinâmica com que os Estados Federais exercitam, internamente, os poderes que foram constitucionalmente compartilhados entre as entidades que os integram. É de extrema

182 "*Junto a la constitución escrita y el establecimiento de la forma republicana de gobierno, esto es, no monárquica, en Estados con un extenso territorio, el federalismo es la aportación americana más importante a la teoría y la práctica del Estado moderno.*" (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª edição. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 354-355).

183 FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 265. Marcelo Figueiredo, em referência à obra de Pinto Ferreira, pontua que essa peculiaridade do elemento territorial foi responsável pela consagração da pluralidade geográfica regional, englobada na unidade nacional, a qual conferiria o suporte necessário à "*causa social do vínculo federativo*". (FIGUEIREDO, Marcelo. *Federalismo x Centralização. A eterna busca do equilíbrio – a tendência mundial de concentração de poderes na União. A questão dos Governos locais*. In: CAGGIANO, Monica Herman; RANIERI, Nina (Org.). **As Novas Fronteiras do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 125).

relevância que essa repartição seja norteada pela observância das circunstâncias, peculiaridades e da própria realidade ínsita a cada uma das entidades que integram a estrutura federativa, as quais, conforme acima destacado, não necessariamente serão compartilhadas pelas demais entidades (ademais, pensa-se ser possível a enfática afirmação de que tais circunstâncias não são partilhadas pelos demais entes). Precisamente quanto a esse ponto que reside a distinção entre um denominado “federalismo simétrico”, no qual, em vista de uma certa homogeneidade de desenvolvimento e cultural entre os entes federativos, faz-se possível a sua idêntica representação na Federação e, de outro lado, um “federalismo assimétrico”, no qual, em sendo constatadas diferenças das mais diversas ordens entre os entes, impõe-se a implementação de regras de representação e de tratamento específicas para essas unidades distintas entre si, sendo que caberá “à Constituição estabelecer os limites dessa assimetria, que não deve significar preferência por uma entidade federativa ou superioridade em relação a outras componentes federativas”¹⁸⁴.

Expostos esses dois elementos essenciais à estruturação do Pacto Federativo – mais precisamente (i) uma necessária descentralização do poder político, de cujo exercício participam, ainda que de forma diferenciada, todos os entes que integram a Federação, juntamente (ii) do reconhecimento da força dos vínculos agregativos que caracterizam as diferentes unidades que integram o Estado Federal, juntamente do respeito a essas diferenças, a serem consideradas quando da delimitação do quinhão do poder a ser exercido por cada unidade integrante da Federação (representada por uma técnica de repartição de competências constitucionalmente delineada) – são válidos alguns comentários sobre a evolução do Estado Federal, seja quanto ao modelo utilizado por alguns Estados modernos, seja também quanto à dinâmica afeita à efetiva participação dos “atores federativos” nesse pretendido exercício compartilhado do poder político.

3 – Federalismo e Centralização

Como destacado inicialmente, o estudo do Federalismo compreende uma série infindável de temas e questões das mais relevantes, as quais em muito contribuem para denotar a própria concepção hoje proposta sobre a estruturação dos Estados modernos

¹⁸⁴ TAVARES, André Ramos: **Curso de Direito Constitucional**. p. 867. O autor ainda destaca a impropriedade de ter o Estado Brasileiro erigido a nível constitucional um Federalismo simétrico em uma nação visivelmente assimétrica, em que diferentes Estados receberam idêntico tratamento no pacto federativo (mediante, por exemplo, idêntica representatividade no Senado Federal), algo que somente contribui para a efetivação de desigualdades e injustiças. Na abalizada pena do autor, “*Estados diferentes entre si merecem, dependendo do grau e natureza dessas diferenças, tratamento federativo diferente*”. No mesmo sentido, também destacando os problemas na estruturação do pacto federativo Brasileiro pela Constituição de 1988, é a lição de Marcelo Figueiredo (FIGUEIREDO, Marcelo. Federalismo x Centralização. A eterna busca do equilíbrio – a tendência mundial de concentração de poderes na União. A questão dos Governos locais. p. 131).

optantes pela sistemática federativa, juntamente da forma como a desejada – e celebrada – forma de exercício compartilhado do poder político vem se denotando no mundo empírico. A descentralização – que, como acima destacado, configura um relevante traço definidor desse mecanismo de estruturação do Estado, por refletir e respeitar as distintas características e peculiaridades presentes nas diversas unidades integrantes da Federação – continua sendo, de fato, uma constante no Federalismo moderno, ou a prática empírica externaria uma certa tendência para a centralização das principais questões constitucionais em apenas uma das esferas de poder, usualmente a esfera central?¹⁸⁵

Aqui novamente a experiência norte-americana em muito contribui para a fixação das balizas sobre as quais o tema haverá de ser desenvolvido. Não obstante a existência de experiências prévias que poderiam denotar, ainda que de forma indireta, a configuração de confederações e, assim, de estágio embrionário de formação federativa¹⁸⁶, o Estado Federal, da forma como atualmente concebido e analisado, tem sua matiz claramente estabelecida e firmada em solo estadunidense, mais especificamente no território da Filadélfia, onde, em 1787, uma convenção entre doze das treze antigas Colônias britânicas (por não ter se feito presente a antiga colônia de Rhode Island), seria responsável pela fixação dos alicerces necessários à implementação e estruturação do Estado Federal. A importância desse marcante momento da história política, social e constitucional, transcende a “simples” instituição do modelo federativo de Estado, para alcançar também a delimitação das condições e dos elementos que o suportam e lhe conferem a forma necessária à sua estruturação, especialmente a necessidade de o pacto federativo estar suportado e amparado em uma Constituição (que se impôs como resultado das discussões entabuladas ao longo da Convenção de Filadélfia), responsável por designar a esfera de atuação atribuída a cada um dos entes, juntamente da dinâmica correlata a esse exercício

¹⁸⁵ A importância subjacente ao tema transcende, ao nosso ver, a esfera argumentativa ou meramente acadêmica (sem aqui ter-se a pretensão de relegar a importância desses campos, especialmente aquele atinente à pesquisa científica, já por demais sucateado e menosprezado em nosso País), adentrando à própria temática da efetividade de direitos fundamentais, cuja efetivação está diretamente relacionada com a delimitação do(s) ente(s) federativo(s) competente(s) para seu desígnio, especialmente mediante a sistemática de repartição de competências constitucionalmente proposta. Com efeito, a questão pode ser perfeitamente visualizada no cenário Brasileiro, por exemplo, com a compreensão da dinâmica afeita ao exercício das competências legislativas concorrentes, elencadas pelo artigo 24 da Constituição Federal, mais especificamente na necessidade de se delimitar o conteúdo e a extensão das “normas gerais” (art. 24, § 1º, C.F.), cuja edição há de ser desenvolvida pela União, juntamente do conteúdo e da extensão da “competência suplementar” atribuída aos Estados-Membros (art. 24, § 2º, C.F.), sem se excluir a competência dos Municípios para editar leis que versem sobre assuntos atinentes a seus interesses locais (art. 30, I, C.F.).

¹⁸⁶ Karl Loewenstein cita como exemplo de possíveis uniões de Estados sob a forma federativa, anteriores à formação do Estado Federal Norte-Americano, as ligas “*sinoikas*” gregas; a “aliança eterna” dos cantões suíços e a “União de Utrecht”, responsável por firmar as bases sobre as quais posteriormente se assentariam os Países Baixos (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. p. 354).

conjunto do poder político¹⁸⁷, além de consagrar a indissolubilidade do vínculo então firmado.

A experiência federativa se inicia mediante a solução de um dos maiores empecilhos do modelo confederativo, representado pela manutenção do status soberano fruído por cada um dos “Estados Confederados”, que os munia da prerrogativa de imiscuir-se do cumprimento das disposições emanadas da autoridade confederada. A solução consistia, basicamente, na renúncia, por parte das antigas Colônias, da condição soberana por elas até então fruída – assim compreendida como a capacidade de autodeterminação plena e absoluta, que não reconhece limitação, seja a nível interno, seja internacionalmente – para assumirem uma posição de autonomia, muito bem definida pela pena de Fernanda Dias Menezes de Almeida como capacidade de autodeterminação, mas agora limitada a um círculo de competências definida pelo poder soberano, “*que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos poderes da União*”¹⁸⁸. Daí o acerto da lição de Dalmo de Abreu Dallari, ao afirmar que a decisão pelo ingresso em uma estrutura federativa configura o exercício do último ato soberano pelo ente

¹⁸⁷ Raul Machado Horta elenca uma série de requisitos e de elementos que, além de ínsitos à estrutura federativa, seriam elementares à construção normativa do Estado Federal. (i) a decisão constituinte criadora do Estado Federal e de suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros; (ii) a repartição de competências entre a Federação e os Estados-membros; (iii) o poder de auto-organização constitucional dos Estados-membros, conferindo-lhes autonomia constitucional; (iv) o instituto da intervenção federal como instrumento competente a reestabelecer o equilíbrio federativo, em casos constitucionalmente definidos; (v) a Câmara dos Estados, como órgão do poder legislativo federal, com o intuito de permitir a participação dos Estados-membros no processo de formação da legislação federal; (vi) a titularidade dos Estados-membros, através de suas Assembléias Legislativas, mediante número qualificado, para a propositura de emendas à Constituição Federal; (vii) o fato de a criação de novos Estados ou a modificação territorial de um dos Estados estar condicionada à aquiescência da população do Estado afetado, além (viii) da existência de um Supremo Tribunal ou de uma Corte Suprema para interpretar e proteger a Constituição Federal, além de dirimir os litígios federativos e enfrentar as questões relativas à aplicação ou vigência da lei federal. (HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*. p. 12). Aos pontos elencados pelo Autor, nos quais podem ser perfeitamente visualizadas as capacidades de auto-organização, autolegislação e de autogoverno, acrescentasse a necessidade de que cada unidade da Federação possa contar com suas próprias receitas, de modo a conferir-lhes a indispensável capacidade de autoadministração, repartição de receitas essa que configura “*requisito inerente ao Estado Federal, pois, repartindo-se as competências entre os entes federativos, é imperioso que a Constituição lhes propicie os meios econômicos adequados à realização dessas competências.*” (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vida Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 302).

¹⁸⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. p. 11. Sobre o marco distintivo entre soberania e autonomia, são válidas as palavras de Sampaio Dória: “*O poder que dita, o poder supremo, aquele acima do qual não haja outro, é a soberania. Só esta determina a si mesmo os limites de sua competência. A autonomia não. A autonomia atua dentro de limites que a soberania lhe tenha prescrito.*” (DÓRIA, Antônio de Sampaio. **Direito Constitucional**. 3ª Edição. Tomo 2. São Paulo: Editora Nacional, 1953, p. 7).

interessado¹⁸⁹. A expressão é corretíssima, pois bem denota a natureza central dessa autonomia ínsita às unidades que compõe o Estado Federal, uma vez que toda a atuação de tais unidades – e, principalmente, os limites e condições que lhes são inerentes – passa a estar expressa e literalmente orientados pela Constituição Federal, que será o documento responsável por ditar não apenas as atribuições de cada unidade particularmente considerada, mas também a de todos as demais que passam a integrar a Federação, inclusive com relação às atribuições pertinentes à Federação como um todo.

Superados os entraves e as dificuldades que caracterizaram o modelo confederativo, a implementação do Estado Federal, por sua vez, ensejou o enfrentamento de uma série de novas questões. Talvez a principal delas consistira na viabilização desse exercício conjunto ou compartilhado do poder político por diversos entes. Como compatibilizar os interesses de entes que, até então, fruía da mais ampla autodeterminação, ínsita à condição soberana, com a criação de um novo ente, responsável por aglutinar os interesses de todas essas entidades subnacionais? ¹⁹⁰ É precisamente neste contexto que se observa o papel de destaque conferido à repartição constitucional de competências, como sendo representativa da indispensável estruturação da forma com que diferentes unidades partilharão do exercício do poder, seja com relação aos seus próprios e exclusivos misteres, seja com relação àqueles que guardem maior relação com o Estado como um todo. Não é por outra razão que Raul Machado Horta visualiza na repartição de competências a própria "*coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal*", já que nela residirá os ditames essenciais às regras de configuração de cada um dos entes federativos, além de indicar a área de atuação constitucional afeita a cada um deles, de modo que a decisão a respeito da repartição de competências se reveste do condão de condicionar a fisionomia do Estado Federal, determinando os graus de centralização e de descentralização do poder federal¹⁹¹.

Este é tema dos mais relevantes, por revelar a importância albergada pelo Texto Constitucional em um Estado que se molda sob a forma federativa, verdadeiro instrumento

¹⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 23-24. O autor ainda faz expressa referência à conhecida expressão de Giorgio Del Vecchio, para quem o nascimento do Estado Federal representaria uma espécie de "*suicídio de Estados*".

¹⁹⁰ Válido o registro de que a delimitação da margem de atuação das antigas Colônias, até então soberanas, albergou papel de destaque nas discussões entre os Federalistas (especialmente Alexander Hamilton e James Madison) e aqueles contrários a essa nova estruturação política, representados, por exemplo, por Thomas Jefferson.

¹⁹¹ HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. p. 13-18.

Karl Loewenstein afirma não haver nada mais delicado na técnica constitucional que a designação das tarefas estatais nos respectivos campos de competência constituídos pelo Estado Central e pelos Estados-membros, fazendo com que a repartição de competências se apresente como a "*chave da estrutura do poder federal*" (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. p. 356)

competente e responsável pela estruturação do Estado Federal, do papel conferido a cada um dos entes que a integram – juntamente da forma com que esse papel será desempenhado, se de forma equânime ou conferindo maior destaque ou certa propensão a um ente em específico – além de orientar o fluxo ou a dinâmica com que diferentes entes partilharão do exercício do poder, especialmente sobre os temas mais caros ao Estado e aos seus nacionais. Do estudo do capítulo constitucional voltado à estruturação da forma de Estado federativa – principalmente aquele voltado à repartição das competências legislativas e administrativas – será possível extrair uma série de elementos que em muito contribuirão para a identificação do modelo federal que se espera implementar, o qual pode externar o interesse dos constituintes por um Estado com uma tendência centralizadora, mediante a alocação de diversas atribuições de relevo na figura da União, ou ainda uma propensão a um federalismo descentralizado, em que diversos entes albergam a capacidade legislativa ou executiva de temas tidos como relevantes no interior do Estado Federal.¹⁹²

No contexto Norte-Americano, em que ainda era recente a experiência soberana de Estados independentes¹⁹³, a opção inicialmente veiculada pela Constituição de 1787 foi por um federalismo designado como “dual”, mediante o reconhecimento de dois níveis de poder, sem que haja qualquer predisposição hierárquica entre eles, mas sim campos específicos e previamente delimitados de atuação. Nessa nova formatação, a Constituição optou pelo elenco de todas as matérias que compunham o plexo de competências da União (“poderes enumerados”), reservando aos Estados-Membros os poderes não enumerados¹⁹⁴. Nesse iter, questões de relevo, como aquelas atinentes aos poderes de tributar, contrair empréstimos, questões de política monetária, dentre outras, foram expressamente foram atribuídas à União (Art. I, Seção 8). Aliás, não apenas essas expressamente estabelecidas. Conforme firmado pela Suprema Corte no julgamento do conhecido caso “*McCulloch v. Maryland*”, de 1816, à União competiria não apenas os poderes a ela expressamente definidos pela Constituição, mas também todos aqueles

192 Nas palavras de Raul Machado Horta, “*assegurar a coexistência entre esses múltiplos ordenamentos, o da Federação, que é central, e os Estados-membros, que são parciais, é a fundação da Constituição Federal (...)*” (HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. p. 10).

193 Precisamente por força dessa experiência soberana que ainda se mostrava recente, Bernard Schwartz afirma que “*se houve uma coisa que os elaboradores da Constituição americana procuraram fazer foi reservar um lugar significativo no sistema que estavam criando para os estados, cujos delegados eles eram.*” (SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano Atual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 09).

194 Esta interpretação foi expressamente reconhecida e confirmada pela 10ª Emenda, ratificada em 1791, segundo a qual “*Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados, respectivamente, aos Estados, ou ao povo.*”

necessários à consecução e efetiva concretização desses expressamente firmados.¹⁹⁵ Tem-se aqui formalizada a renomada “cláusula dos poderes implícitos”, a qual representou um preponderante reforço na atividade hermenêutica despendida pela Suprema Corte com o intuito de dilatar o campo de atuação do Governo Federal.¹⁹⁶

Isso somente foi processado, contudo, em um segundo momento. A doutrina destaca que, no período compreendido entre as primeiras três décadas do século XX, o entendimento prevalecente na Suprema Corte privilegiava a autonomia estadual e a delimitação de competências proposta pela 10ª Emenda, havendo, inclusive, uma certa hostilidade para com as tentativas de regulação da economia e do comércio por parte do Governo Federal.¹⁹⁷

O principal gatilho temporal responsável por apor uma nova interpretação ao modelo federativo Norte-Americano reside, precisamente, no pacote de medidas albergada no “*New Deal*”, implementadas pelo Governo Roosevelt entre os anos de 1933 e 1937. A flagrante necessidade de regulamentação de todo o sistema econômico passava, necessariamente, pelo fortalecimento do papel da União, ainda que em detrimento da considerável autonomia fruída pelos Estados ao longo desses quase 150 anos de vigência do Estado Federal. Neste instante, e sob a égide desse marcante contexto histórico, passa-se a identificar em território Estadunidense uma certa resistência para com a manutenção do sistema dual e, por conseguinte, a implementação de um novo modelo federativo, denominado “federalismo cooperativo”¹⁹⁸. Sob essa sistemática cooperativa, a atuação

¹⁹⁵ Como firmado pelo *Chief Justice* John Marshall, “*a um governo ao qual se confiou uma série de poderes amplos, de cuja execução depende a felicidade e a prosperidade da nação, devem-se, também, ser confiados amplos meios para a sua execução.*” (TAVARES, André Ramos: **Curso de Direito Constitucional**. p. 853).

¹⁹⁶ Neste sentido, HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*. p. 14.

¹⁹⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. p. 21-24. A referência talvez mais expressiva do posicionamento então aventado pela Suprema Corte seja o julgamento proposto no caso “*Hammer vs. Dagenhart*”, no qual se discutia a constitucionalidade de legislação federal que, restringindo o transporte de mercadorias produzidas nos Estados, buscava impedir ou ao menos desincentivar, a exploração do trabalho infantil. Não obstante o contundente elemento social subjacente ao normativo federal, a Suprema Corte reputou-a como inconstitucional, por implicar em uma indevida interferência federal no funcionamento manufatureiro e comercial dos Estados.

¹⁹⁸ Os julgados emanados da Suprema Corte após o período indicado, bem evidenciam a nova orientação assumida pela Corte, especialmente nos casos envolvendo comércio interestadual, mediante uma extensão do conceito afeito à compreensão de “interestadual”. André Ramos Tavares cita o julgamento conduzido no caso “*Wickard vs. Filburn*”, em que a Corte afirmou que mesmo em se tratando de produção para consumo próprio, no interior da fazenda em que cultivado o trigo, poderia haver repercussão de interesse federal (TAVARES, André Ramos: **Curso de Direito Constitucional**. p. 855). O contraponto de Bernard Schwartz ao entendimento da Corte é dos mais interessantes, além de expressar com clareza a evidente a intenção jurisprudencial de prestigiar a legislação federal, uma vez que tudo pode vir a assumir reflexo fora dos limites do Estado (SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano Atual**. p. 36).

dos entes federativos passa não mais a estar suportada (ou não mais suportada exclusivamente) em uma distinção estanque e pré-fixada da área de atuação ínsita a cada um deles. Pelo contrário, a definição das atribuições e das competências passa a ser ditada por uma aproximação (ainda que forçada) entre as unidades federativas, demandando, assim, uma cooperação entre elas. 199

Referido modelo cooperativo de estruturação do Estado Federal é, certamente, marcado pelo reconhecimento de uma propensão quanto à atuação do Governo Federal nas questões de maior relevo nacional, ensejando, como consequência direta e imediata, uma certa preterição quanto à atuação dos demais entes federativos, que podem tanto ter seu campo de atribuições reduzido, como ter o exercício de algumas delas condicionado à regulamentação federal. Por esta característica em específico que Paulo Bonavides, na defesa de seu “federalismo das regiões”, visualiza na expressão “federalismo cooperativo” um eufemismo ingênuo, utilizado para dissimular o que autor defendia como “*a morte do federalismo das autonomias estaduais*”²⁰⁰. Ainda que não se reconheça uma efetiva “morte das autonomias estaduais”, a questão é que a implementação desse modelo federativo de matiz cooperativa implica, inevitavelmente, em erigir a União a um papel de destaque no exercício das competências que guardem relação direta com o Estado Federal, contribuindo, assim, para uma efetiva centralização (para não se usar a expressão concentração, a qual, a nosso ver, também não seria incorreta) do exercício do poder

199 Importante observar que o recurso a esse modelo cooperativo não se impôs como opção exclusiva dos Estados Unidos da América, opção essa que, conforme destacado, esteve muito mais atrelada ao papel conferido à Suprema Corte na interpretação do pacto federativo, no âmbito de uma dificultosa conjuntura, que impunha a necessidade de redimensionar o peso atribuído à participação de cada ente no exercício do poder. Já na Constituição de Weimar, promulgada em 1919, e na Constituição Austríaca de 1920, encontravam-se (na segunda ainda mais que na primeira) regras voltadas a disciplinar a atuação conjunta de União e Estados (“*Länder*”). Fernanda Dias Menezes de Almeida destaca ainda a importância que se há de conferir à Constituição Indiana de 1950, responsável pela definição de três listas, uma contendo as matérias de competência exclusiva da União, outra com as competências exclusivas dos Estados e, por fim, uma terceira, com as competências a serem exercidas concorrentemente entre União e Estados; bem como à Constituição Alemã de 1949 (“Lei Fundamental de Bonn”), a qual confere ampla participação aos Estados (“*Länder*”), seja ao lhes assinalar as competências remanescentes, seja ainda por seu âmbito de atuação no espectro das competências concorrentes ser, inclusive, superior àquele designado à União. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. p. 34-39). Vale aqui uma importante ressalva quanto ao corte metodológico do presente estudo. Em vista da limitação de seu objeto, optou-se por uma análise mais profunda sobre o histórico Norte-Americano, não por qualquer preferência ou afinidade, mas sim, unicamente por ir ao encontro da temática aqui proposta, que é uma breve análise sobre a centralização do poder no Estado Federal, algo que a experiência dos Estados Unidos da América em muito contribui, não apenas por alocar o nascedouro do Federalismo, mas também por toda evolução vivenciada, em que, mesmo caracterizado por uma força centrífuga, mediante a união de Estados independentes e soberanos, a centralização do poder (centrípeto) também veio a se espalhar.

200 BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. p. 123.

político, algo que, como destacado inicialmente, poderia colidir com um dos principais elementares e estruturantes do sistema federativo (a saber, a descentralização política).

Com efeito, seja mediante interpretação jurisdicional quanto aos termos em que firmado o pacto federativo (como se efetivou nos Estados Unidos da América), seja por força da forma com que a Constituição (inicialmente concebida, ou mediante alterações implementadas via processo de emenda constitucional) venha a disciplinar a estrutura federativa e, principalmente, a repartição das competências entre os entes que integram a Federação (como ocorre no contexto Brasileiro, conforme será adiante demonstrado), a questão reside na percepção que a realidade nos impõe sobre uma nova compreensão do Estado Federal, em que, diferentemente de sua concepção inicial, a centralização do poder político em apenas um de seus entes (usualmente o ente central), parece se impor como uma constante. Mesmo nos Estados Unidos, em que o próprio contexto que permeou a fundação do Estado Federal em muito pesava pela opção por um modelo federativo que primasse pelos interesses dos Estados (até então independentes e soberanos), o que se verificou na evolução empírica foi o prevaletimento por uma tendência de crescimento da autoridade federal, consubstanciada no acréscimo das competências da União. A questão, contudo, passa longe de ser uma exclusividade norte-americana.²⁰¹

Diversas são as causas que justificam e que suportam essa tendência centralizadora²⁰², as quais podem compreender desde a impossibilidade de os entes

²⁰¹ Como resultado de um rico levantamento, Fernanda Dias Menezes de Almeida identifica a presença desse “fenômeno centralizador” em uma série de outros Estados, como por exemplo (I) na *Argentina*, em que o fortalecimento do poder central estaria associado a diversas causas, das quais se destacam (i) a necessidade de satisfação de exigências de cunho social e econômico, impondo a adoção de critérios nacionais uniformes, (ii) juntamente da própria corrupção sistêmica, mediante uso abusivo do instituto da intervenção federal nos Estados, como corolário da imposição dos designios da autoridade presidencial, ao que se acrescenta a (iii) a inoperância dos governos provinciais na busca de soluções próprias para problemas que não dependeriam de nenhum auxílio do Governo Federal, optando por uma dócil e cômoda submissão aos desígnios centrais; (II) no *México*, em que o processo de reordenação federativa se conclui mediante a edição de diversas Emendas Constitucionais, as quais se voltam à centralização do poder na figura do Governo Central; (III) na *Suíça*, na qual a perda sucessiva do poder historicamente conferido aos Cantões se deve, além da aprovação de Emendas Constitucionais (sem muita resistência do eleitorado Suíço), ao uso excessivo, pelo Governo Federal, das competências implícitas que lhe foram atribuídas; (IV) e até mesmo na *Alemanha*, em que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 reconheceu a relevância da legislação federal no processo de reconstrução econômica que o pós-Segunda Guerra Mundial impunha.

²⁰² Karl Loewenstein elenca uma série de elementos que, não obstante terem sido listadas pelo Autor em 1970, ainda se apresentam extremamente atuais e perfeitamente identificáveis na atualidade, a maioria delas facilmente identificável no cenário Brasileiro. Dentre elas, destaca-se: (i) a centralidade da figura do Presidente da República no cenário político nacional, relativizando a importância dos Estados e de seus representantes no processo político; (ii) a perda, pelo Senado Federal, de seu mister original de representante e protetor dos Estados-membros, os quais acabaram por sucumbir ao caráter nacional dos partidos políticos; (iii) a industrialização e o crescimento das cidades, que teriam resultado numa perda paulatina das individualidades que caracterizavam as unidades estaduais, juntamente de um esfacelamento do sentimento de pertença

federativos concretizarem os misteres que lhe foram constitucionalmente atribuídos – por exemplo, pela ausência de condições técnicas ou financeiras para tanto – ensejando a sua avocação pelo ente central, passando até mesmo por um certo “desinteresse” por parte de Estados (e, no caso Brasileiro, de Municípios), em exercer ativamente as competências a eles atribuídas pelos Constituintes, justificando e legitimando a atuação do ente nacional na consecução de tais competências. Essas hipóteses são reforçadas por uma flagrante perda de representatividade dos entes federativos no processo político nacional, especialmente força de uma “nacionalização”, não apenas dos partidos políticos, mas do próprio Senado Federal, que, em inobservância à própria causa quer sustenta sua implementação (reforçando aqui o papel de relevo que o sistema bicameral exerce no Federalismo, ainda que não constitutivo, haja vista a existência de diversos Estados Federais amparados, por exemplo, no regime unicameral), tem sua atuação claramente deslocado da defesa dos interesses dos Estados, para atuar como um simples ator político no quadro nacional (sendo, no caso Brasileiro, uma verdadeira extensão da Câmara dos Deputados). Essa perda de representatividade no processo legislativo é extremamente prejudicial aos Estados-membros, que deixam de contar com uma relevante instituto de defesa de seus interesses frente ao Governo Federal, inclusive para fins de intermediação de acordos políticos com a União.

A essas causas associadas diretamente a uma omissão ou impossibilidade de atuação pelas entidades subnacionais, outras hão de ser acrescidas, representativas de uma tendência – ou até mesmo de uma propensão – por um relevo na atuação da entidade central, como, por exemplo, a própria forma com que as competências legislativas e administrativas foram repartidas pela Constituição Federal, denotando a existência ou não de uma “preferência” por um ente em detrimento de outro.

A análise do contexto federativo brasileiro, estruturado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permite extrair a existência de determinadas características que evidenciam a existência de uma possível tendência centralizadora, seja com relação à representatividade dos Estados-membros no cenário político nacional²⁰³, seja pela

anteriormente munido por seus cidadãos; (iv) a grande dependência mantida pelos Estados para com as subvenções provenientes do Governo Federal; (v) o caráter nacional dos partidos políticos, deslocando todo o foco da atividade política para a União, inclusive mediante a manutenção de programas e de estatutos completamente desassociados da realidade regional e, por fim, (vi) a atividade também desenvolvida a nível nacional dos demais grupos pluralistas da sociedade (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. p. 362-364).

²⁰³ Especificamente sobre essa relevante questão afeita à representatividade dos Estados no processo legislativo conduzido a nível nacional, Marta Arretche demonstra empiricamente que a atuação do Senado Federal vem se demonstrando insuficiente, no que concerne à defesa dos interesses estaduais. Com base em uma série de estudos que evidenciam o comportamento das bancadas partidárias na votações de temas envolvendo diretamente questões federativas, a Autora demonstra que o elemento primordial considerado pelos(as) Senadores(as) reside exclusivamente na definição fixada pelas lideranças partidárias, até mesmo

insuficiência de recursos suficientes a dar vazão aos misteres constitucionais que lhe foram designados – gerando uma efetiva dependência para com os repasses do Governo Federal (e também dos Governos Estaduais, no contexto específico dos Municípios), seja por força do próprio modelo de repartição de competências proposto pela ordem Constitucional.

O modelo de repartição constitucional de competências proposto pela Constituição Federal de 1988 é estruturado tanto sob um alicerce *dual*, uma vez que as competências dos entes federativos (inclusive dos Municípios, erigidos à condição de entes federativos autônomos) foram expressamente listadas²⁰⁴ – havendo ainda a previsão da competências dos Estados-membros quanto às demais competências que “*não lhes sejam vedados por esta Constituição*” (art. 25, § 1º, C.F.) – como também mediante recurso à sistemática *cooperativa*, mediante a eleição de uma série de temas e de matérias cuja consecução – seja a nível executivo, seja mediante proposição legislativa – serão desenvolvidos conjuntamente pelos entes federativos, mediante cooperação recíproca.

De fato, o artigo 23 da Constituição Federal elenca uma série de tarefas (doze, mais especificamente) que, pela própria importância que albergam, deverão ser executadas conjuntamente por União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Trata-se das denominadas *competências comuns*, que exprimem muito mais valores e deveres materiais do que propriamente uma habilitação para o seu trato a nível normativo.²⁰⁵

O núcleo do modelo “cooperativo” do Federalismo Brasileiro está estruturado no artigo 24 da Constituição Federal, responsável pela definição das denominadas *competências legislativas concorrentes*, de modo que as matérias ali consignadas serão alcançadas pela atividade legiferante da União, do Distrito Federal e dos Estados-

com relação aos parlamentares vinculados ao mesmo partido do(a) Governador(a). Ou seja, os interesses dos Estados pouco são considerados nas votações conduzidas pelo Senado Federal. (ARRETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. p. 140-144).

²⁰⁴ As competências privativas da União estão elencadas nos artigos 21 (competências materiais ou executivas) e 22 (competências legislativas); a competência privativa dos Estados para a exploração de gás canalizado está veiculada no artigo 25, § 2º (sendo que no § 1º reside a competência relativa às matérias que não lhes sejam vedadas pela Constituição); ao passo que no artigo 30, inciso I, está estabelecida a competência dos Municípios para legislar sobre os assuntos de seu “interesse local” e, no inciso II, a competência para suplementarem a legislação federal e estadual, no que couber). Vale destacar que, a despeito da listagem proposta pelos dispositivos há pouco referidos, o Texto Constitucional contempla outras atribuições aos entes federativos ao longo de sua redação.

²⁰⁵ Ana Paula de Barcellos destaca a inexistência de parâmetros voltados a conferir uma organização mínima à atuação conjunta dos entes federativos, com relação à consecução dos deveres fixados pelo artigo 23 da Constituição Federal, havendo tão somente a referência por demais genérica à necessidade de lei complementar voltada à fixação de normas para a cooperação entes os entes. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização*. p. 169).

membros²⁰⁶. Impõe-se, contudo, a observância dos critérios aventados pelos parágrafos que integram a dicção do artigo 24, responsáveis por orientar e por definir os critérios relacionados a esse exercício compartilhado das competências ali estabelecidas.

O parágrafo 1º do precitado dispositivo prevê a competência da União para o estabelecimento de “normas gerais” sobre os temas elencados no rol do “caput”. Já o parágrafo 2º afirma que a competência da União para a definição das normas gerais não excluiria a *competência suplementar*²⁰⁷ dos Estados-Membros, adequando o conteúdo das precitadas normas gerais de cunho federal à sua realidade e às suas especificidades sociais, políticas e econômicas. Por fim, o § 3º do dispositivo em referência prevê a denominada *competência supletiva* dos Estados, a qual compreende a habilitação para, diante da existência de lei geral editada pela União sobre matéria correlata aos temas listados no rol do “caput”, eles mesmos poderem vir a editar referida lei geral, apenas para fins de suportar a edição de sua lei particular, de modo que a superveniência da lei geral pela União sobre o tema, implicará na suspensão da eficácia daquela editada pelo Estado-membro, naquilo que lhe for contrária (§ 4º).

Não obstante o cuidado do Constituinte em estabelecer um modelo cooperativo que reunisse, a um só tempo, a habilitação das unidades da Federação para legislarem sobre temas caros e relevantes ao País como um todo, e o compartilhamento no exercício de tais atribuições, suportado em regras que se pretenderem claras e bem definidas, o modelo não é isento de questionamentos, podendo, a depender da forma como vir a ser interpretado, propiciar uma certa preferência à participação da União quanto ao exercício dessas *competências concorrentes*. E muito da existência ou não dessa preferência passa pela interpretação a ser aposta à expressão *norma geral*, especialmente aquela conduzida

206 A redação do dispositivo constitucional evidencia a ausência de referência à figura dos Municípios, que, em regra, não integram o sistema de competências concorrentes. Destaca-se, contudo, a competência conferida aos entes municipais pelo artigo 30, inciso II, da Constituição, consistente na possibilidade de suplementar a legislação federal no que lhes couber. A nosso sentir, o uso da expressão “no que lhes couber” denota uma direta e necessária referência à competência definida pelo inciso imediatamente anterior (inciso I), atinente à legitimação dos entes municipais a legislar sobre os assuntos de seus interesses locais.

207 André Ramos Tavares entende que a expressão *competência suplementar*, referida pelo Texto Constitucional, abrange tanto a *competência complementar* que lhes permite editar normas particulares, adequando o conteúdo da lei nacional à sua realidade, juntamente da *competência supletiva*, que habilita os Estados a legislarem sobre as normas gerais e particulares, quando a União se tenha mantido inerte na edição de sua lei geral (TAVARES, André Ramos. Normas Gerais e Competência Legislativa Concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 73/74, jan./dez. 2011, p. 05).

pelo Supremo Tribunal Federal quando do enfrentamento de questões que envolvam o denominado "condomínio legislativo"²⁰⁸.

4 – A Justiça Constitucional e a delimitação da estrutura federativa

Conforme já destacado, um dos elementos essenciais à constituição do pacto federativo reside na implementação de um tribunal federal (ainda que não necessariamente estruturado sob a forma de Corte Constitucional), com competência constitucionalmente definida para a apreciação dos *conflitos federativos*, no fiel exercício daquilo que André Ramos Tavares denominou como função de "*árbitro da federação*"²⁰⁹.

A existência de um órgão jurisdicional que reúna essa primordial atribuição de árbitro federativo se demonstra elementar não apenas para a resolução propriamente dita dos conflitos que envolvam, de alguma forma, disputas entre os entes que integram a Federação. Mais do que isso, a participação da Corte Suprema – representada, no contexto Brasileiro, pela figura do Supremo Tribunal Federal – em muito contribui para a própria delimitação da esfera de atuação atribuída a cada um dos entes, seja mediante a indicação das competências que lhes são próprias e particulares e, principalmente, daquelas em que a própria Constituição condicionou seu exercício à participação conjunta (ou concorrente) entre mais de um ente federativo. Assim, antes de se afirmar se a ordem constitucional conferiu maior prevalência à participação de um ente em detrimento da atuação dos demais – e, conseqüentemente, se esse modelo federativo mais se aproximaria de um pretenso "estado unitário descentralizado" – mister se impõe a análise da forma com que o pacto federativo é efetivamente analisado, interpretado e compreendido pela Justiça Constitucional nos conflitos que lhe são submetidos²¹⁰.

No contexto Brasileiro, a atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de delimitação da esfera de atuação dos entes federativos está em muito associada a uma questão em específico e que em muito contribuiu para ilustrar a posição da Corte quanto à estruturação de nosso modelo federativo: a definição quanto ao conteúdo da "norma

208 A expressão é extraída da obra de André Ramos Tavares, que destaca sua utilização inicial pelo Ministro Celso de Mello, em voto proferido na ADIn-MC n. 903-6/MG (TAVARES, André Ramos. Normas Gerais e Competência Legislativa Concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. p. 02).

209 TAVARES, André Ramos. Normas Gerais e Competência Legislativa Concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. p. 07.

210 Não obstante essa importante ressalva, a análise do Texto Constitucional, especialmente de seus dispositivos voltados direta e centralmente à repartição de competências (sem prejuízo de outros que também se voltem ao tema), pode sim evidenciar um possível destaque conferido à figura da União, não apenas pela quantidade de temas inseridos em sua competência legislativa privativa (o artigo conta com 29 incisos), mas também pela relevância das matérias ali elencadas. Isso sem contar que o exercício da competência concorrente é condicionado à prévia existência da lei geral, a ser por ela editada (ao que se ressalva a já referida competência supletiva dos Estados).

geral” a que se refere o parágrafo 1º do artigo 24. A importância subjacente ao tema reside no fato de que, em sendo sua elaboração atribuída à União Federal, restando aos Estados o exercício de sua competência complementar (ou supletiva, a depender da existência ou não de lei geral editada pela União), a extensão conferida à atividade legiferante compreendida no núcleo dessa “norma geral” ditará a participação dos entes na consecução da matéria nela veiculada. É dizer, a depender da amplitude de que dispõe a União no momento de edição da legislação geral – se deve ela se ater a veicular genericamente o tema proposto, fixando parâmetros e balizas básicas, já antevendo a futura normatização complementar pelos Estados ou, em outra mão, se pode exaurir o tema em referência, abordando-o em suas minúcias e, assim, restringindo em muito a atividade legislativa conferida aos Estados, no exercício de sua competência complementar – poder-se-á ter uma noção mais precisa quanto à forma com que estruturado o *federalismo cooperativo brasileiro*, se suportado em uma base descentralizada, mediante o respeito à participação dos Estados (e Municípios) na condução do processo político, ou se amparado num pilar centralizador, erigindo a União a uma posição de destaque no modelo federativo nacional.

A definição da norma geral representa também tema dos mais relevantes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior busca reforço na lógica jurídica, destacando que uma norma pode se apresentar como geral quanto aos seus destinatários (especialmente se se volta a um público universal), ou quanto ao seu conteúdo (caso sua aplicação seja voltada a uma totalidade de casos).²¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho prefere uma conceituação pelo “*ângulo negativo*”, afirmando que uma norma geral não pode descer “*a particularizações, que visem a atender a peculiaridades regionais*”²¹². Não obstante os louváveis esforços desses e de tantos(as) outros(as) renomados(as) juristas, entende-se que a identificação do que seja uma “norma geral”, ou do que venha a ser uma “norma complementar”, haverá de ser processada pelo Judiciário diante de cada caso concreto que é submetido à sua apreciação.²¹³

Em análise conduzida sobre diversos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, André Ramos Tavares identifica a existência de três critérios em específico que se extraem com maior

211 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo: v. 90, jan. 1995, p. 248-249.

212 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo: v. 86, jan. 1991, p. 127.

213 Esta é, por exemplo, a posição de André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. Aporias acerca do “Condomínio Legislativo” no Brasil: uma análise a partir do STF. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 163).

nitidez das razões de decidir expressadas pelos(as) Ministros(as), a saber: (i) norma geral como sendo a norma que detém "*potencialidade de aplicação federativa uniforme*"²¹⁴; (ii) norma geral como sendo revestida de um caráter de abrangência²¹⁵; e (iii) e norma geral como sendo aquela responsável por veicular comandos que expressem proibições e/ou permissões²¹⁶.²¹⁷ A identificação da existência de diversos critérios utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para a delimitação do conceito de "norma geral", somente reforça a complexidade do tema e o quão árdua se impõe a compreensão do modelo cooperativo proposto pelo Constituinte de 1988²¹⁸. Seja compreendida como uma norma dotada de maior abstração, seja uma norma que, pela importância do tema nela veiculado, há de ser aplicada uniformemente no território nacional, ou ainda uma norma que expressa um comando proibitivo ou permissivo (e que, precisamente por isso, os Estados-membros não poderão dela dispor contrariamente), a temática afeita à definição e à extensão da "norma geral" representa tema dos mais controversos no tocante ao Estado Federal Brasileiro e, conseqüentemente, na definição do campo de atuação de União e Estados-membros (sem que se esqueça da competência dos Municípios para suplementar a legislação federal e estadual em matérias que versem sobre seu interesse local).

Em outro estudo igualmente esclarecedor²¹⁹, André Ramos Tavares destaca uma segunda problemática que reside no modelo de competências concorrentes proposto pela Constituição de 1988: a dificuldade de categorização de determinados tópicos como

214 O Autor cita como fonte desse critério o entendimento defendido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em voto proferido na ADI 3.645-9/PR, juntamente do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, no âmbito da ADI 1950-3/SP. Em sua exposição, e em vista de determinadas variáveis encontradas no voto apresentado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Autor promove uma subdivisão desse critério em três outros: (i) subcritério da relevância, (ii) subcritério do comércio interestadual e (iii) subcritério da matéria em questão.

215 Quanto a esse critério em específico, o Autor o identifica em voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso na ADI-MC 927-3/RS.

216 O critério consistente na identificação da norma geral como sendo aquela responsável por estabelecer comandos proibitivos ou permissivos está amparado em voto proferido pela Ministra Ellen Gracie na ADI 2.396-9/MS, além de voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI 2.656-9/SP. Em vista do estudo conduzido e das premissas analisadas, o Autor concluiu que, de todos os critérios analisados, este é o que se afigura como mais certo e seguro, algo que, por sua vez, não exclui por completo a subjetividade ou a discricionariedade na sua aplicação.

217 TAVARES, André Ramos. Normas Gerais e Competência Legislativa Concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. p. 08-10.

218 Vale a ressalva feita pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na ADI 4167/DF: "*A ideia das chamadas normas gerais que está no texto constitucional prepara essas armadilhas, porque o texto sobre normas gerais acaba por invadir esferas, as mais diversas no âmbito legislativo estadual.*"

219 TAVARES, André Ramos. Aporias acerca do "Condomínio Legislativo" no Brasil: uma análise a partir do STF. p. 180-188.

matérias de competências privativa da União e como matérias sujeitas ao "*condomínio legislativo*". A questão aqui se descola um pouco da definição das normas gerais e passa a residir na dificuldade de determinação de uma dada matéria como sendo objeto do rol de competências privativas da União (legislar sobre Direito Civil, por exemplo), ou em integrando o condomínio legislativo (*e.g.*, legislar sobre direito financeiro), especialmente por força de uma possível zona de confluência entre os temas retratados em cada uma das listas (art. 22 x art. 24). Após analisar uma série de casos e de acórdãos emanados do Supremo Tribunal Federal, ao Autor demonstra que o *critério da especificidade da matéria* (ou seja, da identificação da matéria tratada com maior propensão e de forma mais específica) objeto da proposição legislativa conferiria maior segurança para a sua definição como sendo de competência legislação da União ou submetida às normas que permeiam as competências concorrentes, sem excluir toda a dificuldade afeita ao tema, principalmente no que se refere à definição de qual matéria seria tratada de forma mais específica pela legislação analisada.

Concluindo o exaustivo estudo realizado, André Ramos Tavares identifica, na jurisprudência do STF, uma "*leitura pró-federal*", seja ao atuar no significado e no alcance das matérias elencadas no rol do artigo 22, seja na concepção emprestada à "norma geral", de modo a atrair a competência da União.²²⁰

A principal conclusão que se extrai da identificação das controvérsias acima exploradas – seja com relação à definição do conceito de "norma geral", seja quanto à identificação da matéria tratada numa dada proposta legislativa e, assim, de sua vinculação ao rol de competências privativas da União ou a sua submissão ao "condomínio legislativo" – reside na demonstração da *importância do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal para a sua resolução e, assim, pelo estabelecimento das regras voltadas a ditar a própria dinâmica federativa Brasileira*, principalmente no que se refere à delimitação do campo de atuação ínsito a cada uma de suas unidades. A opção, pelos(as) Ministros(as), por atribuir à norma geral um papel mais orientativo, fixando premissas gerais e cânones basilares dos respectivos temas, para que os Estados (e também os Municípios), possam editar normas próprias, adequando às suas realidades empíricas, além de primar pela alocação das normas dentre aquelas submetidas às competências concorrentes (no "choque" com as

²²⁰ A existência dessa posição é perfeitamente observada pelo Autor na reprodução de trecho de voto apresentado pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 3.645-9/PR, a qual vale a transcrição: "Dentro desse movimento pendular que caracteriza o federalismo brasileiro, com momentos de grande concentração de poder ao nível da União, e outros de grande desconcentração em favor dos demais entes federativos, verifica-se que, paulatinamente, *estamos caminhando, na verdade, para um Estado unitário descentralizado, haja vista as recentes reformas administrativa, previdenciária, judiciária, tributária*. Observa-se também, que, *no âmbito da competência concorrente prevista no art. 24 da Carta Magna, cada vez mais esvaziada a competência dos Estados de legislar supletivamente, porque a União, quando legisla, esgota o assunto, não se limita a editar apenas normas gerais*. (ADI n. 3.645/PR; Min. rel. Ellen Gracie, DJ de 01/09/2006 – nossos grifos)"

competências legislativas da União), evidenciarão o entendimento da Corte por um federalismo descentralizado, com ampla autonomia e respeito aos interesses de Estados e Municípios. Por outro lado, a defesa por um conceito de “norma geral” como sendo aquela que venha a exaurir o tema proposto (por exemplo, por demanda uma aplicação federativa uniforme), reduzindo (ou suprimindo) a competência complementar (e também supletiva) dos demais entes, além de promover uma alocação dos temas dentre as matérias que compõe a competência legislativa privativa da União, excluindo-as do condomínio legislativo (e, assim, da possibilidade de complementa normativa pelos Estados), evidenciará a propensão por um Federalismo centralizado na figura da União, com pouca (ou nenhuma) atuação das demais entidades subnacionais.

Busca-se, assim, oferecer uma possível resposta ao questionamento inicialmente suscitado, mediante a demonstração da relevância subjacente à atuação da Justiça Constitucional para a definição do desenho e da própria estrutura apostos ao modelo federativo Brasileiro, especialmente quando do exercício de sua função de “*árbitra federativa*”, interpretando as disposições constitucionais voltados à indicação das competências afeitas aos entes federativos, delimitando a extensão de tais atribuições e, assim, o próprio campo representativo de suas atuações. É neste momento que se pode visualizar a relevância de tal atuação para a definição do modelo federativo que passa a ser então vigente, se propenso a uma maior e mais efetiva participação dos entes no exercício das questões que lhes são sejam pertinentes (tendente, portanto, a uma moldagem de matiz *descentralizadora*), ou se predisposto a reunir na União as competências para a condução dos temas que assumam maior relevo à Federação como um todo (caracterizando um modelo de viés *centralizador*).

A título ilustrativo do entendimento hoje sustentado pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação da temática representada pelo precitado “*condomínio legislativo*”, destaca-se o acórdão prolatado no último dia 08/04/2021, nos autos da ADI nº 6.214/PE, na qual discutia-se a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Pernambucana nº 16.559/2019 (Código de Defesa do Consumidor do Estado de Pernambuco). Dentre as diversas questões apreciadas no âmbito de referida ADI, impõe-se aquele relacionado ao artigo 46 de referida lei Estadual²²¹, responsável por propor uma definição de “*produto essencial*”, termo expressamente aludido pelo artigo 18, § 3º, da lei nacional nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Na ocasião, o Plenário da Corte concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 46 da Lei Estadual nº 16.559/2019, por nele visualizar uma usurpação, pelo legislador estadual,

²²¹ “Art. 46. Considera-se produto essencial, para fins do disposto no § 3º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), aquele que, por sua natureza e características, sejam imprescindíveis à vida ou à profissão do consumidor, tais como: I - alimentos em geral; II - medicamentos; e III - equipamentos para tratamento de saúde.”

da competência concorrente dos Estados-membros para legislares sobre produção e consumo (art. 24, V, C.F.), a quem seria vedado propor uma conceituação para "*produto essencial*". O ponto de relevo que exsurge reside no fato de o próprio artigo 18, § 3º, do CDC, não ter veiculado qualquer definição sobre o que haveria de ser compreendido por "produto essencial"²²². Não obstante, os(as) Ministros(as) entenderam que essa "omissão" – ou, possivelmente, uma generalidade proposital e pré-concebida – não legitimaria a competência complementar – ou até mesmo supletiva – dos Estados-membros para legislar sobre o tema em referência (a despeito da habilitação legiferante que lhes fora conferida pelo Constituinte em matéria de produção e consumo, art. 24, V) ²²³. O caso merece destaque, pois, uma forma de interpretar a orientação defendida pela maioria do Plenário, reside no reconhecimento de as competências complementar e supletiva dos Estados-membros terem sido, possivelmente, preteridas por um ato normativo atribuído – e ainda não editado – ao "Conselho de Ministros da Câmara Nacional de Relações de Consumo".

Em recentes decisões proferidas no contexto da pandemia da COVID-19 que insiste em nos assolar, o Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma embrionária, aparenta iniciar uma revisão de sua orientação "pró-federal", passando a estimular a participação dos demais entes federativos, especialmente na execução de medidas associadas à saúde pública e ao controle da flagrante crise sanitária.

Essa nova orientação pode ser perfeitamente identificada no julgamento das ADI's 6.341224 e 6.343225. Em ambos os casos, as medidas cautelares concedidas pelo Ministro Marco Aurélio – já devidamente referendadas pelo Plenário da Corte – expressaram o entendimento da maioria dos Ministros de que, no exercício das competências comuns elencadas no rol do artigo 23 da Constituição, a atuação concreta e efetiva dos Estados, o

²²² Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reconhece expressamente que a redação do dispositivo do CDC não contempla a definição do que haveria de ser compreendido por "produto essencial", definição essa atribuída ao Conselho de Ministros da Câmara Nacional de Relações de Consumo, por meio do Decreto nº 7.963/2013. Não se tem registro de se tal atribuição fora efetivamente concretizada pela autoridade eleita competente para tanto.

²²³ O Ministro Edson Fachin, em voto vencido, concluiu neste exato sentido, reconhecendo que a inexistência de legislação federal (seja pelo CDC, seja pela precitada "delegação" promovida pelo Decreto nº 7.963/2013), não implicaria em qualquer vedação ou óbice ao exercício da competência legislativa concorrente por parte dos Estados de Pernambuco.

²²⁴ Proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face de diversos incisos do art. 3º da Lei nº 13.979/20, com a redação que lhe foi conferida pela MP 926/20, precisamente a legislação ordinária federal responsável pelo combate da pandemia da COVID-19, os quais implicariam em uma concentração, na União, da prática de atos voltados ao enfrentamento da situação pandêmica, resultando em violação à competência concorrente de Estados, Distrito Federal e Municípios.

²²⁵ Proposta pela Rede Sustentabilidade, em face dos mesmos dispositivos impugnados pela ADI 6.341, agora com a redação das MP's 926/2020 e 927/2020.

Distrito Federal e os Municípios não está condicionada à prévia autorização da União Federal, ou tampouco à sua ação prévia, de modo que lhes seria legítimo, portanto, o exercício pronto e imediato das medidas associadas a essas matérias.²²⁶

Deste modo, ainda que restrita à interpretação das competências elencadas no rol do artigo 23 da Constituição (competências comuns, de índole não legislativa)²²⁷, não se pode negar que a orientação definida pelo STF no julgamento inicial das precitadas ADI's (ambas aguardam julgamento final, representa um interessante indicativo a respeito da dinâmica em que se estrutura o exercício compartilhado de competências pelos entes da Federação, sendo doravante conferido papel de destaque à atuação dos demais entes. Deve-se agora conferir se o entendimento consignado nos dois julgados acima referidos será, de alguma forma refletido na apreciação da temática correlata ao "condomínio legislativo", de modo a alçar a atividade legiferante dos demais entes à mesma condição de destaque reconhecida no âmbito das competências executivas comuns (art. 23).

A *escolha*, portanto, por um modelo propenso a uma maior centralização das principais atribuições na figura da União – conferindo-lhe papel de destaque na estrutura federativa – conforme se extrai da orientação do Supremo Tribunal Federal representada pelos primeiros julgados acima analisados, parece não implicar, "*ipso facto*", numa espécie de supressão, ou de uma relativização que seja, da cláusula federativa. Tanto é que, ao se observar o entendimento consignado nos dois últimos julgados acima referidos, a orientação pretoriana parece tender para a consolidação de uma estrutura voltada a prestigiar a participação de Estados e Municípios na efetivação de políticas públicas dotadas de elevado interesse social, especialmente como medida de combate aos

²²⁶ O seguinte trecho do voto do Ministro Edson Facchin, proferido no âmbito da ADI nº 6.341, bem ilustra o novo parâmetro fixado pelo STF: "*A posição do Supremo Tribunal Federal deve ser, assim, a de exigir o cumprimento integral das obrigações do Estado: obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos fundamentais. Deve também, desde que não haja violação material à Constituição, abster-se de declarar a nulidade de leis estaduais e locais apenas por ofensa à competência dos demais entes. A União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada "presumption against preemption" do direito norte-americano.*" (nossos grifos e destaques)

²²⁷ Em interessante artigo sobre o tema, Ana Paula de Barcellos identifica algumas questões controversas que resultam desse entendimento ora fixado pela Corte, especialmente (i) o fato de a diversas competências executivas comuns não corresponder a respectiva competência legislativa, muitas vezes por estar inserida no campo das competências privativas da União (Art. 22), juntamente (ii) da dificuldade em se conceber a competência legislativa supletiva dos Municípios (ainda que para fins de legislação complementar sobre seus interesses locais), nas hipóteses em que União e Estado deixem de editar "normas gerais" sobre o tema (BARCELLOS, Ana Paula de. *Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização.* p. 175-179).

nebulosos dias que se repetem a cada novo alvorecer. Tem-se aqui, portanto, uma importante evidência da dinamicidade que caracteriza o Federalismo, capaz de permitir essa espécie de *movimento pendular* – ora tendente a uma maior centralização, ora favorável a uma ampla participação dos entes no processo político – conforme o contexto e as circunstâncias assim o exigirem, em muito contribuindo para a efetividade do sistema federativo ao longo desses mais de dois séculos que nos separam da Convenção de Filadélfia.

5 - Considerações Finais

Após a fixação das duas principais colunas que sustentam o edifício federativo – representadas pelo exercício descentralizado do poder político e o respeito aos diferentes laços e vínculos federativos que formam a Federação – pretendeu-se demonstrar que a temática correlata à centralização representa uma constante na temática federativa, seja pela existência de uma predisposição constitucional (a título inicial, ou mediante emendas à Constituição), seja como resultado da atividade hermenêutica da Corte Constitucional, pela atuação de um ente em específico (possivelmente a União). Isso, contudo – e aqui uma conclusão importante – não implica necessariamente em uma supressão do pacto federativo, nem tampouco na adoção paulatina de uma espécie de “estado unitário descentralizado”. Longe disso, implica isso sim no enriquecimento do estudo federativo e na assunção de dois de seus principais atributos, que é a sua *mutabilidade* e a sua *adaptabilidade* às mais distintas realidades, algo essencial para sua ampla reprodução e adoção em Estados com diferentes contextos históricos e culturais, diversas formas de estruturação política (por exemplo, estados com representação política bicameral e unicameral), além de diferentes realidades empíricas, as quais podem demandar uma certa modelagem em sua estruturação, de modo a atender aos desígnios impostos por um conjunto de circunstâncias, evidenciando e, de certo modo, justificando, o movimento pendular que tão bem o identifica.

Também se buscou destacar a importância conferido à Justiça Constitucional, no processo de estruturação do modelo federativo e de delimitação da atuação dos entes, seja com relação à suas atribuições próprias, seja mediante o exercício compartilhado das competências que lhes foram concorrentemente atribuídas. De fato, a realidade empírica e pragmática nos impõe que a efetiva elaboração do desenho inerente à estrutura federativa, representa incumbência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal, que a concretiza especialmente ao interpretar os conflitos federativos submetidos à sua apreciação, oportunidade em que será estabelecida a dinâmica correlata a esse exercício compartilhado do poder político, especialmente o grau de compartilhamento – e, por conseguinte, de descentralização do modelo federativo – que haverá de ser reconhecido.

6 - Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vida Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ARRETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p.166-181, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-42-pandemia-e-federacao-a-nova-diretriz-do-supremo-tribunal-federal-para-a-interpretacao-das-competencias-comuns-e-alguns-desafios-para-sua-universalizacao/>. Acesso em 07/12/2021.

BONAVIDES, Paulo. O Caminho para um Federalismo de Regiões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 17, nº 65, jan./mar, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo: v. 90, jan. 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. Federalismo x Centralização. A eterna busca do equilíbrio – a tendência mundial de concentração de poderes na União. A questão dos Governos locais. In: CAGGIANO, Monica Herman; RANIERI, Nina (Org.). **As novas fronteiras do federalismo**. São Paulo: Editora Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo: v. 86, jan. 1991.

HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte: v. 30, nº 28/29. 1985-1986.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2ª edição. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano atual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

TAVARES, André Ramos. Aporias acerca do “Condomínio Legislativo” no Brasil: uma análise a partir do STF. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Normas Gerais e Competência Legislativa Concorrente. Uma análise a partir de decisões do STF. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 73/74:1-39, jan./dez.2011.

DA INCOMPATIBILIDADE DA IMPOSIÇÃO FORÇOSA, AOS NUBENTES SEPTUAGENÁRIOS, DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB UMA PERSPECTIVA LEGAL, CONSTITUCIONAL E JURISPRUDENCIAL

VICTOR LACERDA DE FIGUEIRÊDO:

Advogado, especialista em Direito Público,
Direito Civil e Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente artigo científico consta com o propósito de, através de uma análise crítica e meticulosa da restrição de direitos imposta sob o regime matrimonial dos nubentes septuagenários, historiando desde sua concepção secular, na formulação do Código Civil de 1916, à sua preservação ao advento da Constituição Federal de 1988, que introduziu novos valores à sociedade moderna, ofertar um sólido e confiável material de pesquisa, capaz de traduzir, de forma satisfatória, sua patente incongruência e não recepção pelas hodiernas prescrições constitucionais, ferindo de morte princípios basilares ao vigente Estado Democrático de Direito brasileiro. Sem embargo, dedica-se também a delinear, mediante a compreensão do texto constitucional, sob a ótica da hermenêutica jurídica, tal como do discernimento das pretensões ambicionadas pelo Legislador Constituinte, um vislumbre daquilo que, na perspectiva deste Autor – endossada pelos mais renomados juristas brasileiros –, deveria ser adotado, expurgando o controle patrimonial e o cerceamento da autonomia da vontade dos indivíduos, exercido pelo Estado, de modo a reconduzir àqueles prejudicados o direito à autodeterminação e ao pleno gozo de seu patrimônio econômico.

Palavras-chave: Casamento de idosos; separação legal de bens; art. 1.641, inciso II; súmula 377, STF; nubentes septuagenários.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Com a, cada dia mais presente, influência da Constituição Cidadã de 1988 no seio da sociedade brasileira, nutrindo seus nacionais com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da cooperação e da compaixão e empatia pelo próximo, tornou-se habitual o costume de identificar aquelas subsistentes práticas ainda discriminatórias e segregacionistas, buscando lhes adequar à nova sociedade, rompendo com ultrapassados conceitos e diligenciando esforços para a consecução de uma comunidade mais humana e equânime.

Tal movimento tem se visto muito presente na luta pela igualdade de direitos da comunidade negra, LGBTQIA+, indígena e das pessoas com deficiência, na, ainda necessária, conscientização dos direitos das mulheres, e, não diferente, deve estar na elucidação e consumação dos direitos dos idosos.

Nesse diapasão, almeja-se com o presente trabalho científico destrinçar as razões pelas quais concebida, inicialmente, a restrição de direitos à população idosa, no tocante ao seu direito de constituir o matrimônio, demonstrando, por meio da evolução histórica da sociedade e do consecutivo ordenamento jurídico que a regulamenta, as contradições que lhe surgiram, com o advento da Carta Política de 1988 e com a mudança concepcional acerca dos rumos a serem trilhados pela nova sociedade contemporânea, firmados sob os ideais da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento de uma sociedade mais fraterna, resultando, assim, na incompatibilidade de tal penalidade à hodierna comunidade social brasileira.

Para além, objetiva-se com esse estudo a disponibilização de um material sólido e confiável acerca das razões – jurídicas, jurisprudenciais e políticas – que fundamentam a compreensão da inconciliabilidade do art. 1.641, inciso II, do vigente Código Civil para com o ordenamento jurídico brasileiro, traduzido pela sua Constituição Federal e demais diplomas infraconstitucionais, de modo a acrescer não apenas à comunidade acadêmica, mas à jurídica, à parlamentar e à leiga, como substrato de asserções, propostas e enunciados.

Nesse desiderato, faz-se pertinente a pesquisa e a exposição, uma vez que será de inegável proveito à comunidade acadêmica e científica, ao prover, mediante conciso, porém relevante, apontamento, dados precisos, certificados e atuais no que concerne ao direito dos idosos, sua correspondência ao direito das famílias, e a proteção que lhes é garantida pela Carta Constitucional, compilando posicionamentos, teorias e críticas, que contrapostos e uniformizados em um único escrito, de modo a proporcionar um maior alcance e dispersão do conhecimento.

À sociedade e à comunidade jurídica, como um todo, destaca-se a importância da dissertação devido ao seu grande potencial de influência e, por consequência, de transformação fática, propiciando uma reflexão no que diz respeito ao tema, e colhendo como resultado a promoção de um sistema jurídico mais humano, coeso e isonômico.

Para a concepção deste artigo científico foi empregada a técnica metodológica da revisão bibliográfica, por meio da qual foram examinados manuais, cursos de direito, artigos científicos de similar abordagem teórica, jurisprudências e legislações, com a finalidade de, por meio de reflexão e análise crítica, elencar e aprofundar o conhecimento ali disponibilizado, de modo a construir, com a assistência da erudição estendida pelos mais diversos doutrinadores do direito e juristas, uma escrupulosa composição literária.

2. DESENVOLVIMENTO

Concebida no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação do Código Civil de 1916, a continência legalmente imposta sobre a autonomia da vontade dos indivíduos quinquagenários e sexagenários – mulheres e homens, respectivamente – interessados em constituir matrimônio, surgiu como um mecanismo engendrado de modo a conferir-lhes uma maior segurança patrimonial, posto que, sob a ótica do legislador ordinário à época, padeciam, estas pessoas, em decorrência da idade, de uma fragilidade e vulnerabilidade intelectual que não lhes permitiria o melhor juízo de valor acerca daqueles que viriam a eleger como nubentes, tornando-se, desta forma, alvos fáceis para trapaceiros e estelionatários.²²⁸

À vista disso, afirmava o art. 258, inciso II do Código Beviláqua, que aos nubentes com mais de sessenta anos de idade, e às nubentes com mais de cinquenta anos de idade, seria expressamente vedada a convenção, no casamento, de regime de bens diverso ao da separação absoluta.

Com o decorrer das décadas, pautas importantes foram travadas, convenções sociais foram modificadas e regramentos inteiros foram dissolvidos, de modo a dar espaço a novos costumes, convicções e diretrizes legais, sempre disciplinados, sob uma nova concepção constitucional, na dignidade da pessoa humana, no bem-estar coletivo e na igualdade, seja de gênero, raça, credo, *et cetera*.²²⁹

Ocorre que, malgrado abandonado todo aquele perfil imperialista do Século XIX, calcado no individualismo, ruralismo, patriarcado e em resquícios do escravagismo, impregnado na legislação civil do Século XX²³⁰, resistiu, no contemporâneo Código Civil de 2002, previsão ainda estanque à revolução humanitária havida no Brasil com a Constituição Cidadã de 1988, que, ao revés de adotar os novos preceitos norteadores do Estado Democrático de Direito brasileiro, filiou-se a dogmas conservadores, limitantes, estereotipados e, até mesmo, preconceituosos no que concerne às pessoas idosas.

Nessa perspectiva se deu a concepção do dispositivo n. 1.641, inciso II do Código Reale, o qual, com exceção da equiparação de gêneros demandada pela Carta Magna,

228 GUEDES, Anderson Nogueira. Breve análise acerca da imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos. Disponível em: <www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/343555/regime-da-separacao-de-bens-no-casamento-da-pessoa-maior-de-70-anos>. Acesso em: 19 nov. 2021.

229 VENOSA, Sílvio de Salvo. O novo Código Civil e as mudanças na sociedade atual. Disponível em: <www.conjur.com.br/2002-out-28/legislacao_mudancas_sociedade_atual>. Acesso em: 19 nov. 2021.

230 VENOSA, Sílvio de Salvo. O novo Código Civil e as mudanças na sociedade atual. Disponível em: <www.conjur.com.br/2002-out-28/legislacao_mudancas_sociedade_atual>. Acesso em: 19 nov. 2021.

manteve imaculada a redação antes prevista no art. 258, inciso II do revogado regramento civil.

Confrontemos o teor de ambos os dispositivos legais:

Ordenamento Civil de 1916:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. **É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:**

(...)

II. **Do maior de sessenta** e da maior de cinquenta **anos**. (grifos acrescidos)

Ordenamento Civil de 2002:

Art. 1.641. **É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:**

(...)

II - da pessoa **maior de sessenta anos**; (grifos acrescidos)

Conquanto possa-se compreender alguns dos motivos que levaram o legislador ordinário a consolidar tal restrição de direitos à época, nos idos do século XX, rememorando a postura patrimonialista, intolerante, repressiva e discriminatória, características daquele momento histórico²³¹, tão como as próprias questões naturais, tecnológicas e científicas, ainda muito rudimentares no início do século – não se permitindo uma expectativa de vida superior aos 33,7 anos²³² –, não há como se estender tal tolerância ao moderno legislador, que ultrapassados quase um século desde a edição

231 VILLELA, João Baptista *apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições do Direito Civil: direito de família. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 192.

232 Agência Brasil. IBGE: expectativa de vida dos brasileiros aumentou mais de 40 anos em 11 décadas. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/ibge-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumentou-mais-de-75-anos-em-11>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

do compêndio civil de 1916, renovou a normativa penalizadora, consumando “um verdadeiro ultraje gratuito à melhor idade”²³³.

Diz-se isso considerando que neste interstício de tempo, havido entre 1916 e 2002, não apenas a expectativa de vida média dos brasileiros sofreu uma drástica mutação, passando dos 33,7 aos 76,3 anos²³⁴, mas também os princípios sobre os quais a sociedade vinha sendo conduzida, agora vista sob um viés muito mais humanitário, empático, solidário e inclusivo, voltada primordialmente à promoção do ser em detrimento do ter, e arraigada em dogmas cuja ambição é transformar o país em um local onde todos os grupos sociais sintam-se acolhidos, representados e prestigiados de forma isonômica.

Nessa orientação, assentou a Constituição Federal de 1988, complementada, *a posteriori*, pelo Estatuto do Idoso:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 1º **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:**

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:**

I - construir uma **sociedade livre, justa e solidária;**

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

233 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 310.

234 IBGE. Agência de Notícias. Em 2018, expectativa de vida era de 76,3 anos. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição;

XLII - **a prática do racismo constitui crime** inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 230. **A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.** (grifos acrescentados)

ESTATUTO DO IDOSO:

Art. 2º **O idoso goza de todos os direitos fundamentais** inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, **em condições de liberdade e dignidade**.

Art. 3º **É obrigação** da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público **assegurar ao idoso**, com absoluta prioridade, **a efetivação do direito** à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, **à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária**.

Art. 4º **Nenhum idoso será objeto de** qualquer tipo de negligência, **discriminação**, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Art. 10. **É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa** a liberdade, **o respeito e a dignidade**, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – **opinião e expressão;**

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – **participação na vida familiar e comunitária;**

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na **inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral**, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da **autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais**.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, **colocando-o a salvo de qualquer tratamento** desumano, violento, aterrorizante, **vexatório ou constrangedor**. (grifos acrescidos)

Em consequência a essa evolução social e de direitos havida no Brasil, manifestou-se o legislador ordinário, ainda que de maneira tardia, novamente acerca do regime de bens que viria a ser compulsório aos nubentes mais longevos, protraindo a idade legal, antes fixada nos sessenta anos, para, agora, setenta anos de idade.

LEI N. 12.344/2010:

Art. 1º O inciso II do caput do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

(...)

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; ”

Embora a retardação da penalidade, em mais um decênio de vida, possa ser visto, por alguns, como motivo para celebração, não representou, em verdade, qualquer modificação significativa à afronta legal e constitucional que já refletia, prosseguindo com

o vilipêndio à dignidade e à autodeterminação daqueles que apenas, atestando “uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais”²³⁵.

Como, com impecável raciocínio, corrobora Rolf Madaleno:

Manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens porque pessoas se casaram sem observarem as causas suspensivas da celebração do casamento ou porque contavam com mais de sessenta anos de idade (agora, setenta anos de idade) ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial, é ignorar princípios elementares do Direito Constitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou da idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Atinge o direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.²³⁶

No mesmo sentido, ilustra Cristiano Chaves de Farias ao discriminar a profundidade com que a restrição imposta aos noivos, agora septuagenários, lhes fere seus direitos mais íntimos e primaciais, violando não apenas o princípio-mor sobre o qual se alicerça o Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana, mas também as prerrogativas de proteção integral e prioritária que lhes foram estendidas pelo Estatuto do Idoso, por lhes reduzir a autonomia da vontade e lhes constranger, tanto pessoal, quanto socialmente.

Verbo ad verbum:

Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escancaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

(...)

235 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 311.

236 MADALENO, Rolf *apud* Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 313.

Ademais, atenta, por igual, contra a proteção integral e prioritária dedicada ao idoso pela Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso, restringindo, indevidamente, a sua autodeterminação.

(...)

Sem dúvida, é um absurdo caso de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e a razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos.²³⁷

Para mais, destaca-se a severidade e a inflexibilidade com que o regulamento abordou da matéria, não permitindo qualquer abertura à racionalização ou à ponderação de seus ditames, mas, ao revés, tornando-a de prognóstico absoluto, *juris et de jure*, sem que exista qualquer expectativa de se afastar a condenação legal.²³⁸

Atinge-se tal constatação ao se averiguar que a mesma austeridade não é estendida às demais previsões em que a lei impõe o regime obrigatório de separação de bens, que, como demonstrado pelo parágrafo único do art. 1.523, CC, possibilita ao juiz excluir dita apenação, quando verificada a inexistência de prejuízo de ordem patrimonial a terceiros.²³⁹

De forma semelhante, é como regula a legislação civil a respeito dos noivos com idade inferior a dezoito anos, aos quais, conquanto desprovidos da cogente autorização marital dos seus genitores, é consentido o suprimento judicial para casarem, desde que injustificável seja a negativa dos pais.²⁴⁰

Contudo, aos noivos com mais de setenta anos de idade, como bem pontua Maria Berenice Dias, em nítido constrangimento e desrespeito aos seus direitos, é desautorizado qualquer recurso legal ou socorro jurisdicional a lhe assegurar a validação de suas

237 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 309-310.

238 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 520.

239 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 520.

240 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

capacidades mentais, a inexistência de prejuízo econômico a terceiros, ou, quiçá, a sinceridade de seu amor, capazes de lhes expurgar da "proteção do Estado".²⁴¹

(...) é no mínimo estranho que o juiz libere da penalização os noivos menores de 18 anos, cujos pais nem ao menos concordaram com o casamento, e não possa conceder o mesmo "perdão" aos noivos com mais de 70 anos.²⁴²

Sob outra perspectiva, questiona, com propriedade, Sílvio Rodrigues, acerca da indevida intervenção do Estado nas relações de família, de modo a afrontar à autonomia privada, e da inexistência de qualquer empecilho moral a permitir que septuagenários abonados se unam em matrimônio, se de sua livre e espontânea vontade:

Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária (atualmente, septuagenários) ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.²⁴³

Em uníssono, corrobora o escólio de Caio Mário da Silva Pereira, ao lucidamente afirmar que:

(...) esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.²⁴⁴

241 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

242 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

243 RODRIGUES, Sílvio *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 310.

244 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 192.

Tencionando tonificar ainda mais a hesitação acerca da presunção absoluta de incapacidade imposta por lei, traz-se a lume um dos maiores contrassensos já havidos no ordenamento jurídico brasileiro, que, embora de um lado o Código Civil, fundado em estimativas, desqualifique o discernimento do idoso, maior de setenta anos, para antever eventuais tramas emocionais e conspirações românticas com a finalidade de rapinar seus pertences e lesar seus herdeiros, a Constituição Federal, de outro lado, com o advento da Emenda Constitucional n. 88/2015, também conhecida como PEC da Bengala, pospôs a idade máxima para a aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores para os setenta e cinco anos, demonstrando, distintamente, a plena confiança do Congresso Nacional na capacidade mental e intelectual daqueles longevos julgadores.

Nesse diapasão, também assevera Rolf Madaleno:

(...) curiosa interdição que não impede o sexagenário de decidir sobre o destino das riquezas de outras uniões se, por exemplo, sua profissão for de um julgador, atuando como juiz, desembargador, ou ministro de corte superior, cuja profissão exerce até ser compulsoriamente aposentado aos setenta anos (estendido, hodiernamente, aos setenta e cinco anos).²⁴⁵

Indo além, relembra Cristiano Chaves de Farias como, não apenas no Poder Judiciário, indivíduos sêniores ocupam cargos de extrema relevância, não sendo esporádicas as vezes em que maiores de setenta anos ocuparam a cadeira de Presidente da República, Senador Federal, Deputado, Governador, Prefeito ou Vereador.

(...) não se esqueça de que uma pessoa com setenta anos de idade pode (e isso acontece com frequência) chefiar o Poder Executivo e escolher os destinos econômicos de toda a nação, malgrado não possa, estranhamente, escolher o seu próprio regime de bens.²⁴⁶

Dessarte, demonstrada a insensatez com que o legislador veio a tratar da matéria, em nítida indiferença àqueles que, por lei, são destinatários de uma especial e prioritária proteção da sociedade, malferindo seus direitos mais basilares, em patente violação da norma constitucional, como reconhecido pelo Conselho de Justiça Federal que, por meio

245 MADALENO, Rolf *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 193.

246 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 309-311.

de sua Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 125, propôs a revogação do inciso II do dispositivo n. 1.641, CC, sob a justificativa de que:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.²⁴⁷

Afora, faz Maria Berenice Dias²⁴⁸ um notável registro ao salientar que, a bem da verdade, o legislador, ao replicar o secular ditame, sequer levou em consideração os fundamentos mais básicos do instituto jurídico do casamento, olvidando que aqueles que se submetem ao ato jurídico solene, estão predispostos, por disposição legal, a constituir uma comunhão plena de vida, com o compromisso de assistência mutua e integral, fundada na solidariedade.

Avaliemos:

Art. 1.511. O casamento estabelece **comunhão plena de vida**, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, **companheiros e responsáveis pelos encargos da família**.

Art. 1.566. São **deveres de ambos os cônjuges**:

II - **vida em comum**, no domicílio conjugal;

III - **mútua assistência**; (grifos acrescidos)

Sob esses preceitos, os nubentes adquirem a condição de consortes/companheiros, assumindo a responsabilidade pelos encargos da família ali constituída, resolução que, sem hesitação, demonstra uma patente incompatibilidade da vedação legal com o instituto ao qual se propõe a regular, porquanto, de outra forma,

247 Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 30.

248 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 525.

consentiria com o locupletamento indevido por um dos cônjuges, em detrimento do outro.²⁴⁹

Por fim, em arremate, cabe salientar, ainda, que, tamanho é o descompasso e a incompatibilidade da diretriz frente ao ordenamento jurídico brasileiro, que tratou a jurisprudência, por intervenção da Suprema Corte Federal, de ladear o seu cumprimento, expedindo a Súmula n. 377 que, ao fim e a cabo, teve como propósito suplantar a restrição legal de direitos.

Examinemos o seu teor:

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Destarte, conquanto a proibição versada pelo inciso II do art. 1.641, CC, continue a ser formalmente observada pelos Cartórios de Registro Civil, no tocante à sua aplicabilidade prática, vem sendo igualada, em todos os efeitos, ao regime da comunhão parcial de bens, possibilitando, em vista disso, a comunicação dos aquestos pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, da comunhão de esforços.²⁵⁰

Como assevera Cristiano Chaves de Farias:

(...) nos casamentos celebrados pelo regime de separação obrigatória, os aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio) se comunicam pelo simples fato de que o esforço comum do casal é presumido, sob pena de perpetuar violação à proibição do enriquecimento sem causa. Por isso, nos casamentos submetidos à separação compulsória, "incide a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita do esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento majoritário" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 154.896/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.11.2003, DJU 1.12.2003).²⁵¹

Tal esforço fora empreendido pelo Supremo Tribunal Federal, no intuito de preservar "o respeito aos valores personalíssimos, realçando a proteção das pessoas

249 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 525.

250 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 524.

251 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 309-314.

humanas envolvidas”²⁵², e de cercear “a indevida ingerência do Estado no âmbito dos interesses privados”²⁵³, razão pela qual, inclusive, em virtude da sua plena compatibilidade com a ordem constitucional, mesmo havendo sido editada em momento predecessor à publicação do Código Civil de 2002, a súmula dos aquestos mantém sua permanência e validade até hoje.

Dessa forma, conclui-se, por tudo aqui apresentado, que o regramento civil exposto pelo inciso II do art. 1.641, CC, não apenas ofende o aspecto íntimo e particular dos idosos, mas sua dignidade, liberdade, autonomia e seu sentimento de pertencimento social, posto que retira-lhe a capacidade de autodeterminação, constringendo-lhe moral e socialmente.

Essas violações, como constitucionalmente previsto, representam afrontas a direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, infringindo princípios-pilares sobre os quais o moderno Estado Democrático de Direito foi fundado, e demonstrando, dessarte, não apenas a dissonância do dispositivo legal para com as demais normas infraconstitucionais com as quais dialoga, a exemplo do Estatuto do Idoso, mas manifesta incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, visto que conflita diretamente com o seu âmago, a Constituição Federal.

Nessa linha de intelecção, não há, sob a ótica desse Autor, qualquer vertente jurídica, sequer as mais extremas ou filosóficas, capaz de advogar em prol da manutenção do regime de separação obrigatório de bens, aos nubentes septuagenários, uma vez que reestruturadas as bases do Estado brasileiro – com a Constituição Cidadã de 1988 –, dessa vez sob fortes pilares humanitários e sociais, não resta mais espaço para a discriminação, antes admitida, do Estado velho.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Modelo de salvaguarda do direito dos idosos, concebido há mais de um século, sob preceitos assentados em arquétipos patrimonialistas, patriarcais e individualistas, hoje vistos como desumanos e incompatíveis com a sociedade que se pretende viver e construir, não encontra mais espaço, o controle patrimonial estabelecido pelo Estado sobre a autodeterminação daqueles cidadãos mais longevos, para subsistir na moderna comunidade social brasileira.

252 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 309-314.

253 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 309-314.

Por esse motivo, identificada a incongruência da sistemática, ainda em vigor, ao contemporâneo regramento constitucional, desenvolveu-se, no decurso do presente trabalho acadêmico, um competente arcabouço conceitual a fim de demonstrar, em um primeiro momento, as razões pelas quais constituída a restrição de direitos, primitivamente, pelo Legislador Ordinário, demonstrando, paulatinamente, a suplantação de tais considerações, seja pela natural evolução social, estimulada pela histórica conquista popular de importantes direitos humanitários e de semelhantes inclinações políticas ao redor do globo, como as Constituições Francesa, Alemã e Norte Americana²⁵⁴, seja pela adoção e fomento de tais direitos, granjeados pela Constituição Cidadã de 1988.

Isto posto, após considerável contemplação e ponderação à pesquisa realizada e aos dados levantados, culminou este acadêmico com o parecer de que, à sua concepção, a alternativa que melhor satisfaria aos interesses intentados pelo Legislador Constituinte na idealização da Constituição Federal de 1988, simultaneamente aos anseios populares por isonomia, dignidade e solidariedade, seria, sem margem para dúvidas, a imediata supressão do dispositivo legal, retornando, aos seus destinatários, o direito à autodeterminação e ao pleno gozo de seu patrimônio econômico.

Tal percepção tem como fundamento os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e isonomia, visando interromper com a descomedida ingerência do Estado sobre a liberdade individual, que, ao arrepio da lei, fere o direito de pessoas maiores e capazes, expondo-as, injusta e arbitrariamente, sem a existência de qualquer indício nesse sentido, como incapazes de exercer os mais banais atos da vida civil, e privando-as, defeituosamente, da livre administração de seus bens.

Logrado o desfecho, realizam-se os finais objetivos deste trabalho acadêmico, expondo à comunidade jurídica e acadêmica não apenas uma condensação acerca da incompatibilidade e inadequação da manutenção da restrição de direitos e da declaração tácita de incapacidade absoluta dos indivíduos septuagenários, mas uma sugestão, formulada após muita consideração, a respeito do seu porvir, e dos caminhos que podem vir a impulsionar na consecução de uma sociedade mais justa, isonômica e fraterna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

254 SANTOS, Paula de Souza dos. As influências da Constituição Federal de 1988: os aspectos extraídos das Constituições Americana, Francesa e Alemã que guiaram os constituintes na formulação da atual Carta Magna brasileira. Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3608/1114/1364.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 88**, de 07 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.344**, de 09 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12344.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula de jurisprudência n. 377**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula377/false>>. Acesso em 12 dez. 2021.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 125**. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. 9.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GUEDES, Anderson Nogueira. **Breve análise acerca da imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos**. Disponível em: <www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/343555/regime-da-separacao-de-bens-no-casamento-da-pessoa-maior-de-70-anos>. Acesso em: 19 nov. 2021.

IBGE. Agência de Notícias. **Em 2018, expectativa de vida era de 76,3 anos.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 192.

SANTOS, Paula de Souza dos. **As influências da Constituição Federal de 1988: os aspectos extraídos das Constituições Americana, Francesa e Alemã que guiaram os constituintes na formulação da atual Carta Magna brasileira.** Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3608/1114/1364.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **O novo Código Civil e as mudanças na sociedade atual.** Disponível em: <www.conjur.com.br/2002-out-28/legislacao_mudancas_sociedade_atual>. Acesso em: 19 nov. 2021.

OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO: UMA POLÍTICA DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRATIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL E EDUCAÇÃO AMBIENTAL

ANDREZA ALBUQUERQUE AMORE: Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Ocupa o cargo efetivo de técnico previdenciário (especialidade administrativa) da MANAUSPREV. Pós graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós graduada em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela FAEL - Faculdade Educacional da Lapa.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 determinou ao Poder Público a tarefa de preservação do meio ambiente. Por meio desta determinação, o Poder Judiciário, na busca por implantação de políticas que visam a proteção ambiental, cria o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, um espaço que proporciona a diversos participantes da sociedade civil o conhecimento em matéria ambiental, ampliando a educação ambiental e proporcionando a efetivação da democratização da informação ambiental. Desta forma, este grupo de estudos oportuniza à coletividade um maior controle social perante às políticas públicas, o que nos aproxima de um desenvolvimento sustentável.

Palavras-chaves: Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário. Democratização da Informação Ambiental. Princípio da Participação. Educação Ambiental.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 determined the task of preserving the environment to the public authorities. Through this determination, the Judiciary, in the search for the implementation of policies aimed at environmental protection, creates the Observatory of the Environment of the Judiciary, a space that provides several civil society participants with knowledge in environmental matters, expanding environmental education and providing the realization of the democratization of environmental information. . Thus, this group of studies allows the community one can control social control in the face of public policies, which brings us closer to sustainable development.

Keywords: Observatory of the Environment of the Judiciary. Democratization of Environmental Information. Principle of Participation. Environmental Education.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Princípio da Participação: Informação e Educação Ambiental. 3. O Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário. 4. A contribuição do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário para o alcance dos ditames constitucionais da

democratização da educação ambiental e concretização do princípio da informação ambiental. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Tratou-se o meio ambiente como um direito difuso, nas palavras do constituinte, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”²⁵⁵.

A partir deste ideário protecionista, coube principalmente ao Poder Público a posição de autor principal para instituição de medidas, políticas e gestões garantidoras da preservação do meio ambiente. Isso porque a política adotada, é aquela que se aproxima de forma necessária e impositiva ao desenvolvimento sustentável, devendo observância à ponderação entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Deveras então, o Estado atuar de forma equilibrada entre os dois polos aparentemente opostos.

Neste diapasão, a gestão pública ambiental deve ser foco em todas as esferas da atuação estatal, devendo estar presente na tomada de decisões de todos os Poderes, Judiciário, Executivo e Legislativo. Um dos enfoques da gestão pública é o enfoque na educação ambiental e na necessidade de disseminação das informações ambientais. É através desses dois institutos inter-relacionados que, não só o poder público, mas também a sociedade civil, aumentam suas capacidades de observar de maneira mais tangível as necessidades protecionistas do meio ambiente. Do lado estatal, a criação de políticas capazes de garantir e ampliar a preservação, do lado da sociedade civil, a possibilidade do acesso aos dados e informações sobre as políticas e atuações do Poder Público em matéria ambiental, tornando possível a fiscalização das políticas públicas adotadas pelos governantes.

Percebe-se, então, uma maneira de efetivar a determinação constitucional de defesa e proteção do meio ambiente que se desdobra perante o Poder Público e a coletividade.

A Lei. 6.938/1981 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente aborda a temática da educação ambiental como um de seus princípios²⁵⁶, bem como a “divulgação

²⁵⁵ Art. 225, *caput*, CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²⁵⁶ Art. 2º da Lei 6.938/1981. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida

de dados e informações e a formação de uma necessidade consciência pública sobre a de preservação da qualidade ambiental e equilíbrio ecológico” 257 como um de seus objetivos. Abarca também como um de seus instrumentos o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.²⁵⁸

Corroborando com o tema a Lei 9.795/1999, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental.

É certo que o acesso às informações ambientais, propiciam a educação ambiental, pois é capaz de gerar conhecimento, despertando na coletividade ideais de conscientização ambiental, atuando de forma mais ativa para combater atos de degradação. Tal medida pode ser observada através de políticas governamentais de divulgação de dados, cursos e propagandas de conteúdo ambiental, capaz de gerar o aprimoramento da gestão, alcançando, cada vez mais, uma gestão econômica em harmonia com a proteção do meio ambiente, sendo responsabilidade de todos os Poderes a busca por esse equilíbrio.

Em 10 de novembro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário” com o objetivo de traçar estudo, monitoramento, pesquisas, programas, projetos e ações para a construção de diagnósticos das boas práticas, formulação de políticas e iniciativas para a tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal pela atuação do Poder Judiciário e do Sistema de Justiça. Com essa inovação, torna-se possível a criação de um ambiente composto por membros do Poder Judiciário (Conselheiros do CNJ), representantes da sociedade civil e organização internacional multilateral.

Com esta política adotada no Poder Judiciário, tem-se um espaço para discursão de temas, análise de dados, entre outros métodos a serem analisados no estudo capazes de efetivar a democratização do acesso à informação na temática ambiental. Compreendendo também a ampliação da educação ambiental.

A importância da escolha do tema, dentro do contexto social atual, revela-se pela constante necessidade às discussões ambientais, apresentando-se de forma palpitante a

humana, atendidos os seguintes princípios: [...] X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. [...].

257 Art. 4º da Lei 6.938/1981 - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...]V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; [...].

258 Art. 9º da Lei 6.938/1981 - São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; [...].

criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, abordando o meio ambiente de forma destacável às políticas do Poder Judiciário. Possibilitando abordagens, projetos, estudos, entre outras formas de trazer para o centro a temática.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho objetiva analisar a contribuição do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário para a democratização da educação ambiental e acesso às informações ambientais.

Especificamente, objetiva-se conceituar os princípios da participação social ambiental, destacando-se as premissas da educação ambiental e informação ambiental. Abordando assim, importantes princípios do direito ambiental que são capazes de proporcionar a democratização da proteção ambiental.

Objetiva-se ainda descrever a criação, objetivos e políticas do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, buscando, por fim, identificar a interseção entre tal Grupo de Trabalho do CNJ e a busca pelo cumprimento dos ditames constitucionais de preservar e defender o meio ambiente por meio da atuação da coletividade e do Estado.

Isto posto, será analisado no trabalho a contribuição da criação desta política pelo CNJ para o alcance da disseminação de estudos e discussões na seara ambiental através do arcabouço teórico, bibliográfico, bem como consultas ao sítio virtual do CNJ. Isto tudo, visando o alcance de manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.

2. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO: INFORMAÇÃO E EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 tratou o meio ambiente como um direito fundamental. Nos seus ditames, determinou ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo a fim de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações²⁵⁹. Foi proposto uma visão intergeracional de proteção que, para ser cumprido, todos devem assumir uma postura protecionista dos recursos ambientais, capaz de proporcionar a presente e a futura geração um meio ambiente propício à vida saudável e ao desenvolvimento de forma sustentável.

Édis Milaré contribui (2018, p.166) no entendimento:

[...] ao dispor sobre a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ela reconhecido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art.225, *caput*), instituiu, entre

²⁵⁹ Art. 225, *caput*, CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

nós, verdadeiro “estado de direito ambiental” fundado em bases constitucionais.

Complementa ainda José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2019, p. 14):

A Constituição Federal de 1988, por meio de seus art. 225, *caput*, e art. 5º, §2º, atribuiu, de forma inédita, ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um de seus objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito Ambiental brasileiro.

O Princípio democrático, ou de Participação, que se desdobra nos Princípios da informação ambiental e educação ambiental traz a ideia de proporcionar à coletividade meios para agir de forma efetiva na busca por essa atuação garantista de um meio ambiente sadio. Na visão de Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 358) “[...] o meio ambiente constitui um direito difuso, portanto de titularidade indeterminável, [...] a participação se torna mais do que legítima, posto que é o titular cuidando de seu próprio direito.”

A participação ativa da coletividade na proteção do meio ambiente, incluindo também os decisórios políticos, nos aproxima dos ditames constitucionais de preservação e desenvolvimento sustentável. O aumento do conhecimento (informação e educação ambiental) é capaz de qualificar esse controle público sobre as medidas adotadas, gerando um ambiente propício à harmonização entre desenvolvimento econômico e medidas ambientais protetivas.

Acrescenta ainda em referência ao Princípio democrático:

Trata-se, assim, de um princípio empenhado na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática. Por meio dele, a sociedade civil deve atuar ativamente, paralelamente ao Estado, para definir os rumos a serem seguidos na política ambiental. (RODRIGUES, 2021, p. 357)

Complementa Paulo de Bessa Antunes (2021, p. 37):

O princípio democrático assegura aos cidadãos o direito de, na forma da lei ou regulamento, participar das discussões para a elaboração das políticas públicas ambientais e obter informações dos órgãos públicos sobre matéria referente à defesa do meio ambiente [...].

Com este ideal de participação social, se torna cada vez mais importante e necessário que o Estado atue de forma a propiciar à sociedade civil o acesso à informação

e garantir a educação em matéria ambiental. Vale ressaltar que é essencial que a informação e a educação aconteçam de maneira capaz de tornar efetiva a atuação social.

No momento em que a sociedade civil recebe de forma clara e tangível informações em matéria ambiental, transforma-se a forma de controle público para que alcance cada vez mais a sua eficácia. Dessa forma, a população consegue, de modo racional, entender, por exemplo, políticas que são adotadas ou que devem ser evitadas, compreendendo seus benefícios ou prejuízos, gerando uma ponderação entre as políticas e formando um juízo de valor, amparado nas informações fornecidas pelo Poder Público, aproximando, dessa forma, de um controle democrático das políticas públicas.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado (2018, p. 49) “Sem informação adequada não há democracia e não há Estado de Direito”, corrobora ainda:

A qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo e a intensidade da participação na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inércia dos que teriam legitimidade para participar. (2018, p. 34)

Conforme o autor supracitado afirma, a qualidade da informação repassada à população interfere diretamente na intensidade do controle, bem como no nível de colaboração eficaz. Quanto maior, em quantidade e qualidade, as informações repassadas, maior será a possibilidade de colaboração da sociedade civil. Colabora ainda Marcelo Abelha Rodrigues (2021, p. 360):

É certo que a participação da sociedade na implementação de políticas públicas de proteção ambiental só poderá ser alcançada com êxito caso a população tenha amplo acesso à efetiva informação de tudo o que diz respeito ao meio ambiente.

Com a aproximação da sociedade das informações, propicia-se um ambiente democrático onde se torna possível um acompanhamento e cobrança frente às políticas públicas executadas pelo Estado.

[...] percebe-se que o acesso efetivo à informação é elemento fundamental à democracia não só pelo princípio da publicidade, mas também porque a partir dessa “transparência” permite-se a possibilidade de participação e evita-se o autoritarismo, servindo, pois, como mecanismo de controle democrático dos atos públicos. (RODRIGUES, 2021, p. 361)

Paulo Affonso Leme Machado traduz a visão de Ulrich Beck:

A opinião pública “dispõe de um poder permanente de crítica e influência e de controle dos governantes. Os atores da sociedade civil que animam o debate público, como as associações e os movimentos, assim também os intelectuais e os jornalistas cumprem, desse ponto de vista, uma missão importante, na medida em que contribuem para informar e mobilizar a opinião, estruturar as tomadas de posição e, finalmente tornar audíveis, perante os governantes, as reivindicações dos cidadãos.” (MACHADO, 2018, p. 35)

Em observância ao panorama do ordenamento jurídico brasileiro, observamos o direito à informação previsto na nossa Carta Magna no artigo 5º, nos seguintes incisos:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Em matéria ambiental, destaca-se alguns importantes mecanismos assecuratórios de informação, como o Relatório de Impacto Ambiental (previsto na Resolução nº 001 do CONAMA), o Relatório de Qualidade do Meio Ambiente a ser divulgado anualmente pelo IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (previsto no art. 9º, X, da Lei 6.938/81) e a obrigatoriedade de publicação do pedido de licenciamento ambiental (previsto no art. 10, §1º da Lei 6.938/81). Além desses instrumentos, a Lei 6.938/81 que prevê a Política Nacional do Meio Ambiente prevê como um de seus objetivos a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico. Ademais, traz como um de seus instrumentos o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.

Importante regulamentação está na Lei 10.650/2003 que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente). Com esta disposição legal, torna-se um dever dos órgãos e entidades da Administração Pública fornecer, por exemplo, informações

ambientais relacionadas à qualidade do meio ambiente e políticas, planos e programas potencialmente causadores de impactos ambientais.

Em relação à educação ambiental, a CF/88 prevê no art. 225, §1º, VI que incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.” A definição legal da educação ambiental consta na Lei 9.795/99 que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental:

Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

A educação ambiental também foi tratada na Lei 6.938/81 como um princípio da Política Nacional do Meio Ambiente quando previu:

Art. 2º [...] X: educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

As previsões legais significam grande marco para concretização dos princípios que norteiam a participação da sociedade na proteção do meio ambiente. O acesso à informação e à educação positivados, imputa ao Poder Público o dever de criar políticas públicas que incorporem esta dimensão ambiental nos seus objetivos. Garantindo, dessa forma a democratização das informações ambientais.

3. O OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO

Na busca por medidas e políticas que propiciam o acesso à informação e ampliação da educação ambiental é que surge o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, em 10 de novembro de 2020, através da Portaria nº 241. Não há dúvidas que se trata de uma política implementada para a análise de questões estratégicas em Direito Ambiental, capaz de disseminar informações em matéria ambiental, de forma mais transparente e inovadora.

Trata-se de um órgão de caráter consultivo e multidisciplinar, composto por membros do CNJ, profissionais do meio acadêmico, da sociedade civil ou entidades representativas, gerando, dessa forma, um ambiente multifacetado, com diversas parcelas da sociedade, promovendo discussões sob diferentes enfoques e pontos de vista. Sua

composição nos traz um mostruário democrático da sociedade, tendo em vista sua composição diversificada.

Alguns de seus objetivos são: elaborar estudos e pareceres sobre demandas que envolvam questões estratégicas de proteção ao meio ambiente natural da Amazônia Legal; municiar a atuação do Poder Judiciário na formulação de políticas, projetos e diretrizes destinados à tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal; – promover a articulação do Poder Judiciário com instituições nacionais ou internacionais com o objetivo de contribuir para aumentar as ferramentas de enfrentamento às violações do meio ambiente, com foco no meio ambiente natural da Amazônia Legal, bem como parcerias para o intercâmbio de informações, de dados, de documentos ou de experiências.

O Observatório pretende tornar-se um núcleo de referência no acompanhamento e na disseminação de dados, informações, estudos comparados, análises prospectivas, debates e produção científica. Sob essa ótica, espera-se que o Observatório se torne influente *think tank* para o progresso do conhecimento e de diálogos críticos e construtivos ao tema²⁶⁰.

Em consulta o sítio eletrônico do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, destaca-se algumas ações que estão sendo realizadas. Uma delas é a denominada Balanço Socioambiental do Poder Judiciário, a qual apanha dados do Tribunais acerca das informações de consumo de água, papel, copos descartáveis. Outro projeto é o Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário, onde tem-se a criação de núcleos socioambientais e monitoramento do consumo e gastos com papel, energia elétrica, água, combustível, etc. Tais ações propiciam relatórios acerca do consumo que podem nortear a escolha de políticas públicas capazes de se aproximar da sustentabilidade. Projetos que incentivem a preservação do meio ambiente e redução do consumo, ou consumo de forma consciente são políticas que podem ser ampliadas através dos resultados estatísticos do observatório.

Percebe-se, desta forma, que o Observatório tem como uma de suas finalidades a criação de um espaço funcionando como uma espécie de laboratório de ideias, instituindo um grupo de especialistas com a missão de debater sobre assuntos relevantes em matéria ambiental. Com isto, cria-se um ambiente de concomitância da inclusão social, sustentabilidade e progresso econômico, capaz de influenciar potencialmente na construção de políticas públicas.

260 OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/observatorio/observatorio-meio-ambiente/> > Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

É o que se denomina “gestão ambiental”, Maria da Graça Orsatto Prestes contribui com este entendimento (2011, p. 304):

A gestão ambiental, desenvolvida pelas instituições, consiste na estruturação de responsabilidades, práticas, procedimentos, projetos e recursos da organização mobilizados para a implantação e manutenção de programas de proteção ao meio ambiente.

Com a criação do Observatório, nasce no Poder Judiciário um ambiente que possibilita a discussão em matéria ambiental e participação de diversos extratos da sociedade. Tal medida, promove e aproxima a coletividade da gestão pública, oportunizando a participação ativa, e, ao mesmo tempo, o compartilhamento de informações, concretizando o princípio da informação e ampliando a educação na matéria ambiental.

4. A CONTRIBUIÇÃO DO OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O ALCANCE DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DA DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL

A criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário gerou notória ampliação do acesso às informações em matéria ambiental à coletividade. Primeiramente, ressalta-se a sua composição na qual é possível perceber a presença de participantes de diversos extratos da sociedade, quais sejam: Conselheiros do CNJ, representantes da sociedade civil e organização internacional multilateral.

Outro grande marco é a publicidade que se tem através da publicação de temas, pesquisas e resultados através do sítio eletrônico, gerando para a sociedade um ambiente propício à participação social e de forma efetiva capaz de ampliar o controle social e influenciar a tomada de decisão do Poder Público. Além disso, podemos destacar que a divulgação desses resultados ao propiciar à sociedade a ampliação do acesso às informações em matéria ambiental, alavanca também a educação ambiental. Nesta diapasão gera à sociedade conhecimento, entendimento, compreensão da matéria ambiental.

A “Construção de rede de atuação na área de tutela do meio ambiente, congregando pesquisadores, instituições públicas e privadas, órgãos do terceiro setor e ativistas que possam contribuir para o tema” é um dos objetivos do Observatório no qual cria um ambiente composto de variadas opiniões e posições sociais. É evidente que a constituição deste espaço para discussão nos aproxima da concretude dos ditames constitucionais que determinam para a coletividade e para o Poder Público o dever de preservar o meio ambiente.

Ampliar o acesso à informação ambiental e gerar conhecimento à todos, dilatando a educação ambiental corrobora com o que podemos chamar de democratização da matéria. A participação da sociedade civil, estudantes, pesquisadores, entre outros, avulta o envolvimento e a influencia na tomada de decisão e controle social.

O alcance das informações a uma quantidade cada vez maior de pessoas ajuda ao atingimento da democratização do acesso à informação e educação ambiental, abrangendo e ampliando a rede de influências sobre a proteção ambiental, visando progressivamente uma maior proximidade do desenvolvimento sustentável, proteção e preservação do meio ambiente.

Observa-se também que o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário contribui de forma qualitativa para o desenvolvimento das políticas públicas do Poder Judiciário, de forma exemplificativa, podemos citar o estudo acerca da utilização de papel ou consumo de energia elétrica. Os resultados são capazes de guiar a tomada de decisões sobre métodos a serem implantados com o fito de adotar medidas de caráter sustentável, bem como nortear campanhas de economia, por exemplo.

Logo, é salutar que a implantação pelo CNJ do grupo de estudo colabora com a sociedade para o alcance do cumprimento dos princípios da informação e da educação ambiental. Através desse instrumento, o Poder Judiciário concretiza políticas que proporcionam um diálogo interinstitucional e internacional contribuindo para o enfrentamento às violações do meio ambiente, ampliando de forma considerativa a democratização da informação e educação ambiental.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 determinou ao Poder Público e à coletividade o dever de cuidar do meio ambiente com a finalidade de se buscar um ecossistema ecologicamente equilibrado. Através desta determinação, cabem a todos os Poderes a busca por políticas que os aproxime desta incumbência do legislador. Foi por meio da criação do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário que este poder se aproxima do cumprimento constitucional, gerando aos participantes deste grupo de estudos um espaço propício à discursão, debates, análises e ensinamentos acerca da proteção do meio ambiente e medidas sustentáveis de desenvolvimento que visam a preservação ambiental.

Em matéria de direito ambiental, possui grande importância social os princípios da informação e educação ambiental, extratos do grande princípio da participação. O conhecimento ambiental em linguagem acessível propicia à coletividade de forma efetiva um senso crítico capaz de controlar as políticas públicas a serem tomadas pelo Poder, além disso, a disseminação de informações qualifica este controle, podendo assim, elevar o nível de influência e percepção sobre o assunto.

Dessa forma, criação do Observatório é capaz de concretizar a democratização dos princípios supracitados impulsionando cada vez mais o busca pelo desenvolvimento sustentável e políticas que visam a proteção ambiental. Trazendo materialidade para a transmissão de conhecimento e desenvolvimento das políticas e criação da gestão ambiental de forma mais participativa e colaborativa da sociedade.

Não restam dúvidas de que a gestão ambiental adotada pelo Poder Judiciário na criação do Observatório do Meio Ambiente deu-se de forma assertiva, pois está sendo capaz de consubstanciar princípios ambientais como da informação e educação ambiental, gerando a atuação dos mais diversos participantes da sociedade. Com isto, a adoção de medidas sustentáveis e práticas de proteção ambiental vem sendo o alvo das doutrinas adotadas pelo Poder Judiciário, o que nos leva à satisfatória observação do cumprimento dos ditames constitucionais que prezam tanto pela manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, buscando de forma eficaz alcançar a sustentabilidade intergeracional dos recursos ambientais.

Assim, em análise à implantação deste grupo de estudos, percebe-se que o Poder Judiciário vem se aproximando da gestão participativa, propondo aos integrantes da sociedade civil um espaço onde pode ser encontrado um arcabouço de pesquisas, debates e conhecimento em matéria ambiental, que gera e incentiva a educação desta seara e proporciona informações que corroboram com a influência sobre o controle social acerca da tomada de decisões das políticas públicas. Pode-se concluir que o processo de disseminação de informação é um meio de concretizar a democratização das informações em matéria ambiental, o que cumpre as determinações do princípio da participação ambiental.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Institui o Grupo de Trabalho “Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário”**. Portaria 241, de 10 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Portaria-CNJ-241_2020.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17 de junho de 2021.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras**

providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm > Acesso em: 17 de junho de 2021.

_____. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. **Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em 18 de junho de 2021.

_____. Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003. **Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm >. Acesso em 18 de junho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução 001 de 23 de janeiro de 1986. **O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA**, no uso das atribuições que lhe confere o Inciso I, do § 2º, do Art 8º do seu Regimento Interno, o Art 1º da Lei 7.804 de 15 de julho de 1989. Disponível em: < <https://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF> > Acesso em: 17 de junho de 2021.

LEITE, José Rubens Morato. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** *In* Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica. 2014. Disponível em: <www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140517170251_1477.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito a informação e meio ambiente.** 2 ed., ampl. E atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 11.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OBSERVATÓRIO DO MEIO AMBIENTE DO PODER JUDICIÁRIO, **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/observatorio/observatorio-meio-ambiente/> > Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

PRESTES, Maria da Graça Orsatto. **Gestão Ambiental no Poder Judiciário: Implementação de práticas administrativas eficientes.** *In* Direito Ambiental em Evolução – N° 5. Vladimir P. de Freitas (coord.). 1ª. ed. – Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha/coord. Pedro Lenza. **Direito Ambiental.** 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

AÇÕES COLETIVAS COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO OU ATIVISMO?

FERNANDA HENRIQUES GONÇALVES ZOBOLI:

Formada em Direito pela Faculdade Milton Campos, pós-graduada em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho, mestranda na área de processo civil na PUC/SP. Juíza de Direito do TJSP.

Resumo: O presente artigo pretende se debruçar sobre o conceito de ativismo judicial, diferenciando-o da judicialização para, em seguida, analisar detidamente um caso concreto de ação civil pública com pretensão de implementação de política pública negligenciada pelo Poder Executivo. Haverá destaque para o papel da Defensoria Pública e da importância de sua atuação por meio das ações coletivas.

Palavras-chave: ATIVISMO – JUDICIALIZAÇÃO – AÇÃO COLETIVA – POLÍTICAS PÚBLICAS

Sumário: I. Introdução. II. Ativismo judicial. III. Apresentação da Ação Civil Pública nº 1003644-18.2013.8.26.0053. IV. Ativismo ou judicialização? V. Conclusão. VI. Referências.

1. Introdução

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garante a todos o *acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito*²⁶¹, seja ele individual, difuso ou coletivo.

A fim de dar efetividade ao referido princípio, e considerando a realidade da sociedade brasileira, o constituinte de 1988 criou a Defensoria Pública, inserindo no art. 5º, inciso LXXIV, da CF, a previsão de que o Estado *prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*, além de dedicar a Seção IV exclusivamente à instituição que é permanente e:

Art. 134. (...) essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição

²⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 209.

Federal . (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)262

Diante da atribuição da Defensoria Pública para tutela de direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, as leis ordinárias que regulam o processo coletivo a inseriram como legitimada para propositura de ações coletivas, conforme artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, vejamos:

Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente (...)263

É certo que a Defensoria Pública tem o papel de defesa dos necessitados e não é a única legitimada para propositura das demandas coletivas, entretanto, o que se tem visto nos últimos anos, em especial no Estado de São Paulo, é uma atuação ampla e efetiva da instituição, com a propositura de diversas ações civis públicas para assegurar direitos constitucionalmente previstos que muitas vezes são negligenciados pelo Poder Executivo.

Ao Poder Judiciário cabe apresentar a resposta adequada ao conflito, que deve ao mesmo tempo respeitar a separação de poderes e assegurar à sociedade a implementação de seus direitos.

Nesse ponto, surgem os questionamentos acerca dos limites de atuação do Judiciário frente a demandas coletivas que visam à implementação de políticas públicas. O

262 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

263 BRASIL. LEI No 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

que se verifica é que as críticas surgem em todas as direções, quando assegura o direito o judiciário pode ser acusado de ativismo e quando nega o pleito, de se omitir.

No presente trabalho iremos apresentar um caso concreto em que houve atuação judicial no mesmo processo concedendo e denegando o pedido da Defensoria Pública para implementação de política pública, verificando se houve ativismo judicial.

2. Ativismo judicial

O conceito de ativismo está relacionado à violação pelo Poder Judiciário de seus limites de atuação, assim, é preciso compreender primeiro quais seriam esses limites dentro do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

A primeira ideia que pode surgir desse questionamento é a de que ao juiz atribui-se a função de aplicar o Direito ao caso concreto. Ocorre que há muito foi superada a ideia de convergência estrita entre o que é o Direito e a lei. Após os cruéis, desumanos e injustos atos praticados pelo nazismo, sob a proteção legal, verificou-se uma crise relacional entre Direito e lei, em que a segunda se afastou da concepção de justiça.

A partir de então a sociedade passou a se perguntar se a ideia do positivismo formalista da obediência fria e cega à lei poderia ser considerada Direito.

Para fazer essa perquirição é preciso caminhar pela diferença entre aquilo que é justo e o que está na lei.

Eduardo Vera-Cruz Pinto ensina que:

Não é a lei que cria o Direito. O Direito é que está na base da criação legislativa. E quem cria o Direito são os juristas, com critérios de objetividade e rigor muito exigentes e fundados em regras consensualmente aceitas; isto é, aqueles que na sua comunidade são reconhecidos como tendo um saber fundado na experiência e aplicado com equilíbrio, bom senso e sentido de justiça²⁶⁴.

Segundo o autor, é a vontade de Justiça que leva à necessidade da existência do Direito. Desse modo, podemos abstrair que uma lei injusta não pode ser considerada como Direito, pois em última instância não estaria justificada pela própria razão de sua criação.

264 VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. **Curso livre de ética e filosofia do direito**. Cascais: Princípia, 2010. p. 20.

Ainda na mesma obra, Eduardo Vera-Cruz Pinto afirma que o Direito precisa da lei, mas não se esgota nela.

A ideia de Direito contra a lei também é abordada, sob o aspecto de que não basta ao operador do direito seguir as leis que tenham sido aprovadas por meio do correto processo legislativo, há que se criar uma capacidade crítica em relação ao que se aplica, enxergando que existe “Direito fora da lei”, vejamos:

Não se pode dar o nome do Direito a qualquer normação da sociedade através da lei do Estado. Mesmo em democracia política e em Estado regido pela Constituição, os discursos políticos das maiorias que se constituem circunstancialmente nos parlamentos, enunciados sob a forma de normas legais publicadas no Diário da República, não são por si só, regras de Direito.

Entretanto, não se pode pensar que a saída para os aplicadores do Direito seria ignorar a lei e decidir com base apenas na justiça. O risco em se permitir a simples recusa na utilização da lei é que cada juiz baseie suas decisões no seu conceito particular do que é justiça, caindo num problema ainda maior do que o da obediência cega ao legislador.

Dessa forma, o estudo do Direito deve basear-se em princípios e valores amplamente discutidos e aceitos. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, serve como norteadora e fonte de interpretação do Direito em relação a todo o restante da legislação. Tendo sido elaborada em um momento pós-ditadura, contou com ampla participação popular e se destina a tutelar, também, aqueles que são os mais vulneráveis.

Assim, não podemos considerar como conduta ativista, como bem aponta Georges Abboud: i) a realização de controle de constitucionalidade das leis; ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado; e o julgador iii) não ser literal²⁶⁵.

Ainda segundo o autor, o ativismo judicial ocorrerá quando o julgador desprezar a lei em detrimento de ideologia política, econômica, religiosa ou qualquer visão de mundo, seja progressista ou conservadora, ainda que de forma dissimulada, avançando indevidamente na esfera de atuação dos outros poderes (Legislativo e Executivo), de forma ilegal ou inconstitucional.

Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade

265 ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 1361.

vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo²⁶⁶.

Outro autor que se debruça sobre o tema é Elival da Silva Ramos:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes²⁶⁷.

Como vimos, uma das formas de ativismo judicial é quando o julgador ultrapassa os limites do Direito e atua na esfera de Poder do Legislativo ou do Executivo. Passaremos então à apresentação de um caso concreto, a fim de verificar se o Judiciário atuou extrapolando sua competência em detrimento do Poder Executivo, em ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública para implantação de política pública.

3. Apresentação da Ação Civil Pública nº 1003644-18.2013.8.26.0053.

Em setembro de 2013, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou a ação civil pública nº 1003644-18.2013.8.26.0053 em face do Estado de São Paulo objetivando condená-lo à obrigação de fazer consistente na instalação de equipamentos adequados para garantir aos detentos do sistema penitenciário paulista banho em temperatura adequada ao clima.

O pedido tem como base os artigos 3º (cumprimento de pena em estabelecimento com adequada infraestrutura, incluindo a relacionada à saúde) e 39, IX (correlato ao dever do preso à higiene pessoal, sob pena de cometer falta grave – artigo 51-, o dever do Estado de fornecer banho em temperatura adequada), da Lei de Execução Penal; nos artigos 13, 15 e 57 das Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos da ONU, em vigor no território brasileiro, por força do artigo 38 da Carta da ONU, internalizada pelo Decreto 19.841/45; o artigo 143 da Constituição Estadual, que menciona expressamente o

²⁶⁶ Idem. p. 1371.

²⁶⁷ RAMOS, Elival. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 30 out. 2021.

respeito às regras mínimas aludidas acima; e o artigo 10, IV, da Resolução 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

A petição inicial menciona, ainda, que haveria violação ao artigo 5º da Constituição Federal, em virtude do desrespeito ao princípio da isonomia, já que apenas os presos "faxina" teriam direito ao banho em temperatura adequada.

Recebida a inicial, o juízo de primeiro grau concedeu a tutela antecipada determinando que o Estado disponibilizasse em todas as suas unidades prisionais, no prazo máximo de seis meses (1º de maio de 2014), equipamentos para o banho dos presos em temperatura adequada.

O juiz Adriano Marcos Laroca apresentou como fundamentos, dentre outros, o descumprimento do artigo 143 da Constituição Estadual que impõe, no tratamento de reclusos, o respeito às regras mínimas da ONU, entre as quais se inclui o fornecimento de equipamentos para o banho dos presos em temperatura adequada. Vejamos:

(...) Ora, com base em tão singelas informações, resta caracterizada a omissão estatal no fornecimento de equipamentos para o banho em temperatura adequada em suas unidades, descumprindo o artigo 143 da CE, que lhe impõe, no tratamento de reclusos, o respeito às regras mínimas da ONU, entre as quais, se inclui a fornecimento de equipamentos para o banho dos presos em temperatura adequada.

Anote-se, outrossim, que submeter os presos a banhos frios, sobretudo no inverno, segundo respeitado parecer médico juntado com a inicial, desencadeia ou agrava uma série de doenças. E pior, segundo levantamento do CNJ, a maioria dos estabelecimentos penais não possuem médicos e enfermeiros em todos os períodos.

Portanto, para que o Estado cumpra o seu dever constitucional, dispensando tratamento menos desumano aos seus presos, razoável exigir-lhe, minimamente, que instale equipamentos para o banho em temperatura adequada em suas unidades prisionais.

Desde já a alegação de que isso importará em obras e, portanto, na existência de recursos orçamentários, que são finitos, não afasta o dever do Estado de dispensar tratamento minimamente digno aos seus presos. Aliás, exatamente, por isso, entendo que ser impossível a alegação do princípio da reservado possível para o descumprimento do aludido dever constitucional.

Assim, concedo a tutela antecipada para que o Estado disponibilize em todas as suas unidades prisionais, no prazo máximo de seis meses (1º de maio de 2014), equipamentos para o banho dos presos em temperatura adequada, sob pena de multa diária de duzentos mil reais, sem prejuízo de outras responsabilidades. (...)268

Ocorre que a decisão foi suspensa pelo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Ivan Sartori, em dezembro de 2013, sob o fundamento de ausência de condições técnicas de instalação e impossibilidade de deslocamento dos detentos para realização das obras:

(...)Na espécie, justifica-se a suspensão pretendida.

De fato, é relevante a alegação de que a maioria das unidades prisionais do sistema penitenciário paulista, em especial os prédios antigos e aqueles adaptados para servir como estabelecimento penal, não possui rede elétrica planejável e compatível com as exigências específicas de consumo de água necessárias para suportar chuveiros elétricos nas celas, não havendo como igualmente atender a decisão judicial mediante aquecimento à gás ou solar.

Convincente a observação que se contém nas informações prestadas por Sua Excelência, o Secretário de Estado da Administração Penitenciária, no sentido de não existirem condições técnicas de instalação desses equipamentos, principalmente porque as unidades prisionais não suportariam esse aumento de carga, ainda que implantados sistemas de aquecimento à gás ou solas, pois mesmo esses equipamentos exigem apoio elétrico.

Impressiona, também, o argumento de que a instalação dos cogitados equipamentos exigiria intervenção no estabelecimento

268 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1003644-18.2013.8.26.0053. Juiz Adriano Marcos Laroca. São Paulo, 1º de novembro de 2013. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644->

[18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfi4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTcFZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPeDAq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJLNPzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVXvAJVWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfi4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTcFZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPeDAq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJLNPzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVXvAJVWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D). Acesso em: 31 out. 2021.

prisional que não se faria sem o deslocamento dos detentos nele custodiados, o que não se apresenta plausível, tendo-se em vista o déficit de vagas no sistema penitenciário paulista.

Anota-se, por derradeiro, a observação da pessoa política no sentido de ser disponibilizado banho aquecido aos detentos enfermos, idosos ou debilitados, bem como nas unidades prisionais femininas.

Presentes assim os requisitos ensejadores da intervenção desta Presidência para a suspensão da execução da decisão atacada.

Pelo exposto, defiro a providência, cientificando-se o r. juízo. (...)269

Tamanha é a controvérsia do tema, que o pedido foi ao Superior Tribunal de Justiça, que, em abril de 2017, revogou a decisão de suspensão do TJSP e restaurou a tutela antecipada inicialmente concedida. Os fundamentos foram organizados de forma sucinta na ementa que segue:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GARANTIA DE BANHO AQUECIDO AOS PRESOS. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. ARTS. 12 E 39, IX, DA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ART. 273, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). TUTELA DA EVIDÊNCIA (ART. 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA. ART. 4º DA LEI 8.437/1992 C/C O ART. 1º DA LEI 9.494/1997. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E DE INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO REVERSO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FATOS NOTÓRIOS E CONFESSADOS. SUSPENSÃO QUE

269 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 0203905-78.2013.8.26.0000. Desembargador Ivan Sartori. São Paulo, 2 de dezembro de 2013. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2Ffyf%2FDhiHd%2BmJRnH00SNndf4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrIfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyikKtZpGxBKXxfJGT8X7HjOsh5BPeDAq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIvy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVXvaxJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4x003HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D>. Acesso em: 31 out. 2021

VIOLA REQUISITOS LEGAIS OBJETIVOS PARA A CONCESSÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se de Recurso Especial contra acórdão que negou provimento a Agravo Regimental interposto contra decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que suspendeu liminar deferida nos autos de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública estadual visando obrigar o Estado de São Paulo a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada ("chuveiro quente").

(...)

4. Como se verá a seguir, na hipótese dos autos, contudo, não estão presentes os requisitos legais objetivos para a suspensão da tutela antecipada pelo Presidente do Tribunal. Ora, não se confunde grave lesão à ordem pública e à ordem econômica com dificuldades normais e superáveis da Administração (alocação de verbas) em cumprir decisão judicial de proteção de direitos humanos fundamentais. Ao contrário, o que se vislumbra, em juízo preliminar e perfuntório da matéria, é a possibilidade de se configurar grave lesão reversa à ordem, segurança e saúde públicas, caso mantida a decisão de suspensão da liminar. NATUREZA INCONTROVERSA DO FATO (AUSÊNCIA DE BANHO QUENTE) QUE AMPARA A TUTELA DE URGÊNCIA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA 5. É incontroversa - por notória e confessada - a situação fática de fundo (inexistência de banho quente nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo). Assim, no presente processo, somente dois pontos jurídicos da decisão recorrida do Presidente do Tribunal de Justiça serão considerados. Ambos embasaram o acórdão recorrido e são estritamente de direito. Estão atrelados, de modo direto, o juízo preliminar (que ao STJ sempre incumbe fazer) acerca da compatibilidade entre as razões de decidir explícitas ou implícitas utilizadas pelo Presidente do Tribunal e o estatuído nos dispositivos legislativos invocados. O primeiro refere-se à hipotética invasão pelo Judiciário de esfera exclusiva da Administração. Vale dizer, a decisão de primeiro grau invadiria o âmbito de políticas públicas, território insuscetível de sindicabilidade e controle judiciais (= definição de prioridades administrativas). O segundo gira em torno da natureza jurídica da higiene de pessoas custodiadas pelo Estado (direito, dever, ou nada disso). RECURSO ESPECIAL E SUSPENSÃO DE LIMINAR OU

SEGURANÇA: PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO 6. Em regra, o Superior Tribunal de Justiça entende que decisão que concede suspensão de liminar não se sujeita à censura de Recurso Especial, já que ostenta juízo político. Nesse sentido: AgRg no REsp 957.825/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 13/9/2013. 7. O caso concreto, no entanto, é peculiar, por ferir triplamente aspectos existenciais da textura íntima de direitos humanos substantivos. Primeiro, porque se refere à dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. Segundo, porque versa sobre obrigação inafastável e imprescritível do Estado de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. Por mais grave que seja o ilícito praticado, não perde o infrator sua integral condição humana. Ao contrário, negá-la a um, mesmo que autor de crime hediondo, basta para retirar de todos nós a humanidade de que entendemos ser portadores como parte do mundo civilizado. Terceiro, porque o encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Quarto, porque, em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades, consequência da natureza fechada dos estabelecimentos, propícia à disseminação de patologias. 8. Em síntese, ofende os alicerces do sistema democrático de prestação jurisdicional admitir que decisão judicial, relacionada à essência dos direitos humanos fundamentais, não possa ser examinada pelo STJ sob o argumento de se tratar de juízo político. Quando estão em jogo aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil – expressamente enunciado na Constituição, logo em seu art. 1º) impossível subjugar direitos indisponíveis a critérios outros que não sejam os constitucionais e legais. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ 9. A Súmula 7/STJ não constitui obstáculo ao conhecimento do Recurso Especial sob análise, pois desnecessário revolver matéria fática. Pelo lado da pretensão manifestada na Ação Civil Pública, temos fatos notórios, que, como tais, independem de prova, consoante enuncia hoje o art. 374, I, do CPC/2015 e o fazia o art. 334, I, do CPC/1973. É notório que, pelo menos durante quatro meses do ano, em São Paulo, e, às vezes até durante o verão, ocorrem baixas temperaturas. Se assim é e se incontroverso que o Estado de São

Paulo não disponibiliza banho quente para a maioria da população carcerária, estamos realmente diante de desrespeito, não individual, mas massificado, a direitos humanos. 10. Por outro lado, a sucinta argumentação do acórdão recorrido não aponta elementos concretos hábeis a demonstrar o preenchimento dos requisitos normativos para a suspensão da liminar, previstos no art. 4º da Lei 8.437/1992. A decisão recorrida não está fundada em análise de prova produzida, mas apenas na verossimilhança de argumentos apresentados pela Fazenda. REGIME LEGAL DA HIGIENE PESSOAL DOS PRESOS 11. Mais do que privilégio ou leniência do sistema punitivo estatal, a higiene pessoal representa expediente de proteção de todos os presos, dos funcionários, dos voluntários sociais e religiosos, e dos familiares visitantes. Essa a razão para a Lei de Execução Penal atribuir filiação dúplice a "higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento", simultaneamente como direito e dever do condenado (art. 39, IX, da Lei 7.210/1984). 12. Além disso, a legislação impõe ao Estado o dever de garantir assistência material ao preso e ao internado, nela incluída "instalações higiênicas" (Lei 7.210/1984, art. 12), expressão que significa disponibilidade física casada com efetiva possibilidade de uso. Assim, não basta oferecer banho com água em temperatura polar, o que transformaria higiene pessoal em sofrimento ou, contra legem, por ir além da pena de privação de liberdade, caracterizaria castigo extralegal e extrajudicial, consubstanciando tratamento carcerário cruel, desumano e degradante. 13. Finalmente, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, promulgadas pelas Nações Unidas (Regras de Mandela), dispõem que "Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho", exigindo-se que seja "na temperatura apropriada ao clima" (Regra 16, grifo acrescentado, cf. publicação do Conselho Nacional de Justiça, com o título "Regras de Mandela"). Irrelevante, por óbvio, que o texto não faça referência expressa a "banho quente". 14. Correto, portanto, o juiz de primeira instância quando, nadecisão de concessão da tutela antecipada, concluiu que "submeter os presos a banhos frios, sobretudo no inverno, segundo respeitado parecer médico juntado com a inicial, desencadeia ou agrava uma série de doenças. E, pior, segundo levantamento do CNJ, a maioria dos estabelecimentos penais não possuem médicos e enfermeiros em todos os períodos" (e-STJ, fl. 57) 15. Assim, patente a presença de todos os elementos para a concessão de tutela antecipada, decisão de primeiro grau, aliás, em

harmonia com precedentes do STJ, citado pela petição inicial da Defensoria Pública: "A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009). Na mesma linha, outro precedente mencionado, este do Supremo Tribunal Federal: "O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível" (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.4.2004). Por isso, impõe-se restabelecer a integralidade da decisão de primeiro grau.

16. Eventuais dificuldades técnicas particulares insuperáveis, relacionadas a estabelecimentos específicos, que impeçam o oferecimento de banho quente, poderão ser submetidas ao próprio juiz de primeiro grau, a quem caberá apreciar a necessidade, ou não, de modificação do prazo que fixou, bem como os contornos e a extensão da sua decisão. **CONCLUSÃO 17.** Recurso Especial conhecido e provido.²⁷⁰

Proseguindo em primeira instância, o processo foi sentenciado em fevereiro de 2020, quando o mesmo julgador que havia concedido a tutela antecipada julgou procedente o pedido.

A sentença²⁷¹ traz como fundamentos o já citado art. 143, da Constituição do Estado de São Paulo; o artigo 10, inciso IV, da Resolução 14/94, do Conselho Nacional

270 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.537.530/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 27 de abril de 2017. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1537530&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 31 out. 2021.

271 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1003644-18.2013.8.26.0053. Juiz Adriano Marcos Laroca. São Paulo, 11 de fevereiro de 2020. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfI4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrIfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPeDAq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1ylVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FV>

de Política Criminal e Penitenciária, que, com base no artigo 64, II, da Lei de Execução Penal de 1984, prevê banho em temperatura adequada ao clima como dever prestacional material do Estado; as regras mínimas da ONU para o tratamento dos presos, aprovadas em 1957, cuja regra 13 assegura banho em temperatura adequada ao clima, de acordo com a estação do ano e a região geográfica; a Resolução 70/175 da ONU (Regras de Nelson Mandela), que atualizou as regras anteriores, reiterando *ipsis litteris* a regra 13 (regra 16).

A concessão do pedido baseou-se, também, em parecer médico colacionado aos autos pela Defensoria Pública e dados obtidos em levantamento feito pelo Estado de São Paulo, relacionados a atendimentos médicos nos presídios paulistas, que apontam a prejudicialidade do banho em temperatura não adequada à saúde dos presos, que desencadeia ou agrava inúmeras doenças respiratórias (principalmente tuberculose) e cardiovasculares (especialmente hipertensão).

Foram citados, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana e o artigo 5º da CF, incisos III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII, e - não haverá penas cruéis; e XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

O juízo considerou o princípio da separação dos poderes, bem como pontuou que a reserva do possível não se aplica em relação ao mínimo existencial.

A sentença menciona outras questões como o surgimento da facção Primeiro Comando da Capital (PCC) e seu contexto social, político, histórico; a política repressiva ao tráfico que, segundo o julgador, se mostra ineficiente, e colabora para o encarceramento em massa; o neoconstitucionalismo e a retomada de valores.

Em julho de 2020, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, suspendeu a sentença sob a justificativa de que a crise sanitária gerada pela Covid-19 seria um fato novo e que a modificação do padrão de alocação de recursos públicos direcionados ao enfrentamento da pandemia, para cumprimento da sentença, traria risco de grave lesão à ordem e à economia públicas. Além disso, o Desembargador ressalta que o deslocamento de presos poderia aumentar o risco de contágio²⁷².

[VxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaC
KU1FgIQ%3D%3D](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=10036). Acesso em: 31 out. 2021

272 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Suspensão de sentença. Processo nº 2166694-27.2020.8.26.0000. Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco. São Paulo, 21 de julho de 2020. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=10036>

A Defensoria Pública, então, apresentou nova Reclamação junto ao STJ requerendo a suspensão da decisão do Presidente do TJSP, entretanto o pedido ainda não foi apreciado.

Contra a sentença, o Estado de São Paulo apresentou apelação, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, que, por questões processuais, foi declarado nulo, sendo que até 31 de outubro de 2021 não houve novo julgamento.

O Estado de São Paulo requereu a suspensão do feito e informou que deu início à implantação de equipamentos para fornecimento de água em temperatura aquecida para banho dos detentos em unidades prisionais.

O conflito ainda está longe de ser solucionado pelo Poder Judiciário, mas o Estado de São Paulo, como noticiou, iniciou as reformas estruturais necessárias para o fornecimento do banho em temperatura adequada ao clima.

4. Ativismo ou judicialização?

Como vimos, a Defensoria Pública vem atuando de forma veemente na defesa de interesses coletivos. A ação civil pública ora abordada é apenas uma dentre tantas outras demandas em que o Poder Judiciário é chamado a agir em razão da omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas originárias de comandos constitucionais.

A nosso ver, e tomando de empréstimo os conceitos de ativismo judicial apresentados no item 2, o Judiciário não age com ativismo e violando a esfera de Poder do Executivo quando acolhe pedidos para implementação de direitos básicos, atinentes ao mínimo que o ser humano necessita para viver com dignidade.

No caso do fornecimento de água aquecida nos presídios, as decisões em primeira instância foram muito bem fundamentadas e se guiaram por preceitos legais e constitucionais. Longe de querer determinar como deverá ser aplicado o dinheiro público,

44-

[18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&fOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdf14Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAHT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyikKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPeDAQ9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJLNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVXvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaC KU1FgIQ%3D%3D](https://www.conteudojuridico.com.br/?processo=RI00661TF0000&foro=990&tpOrigem=2&fOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdf14Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAHT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyikKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPeDAQ9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJLNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVXvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaC KU1FgIQ%3D%3D). Acesso em: 31 out. 2021

o Judiciário apenas reconhece a responsabilidade estatal em dar tratamento digno aos detentos que estão sob a sua tutela.

E não se trata aqui de aplicação rasa e genérica dos direitos humanos. O ordenamento jurídico brasileiro previu com clareza o direito pleiteado pela Defensoria Pública.

A começar pela previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, seguindo pela previsão do artigo 5º, incisos III, XLVII e XLIX, de que as penas não serão cruéis, sendo aos presos assegurados o respeito à integridade física e moral, sem tratamento desumano ou degradante.

Há ainda a norma da Constituição do Estado de São Paulo (art. 143) que determina que a legislação penitenciária estadual assegurará o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos, estando nestas regras a previsão do fornecimento de água em temperatura adequada ao banho. Além da própria Lei de Execução Penal e das normas infralegais, todas trazidas à baila pelo julgador.

Entendemos, portanto, que a condenação estatal não se deu em razão de convicções pessoais ou senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente. Ao revés, o intérprete aplicou corretamente o Direito.

Vale pontuar que em alguns momentos houve excesso por parte do juízo de primeiro grau, quando passou a apresentar juízos de valor acerca do encarceramento em massa, o contexto de surgimento do PCC e ao descrever sobre o neoconstitucionalismo. E não se está aqui a discordar do que foi apresentado, apenas compreendemos que a controvérsia estava bem estabelecida e resolvida pelo ordenamento jurídico, dispensando maiores incursões históricas.

Outro aspecto interessante foi a produção da prova nos autos que demonstrou que o banho com água fria é prejudicial à saúde dos detentos e que na maior parte do ano, no Estado de São Paulo, as temperaturas são baixas, o que agrava o problema.

Por outro lado, entendemos que houve ativismo judicial, com a devida vênia, nas decisões dos Presidentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Isso porque basearem-se em supostos empecilhos técnicos e materiais para a concessão da suspensão, sem se debruçarem sobre o aspecto legal.

É certo que há uma longa discussão sobre o caráter político das suspensões de decisões contra a Fazenda Pública e que há quem defenda a inconstitucionalidade da medida, no entanto, preferimos nos restringir à discussão sobre o ativismo.

5. Conclusão

Há autores que admitem a existência de duas formas de ativismo judicial: um bom e um mau, sendo o bom ativismo, aquele que cria direitos e amplia garantias, entre outros. O que defendemos aqui não é a aceitação do ativismo quando ele for bom, isto é, criar direitos não previstos no ordenamento jurídico. As ações civis públicas têm grande importância para assegurar direitos constitucionalmente previstos e que são ignorados pelo Poder Executivo.

Trouxemos um exemplo prático, tendo em vista que a discussão dos limites legais e constitucionais da implementação de políticas públicas feita de forma genérica não é capaz de captar todas as nuances que o tema apresenta. Em especial, se de fato o direito pleiteado está previsto na legislação, o que afasta a caracterização do ativismo.

Finalmente, as suspensões das decisões que determinam a implantação de políticas públicas podem ser aquelas que de fato devam levar a pecha de ativista, diante da sua questionável constitucionalidade.

Seja como for, só será possível compreender verdadeiramente uma decisão como ativista após uma análise detida e criteriosa dos seus fundamentos e das provas produzidas nos autos. Não há como, à priori, julgar que os comandos judiciais que determinam a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo sejam genericamente considerados ilegais ou inconstitucionais. Como em toda área do Direito, não é possível criticar uma decisão sem conhecer profundamente seus motivos.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. LEI No 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1003644-18.2013.8.26.0053. Juiz Adriano Marcos Laroca. São Paulo, 1º de novembro de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdfHrzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNndfi4Kn58LA%2FuP3m0ArD oTWSHF595wJYaYIVPrIfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8IOxIIxnkJK>

[U8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJaiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPedaq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVVxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfI4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJaiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPedaq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVVxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D). Acesso em: 31 out. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 0203905-78.2013.8.26.0000. Desembargador Ivan Sartori. São Paulo, 2 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfI4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJaiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPedaq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVVxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D>. Acesso em: 31 out. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1003644-18.2013.8.26.0053. Juiz Adriano Marcos Laroca. São Paulo, 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfI4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJaiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPedaq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVVxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D>. Acesso em: 31 out. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Suspensão de sentença. Processo nº 2166694-27.2020.8.26.0000. Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco. São Paulo, 21 de julho de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003644-18.2013.8.26.0053&cdProcesso=RI00661TF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=v4MhZkQ55u8qGeLxzdFHzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfI4Kn58LA%2FuP3m0ArDoTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJaiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJGT8X7HjOsh5BPedaq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka6cCIYH5VI5%2FVVxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBzUF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D>

[wTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfI4Kn58LA%2FuP3m0ArD oTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJK U8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4 YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyikKtZpGxBKXxfzJGT8X7Hj Osh5BPeDAq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka 6cCIYH5VI5%2FVVxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBz UF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D](https://www.conteudojuridico.com.br/wTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJRnH00SNNdfI4Kn58LA%2FuP3m0ArD oTWSHF595wJYaYIVPrfAaS0eLZjx6Zjg5skxSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJK U8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xij8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4 YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyikKtZpGxBKXxfzJGT8X7Hj Osh5BPeDAq9gyfs2Nmwiq3mp%2B9EYop3IEKeoECIBJILNnpzQR7XJX1yIVy6JurUx55TJgka 6cCIYH5VI5%2FVVxvaJWVHaZnrMkHMIqkD5s%2B8skum%2Fk%2F6seTz8pu4xO03HTuBz UF2UIUFJDqqwCwYx8tTrKK%2FHaCKU1FgIQ%3D%3D). Acesso em: 31 out. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.537.530/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 27 de abril de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1537530&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 31 out. 2021.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. **Curso livre de ética e filosofia do direito**. Cascais: Príncípa, 2010.

RMOS, Elival. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 30 out. 2021.